

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°63 - JUNIO 2015

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°63 - Junio 2015

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: (56-2) 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

Fallos

- Recurso de nulidad rechazado. Denuncia anónima. Actuaciones autónomas de la policía. Control de identidad 9
Corte Suprema
- Recurso de nulidad rechazado. Actuaciones autónomas de la policía. Excesos respecto de la autorización judicial. Prueba de fuente independiente 21
Corte Suprema
- Recurso de queja rechazado. Invocación de causales conjuntas o subsidiarias en el recurso de nulidad 29
Corte Suprema

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y A LOS TESTIGOS

Artículos

- Política institucional y modelos de atención a usuarios implementados por el Ministerio Público. Aspectos conceptuales, resultados de gestión e impacto en la satisfacción de usuarios 39
Marlys Saldívar Oyarzún y Danilo Huilcarema Cabrera

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencias comentadas

- Sentencias pronunciadas en la causa conocida como “BICRIM Pudahuel” 77
José Luis Cortés Zepeda
- Comentario a sentencia definitiva condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles en contra del juez titular del Juzgado de Policía Local de Mulchén condenándolo por delito de prevaricación 129
Rodrigo Durán Fuica

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Artículos

- Estudio sobre faltas a la Ley 20.000 y tráfico en pequeñas cantidades de droga en recintos penitenciarios 179
Alejandro Ivelic Mancilla y Sonia Marambio Vega

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- Entrevista investigativa de niños, niñas y adolescentes 199
Catalina Duque González
- Amenazas: la primera agresión al interior de la familia 213
Giannina Mariela Mondino Barrera

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

Artículos

- Algunas consideraciones respecto del delito de tala ilegal 233
Camila Alvear Vargas
- Aproximación a la finalidad terrorista en la Ley N°18.314 245
Samuel Malamud Herrera

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

- Consideraciones sobre el sujeto activo en el delito de sustracción de menores 273
Camila Guerrero Martínez

Sentencias Comentadas

- Pronunciamiento de la Corte Suprema respecto de las declaraciones espontáneas de los adolescentes 305
María Angélica San Martín Ponce

PRÓLOGO

Cuando han transcurrido casi quince años desde el inicio de la reforma procesal penal en nuestro país, y siendo ya un sistema que no se reconoce como nuevo, el empleo práctico de nuestra normativa adjetiva en materia de ilícitos penales sigue presentando puntos y áreas que requieren de precisiones y pronunciamientos judiciales.

En nuestro continuo esfuerzo por difundir el estado actual de la antedicha aplicación, en esta edición presentamos sendos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema, en materias tan delicadas y relevantes como lo son las actuaciones autónomas de la policía y el control de identidad, así como las exigencias formales de los recursos de nulidad.

Del mismo modo, un artículo elaborado en la Unidad Especializada en Responsabilidad Adolescente nos permite acercarnos en detalle a la problemática de las declaraciones espontáneas de los adolescentes y su valor probatorio y otro, esta vez abordado por la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, a la entrevista investigativa de niños, niñas y adolescentes.

En lo que se refiere al rol del Ministerio Público en la protección y asistencia a víctimas y testigos, exponemos un artículo que aborda los modelos de atención a usuarios y sus resultados de gestión e impacto.

Y como la labor en el área penal no se limita a la parte adjetiva de su aplicación práctica, asimismo presentamos textos que abordan temáticas de interés en el quehacer especializado, y que dicen relación con causas que resultaron en condenas contra funcionarios de la Policía de Investigaciones y un Juez de Policía Local, así como un interesante artículo sobre el tráfico de pequeñas cantidades de droga y faltas cometidas en el interior de recintos penitenciarios.

Cabe destacar también los trabajos sobre las amenazas como primera agresión al interior de la familia; el que hace referencia a diversas consideraciones en torno al delito de tala ilegal; aquél que se refiere a la finalidad terrorista en la Ley N°18.314 y, finalmente, el que alude al sujeto activo en el delito de sustracción de menores.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. DENUNCIA ANÓNIMA. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA. CONTROL DE IDENTIDAD

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Si se limitase la diligencia de control de identidad sólo a aquellos supuestos en que los funcionarios policiales advirtieran directa e inmediatamente alguna “conducta objetiva” que pudiese llevarlos a estimar que la persona que se someterá a la actuación policial está cometiendo o ha cometido un delito, ello importaría que la diligencia de control de identidad demandaría mayores requisitos, o estándares más rigurosos, que la propia detención en situación de flagrancia.

Si bien el artículo 173, inciso 2° del Código Procesal Penal prescribe que la denuncia formulada ante los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones, debe hacerse llegar por éstos “de inmediato” al Ministerio Público, tal mandato no resulta excluyente ni importa una suspensión temporal de las actuaciones que autónomamente pueden realizar las policías en tanto dicha comunicación no se materialice o la documentación que contiene la denuncia no sea recepcionada por la Fiscalía, y es así como el artículo 84 del mismo texto estatuye que sin perjuicio de la obligación de las policías de informar al Ministerio Público inmediatamente y por el medio más expedito de la denuncia recibida, procederá, cuando correspondiere, a realizar las actuaciones previstas en el artículo 83, a las que el artículo 85 adiciona la de solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados que señala, de todo lo cual, puede inferirse que el indicio que habilita el control de detención puede venir dado precisamente por lo informado en la denuncia, en caso de que ese antecedente no sea suficiente o idóneo para configurar una situación de flagrancia que permita directamente la detención de la persona sindicada, como así fue estimado en el caso de autos por los funcionarios policiales.

En este caso la denuncia fue recibida de forma anónima en la vía pública respecto de dos personas que distribuían droga en el sector a bordo de un vehículo en desplazamiento, motivo por el cual no parece razonable demandar a los policías abstenerse de realizar las actuaciones urgentes para ubicar el vehículo y someter a sus ocupantes a un control de identidad mientras no se transmita la denuncia al Ministerio Público, con el consiguiente riesgo de alejamiento de los denunciados.

Texto Completo:

Santiago, a once de junio de dos mil quince.

Vistos:

En esta causa RUC N°1400812214-9, RIT N°17-2015, se dictó sentencia

por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Puente Alto el catorce de abril de dos mil quince, por la que se condenó a **Thiare Constanza Amaya Jiménez** a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa de 10 UTM, y accesorias legales, por su responsabilidad

como autora del delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N°20.000; y a **Sebastián Patricio Amaya Jiménez**, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 20 UTM, y accesorias legales, por su responsabilidad como autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 3°, en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N°20.000.

La sentencia impuso el cumplimiento efectivo de las penas a ambos sentenciados.

La defensa de cada uno de los acusados dedujo sendos recursos de nulidad cuyas copias rolan a fs. 17 y 98, los que fueron admitidos a tramitación por resolución de fs. 147, fijándose a fs. 148 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento. A fs. 152 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Y considerando:

Primero: Que la defensa de **Thiare Amaya Jiménez** interpuso recurso de nulidad fundado en la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5°, inciso 2°, y 19 N°s. 3°, 4°, 5° y 7°, todos de la Constitución Política de la República, 8.2 letra g) y 11 N°s. 2° y 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos, 17 N°s. 1° y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 83, 85, 91, 93 letra g), y 205 en relación al 302 del Código Procesal Penal.

Explica el recurso, en síntesis, que en este proceso se ha conculcado el derecho a un debido proceso, a la libertad ambulatoria y a la intimidad, toda vez que se controló la identidad y se registró a la acusada sin que los funcionarios policiales apreciaran la existencia de indicio alguno que permitiera esa diligencia policial, sólo aludiéndose a una “denuncia fantasma” de un denunciante anónimo, de la cual no se levantó registro. Además, se le interrogó sin presencia de su defensor y sin que se hayan tomado las medidas necesarias para que declarara ante el Fiscal. Asimismo, continúa el arbitrio, se ingresó a su domicilio con la autorización de la madre, sin prevenir a ésta de conformidad al artículo 302 del Código Procesal Penal. Agrega que estas actuaciones se realizaron de manera autónoma por la policía y sólo después de haber culminado el procedimiento se tomó contacto con el Fiscal de turno.

Al concluir pide se acoja el recurso por la causal de nulidad alegada y, en definitiva, se proceda a excluir la totalidad de las pruebas que refiere, se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria y se retrotraiga el procedimiento al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto.

Segundo: Que el arbitrio de nulidad impetrado por la defensa del acusado **Sebastián Amaya Jiménez** se funda en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 5°, inciso 2°, 6 y 19 N°s. 3,

inciso 6°, 4, 5 y 7 de la Constitución Política de la República, 5, inciso 2°, 85, 276, inciso 3°, 297, inciso final, y 340 del Código Procesal Penal, 11 N.ºs. 1°, 2° y 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 17 N.ºs. 1° y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Refiere el arbitrio, en resumen, que en este proceso se ha conculcado el derecho a la Intimidación, la libertad ambulatoria y al debido proceso, ya que al momento de practicarse el control de identidad al acusado, no se había dado por parte de los controlados ninguna conducta objetiva que pudiese llevar a los funcionarios policiales a estimar que estuviesen cometiendo un delito, lo hubiesen cometido o estuviesen pronto a cometerlo. Por esta razón, y no obstante que los funcionarios contaban con una denuncia anónima de que dos hermanos con determinadas características físicas dentro de un determinado vehículo realizaban transacciones de droga, al momento de realizar dicho “control” no contaban con nada nuevo que les permitiera proceder al control de identidad “en ese momento” y no en otro.

Apunta que las infracciones reclamadas se cometen también al desestimar el tribunal en la audiencia de preparación de juicio oral la exclusión de la evidencia ilícita obtenida del cuestionado control de identidad, así como al valorarla en la sentencia como fundamento de la sentencia condenatoria.

En el petitorio solicita se declare nulo el juicio oral y la sentencia con-

denatoria, y se ordene la realización de un nuevo juicio con exclusión de la prueba de cargo derivada del control de identidad que estima ilegal.

Tercero: Que atendido que en ambos recursos se alega la infracción a garantías constitucionales como consecuencia de haber efectuado los agentes policiales un control de identidad a los acusados sin que en la especie se reunieran los requisitos legales para ello, ambas alegaciones serán tratadas y resueltas conjuntamente a continuación.

Cuarto: Que el tribunal de la instancia, en el motivo undécimo de la sentencia atacada, asentó como hecho probado que *“El día 22 de agosto de 2014, aproximadamente a las 11:45 horas, en la intersección de Avenida Eyzaguirre con calle Cuatro Oriente, comuna de Puente Alto, en el interior del vehículo placa patente YW-2548, Sebastián Patricio Amaya Jiménez fue sorprendido en el asiento del copiloto portando, entre sus vestimentas, una bolsa plástica contenedora de una cantidad aproximada de 95 gramos brutos de cocaína, una bolsa plástica contenedora de la cantidad aproximada de 100 gramos bruto de la misma sustancia, la suma de veinticinco mil pesos en dinero efectivo y un teléfono celular; como asimismo, y en el asiento trasero del mismo vehículo, Thiare Constanza Amaya Jiménez fue sorprendida portando una bolsa plástica en cuyo interior se hallaron ciento veintiséis envoltorios de papel contenedores de la cantidad aproximada de 61 brutos de cocaína, un teléfono celular y un monedero en el cual se encontraron diversos papeles recortados”*.

Asimismo, en la sección tercera del considerando duodécimo, los mismos jueces señalaron en cuanto a la presunta vulneración de garantías fundamentales en la obtención de la prueba de cargo planteada por ambas defensas en el juicio, que “no existe duda alguna que el hallazgo de la droga y demás evidencia incautada por personal policial a los encausados encontró su fuente directa en el control de identidad practicado, el cual encontró su fundamento en la denuncia anónima previa efectuada por una vecina de la Población El Volcán de la comuna de Puente Alto”. Sobre dicha actuación policial, los magistrados del grado refieren que en el caso sub lite “no advierten antijuridicidad alguna en la obtención de la prueba de cargo incorporada en el juicio, toda vez que la misma derivó de un control de identidad legítimamente practicado, por reunir dicha actuación los requisitos que al efecto prevé el artículo 85 del Código Procesal Penal. Por tal razón, no existe motivo alguno que habilite al Tribunal a valorar negativamente tales probanzas” y agregan que “en el supuesto de hecho ahora analizado la Policía mantenía indicios fundados de que los imputados no sólo habían cometido, sino que además se disponían a cometer, un delito de tráfico de drogas. En efecto, conforme lo expresó el testigo Sr. Bueno, la denunciante anónima indicó al personal policial en un tiempo inmediatamente anterior a la realización del control de identidad, que dos sujetos- hermanos cuyos apodosos suministró (‘Coni’ y ‘Cebolla’)-, de determinadas características físicas y de vestimentas, quienes se movilizaban en un determinado vehículo –Toyota Yaris

celeste patente YW 2548-, repartían actualmente droga en diferentes poblaciones de la comuna de Puente Alto, individuos que se dirigían a Avenida Eyzaguirre en dirección al oriente. Tal información, contrariamente a lo aseverado por las defensas, lejos de revelar un accionar arbitrario o antojadizo de la Policía, contenía información precisa, indiciaria por cierto, relativa a la comisión actual de un delito de tráfico de drogas por parte de los acusados. Por tal razón, dichos efectivos policiales tenían el deber, tal cual lo expresa de modo explícito el artículo 85 tantas veces aludido, de practicarles un control de identidad, pudiendo durante el desarrollo de dicha diligencia, y sin nuevos indicios, como también lo expresa el mismo precepto, proceder al registro de las vestimentas, equipaje y el vehículo de las personas cuya identidad era controlada”.

Precisan además que lo relevante en esta actuación policial era “tal cual se verificó en la especie, que la información contenida en la denuncia anónima fuera plenamente coincidente con los antecedentes verificados por parte del personal policial. Esto es, el hallazgo, en un contexto témporo-espacial del todo próximo a la denuncia, a saber, a cinco o seis cuadras de distancia y a cinco minutos en vehículo según lo manifestado por el Detective Sr. Bueno- o entre diez y quince minutos (desde la Población El Volcán III) según lo referido por el testigo Sr. Orellana-, de, por un lado, un vehículo cuya patente, modelo y color calzaban en plenitud con los suministrados en la denuncia. Por el otro, de dos individuos cuyas vestimentas y rasgos morfológicos guardaban también

correspondencia con los entregados por la denunciante”.

Quinto: Que a la luz de lo antes expuesto, cabe apuntar que la existencia de la denuncia realizada personalmente por parte de una mujer que refirió a los agentes policiales que los sujetos que describe, al momento de la denuncia, distribuían droga en diferentes poblaciones de la comuna de Puente Alto desplazándose en un vehículo cuyas particularidades también pormenoriza, fue establecido por los sentenciadores como un hecho acaecido en la realidad, conclusión a la que arribaron como resultado de la apreciación de las pruebas recibidas en el juicio, oportunidad en que fueron sometidas al escrutinio de todas las partes, mediante su examen y contraexamen en el caso de los testigos.

Es más, según se lee en el fallo, las respectivas defensas de los acusados sólo cuestionaron la aptitud de la denuncia anónima -o “fantasma” como la denominan- recibida por los policías para habilitar la realización del control de identidad, pero no arguyen que en el caso de autos ella no haya sido real o que no fuese formulada en los términos que declara el testigo de cargo Bueno Maturana, detective que recibe la denuncia y participa en el control de identidad posterior. Asimismo, ninguno de los recurrentes ha siquiera mencionado que frente al interrogatorio de las partes el referido testigo Bueno Maturana hubiese entregado respuestas evasivas, incompletas, contradictorias, inverosímiles, o que de algún modo permitan restar credi-

bilidad a la versión entregada por el funcionario policial.

Ocuparse en consignar todo lo anterior es relevante, puesto que si bien no es discutido que la aludida denuncia se efectuó en forma anónima y sin cumplir las formalidades que para su registro dispone el artículo 174 del Código Procesal Penal, en especial respecto de la “identificación del denunciante”, tales circunstancias u omisiones, ya fueron consideradas por los sentenciadores en el proceso valorativo de las probanzas del juicio, el cual los llevó, no obstante su carácter anónimo y falta de registro, a tener por acreditada la existencia de la denuncia y en los detallados términos en que se dice fue formulada.

De esa manera, el no haber acusado ninguno de los recurrentes que en la sentencia se hubiese incurrido en el defecto que sanciona con nulidad el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, por no haber expuesto los magistrados en su fallo de manera clara, lógica y completa la valoración de los medios de prueba efectuada de conformidad al artículo 297 del mismo código, que fundamentó su determinación de tener por demostrada la efectividad y contenido de la denuncia anónima del caso de autos, según mandata la letra c) del artículo 342 del mismo texto, no resulta posible discurrir en base a hechos distintos de los asentados en el fallo, poniendo en duda la realidad o el contenido de la denuncia.

Sexto: Que entonces, en el entendido de que existió una denuncia

anónima que entregaba información precisa sobre los autores de un delito de tráfico de drogas en actual ejecución, resulta irrelevante que los funcionarios policiales no hayan presenciado u observado de manera directa alguna conducta de los propios acusados que pudiera constituir un indicio de aquellos que enuncia el artículo 85 del Código Procesal Penal y que autorizan para realizar la diligencia de control de identidad, pues la norma mencionada no contiene expresamente dicha exigencia ni tampoco es posible desprenderla de una correcta interpretación sistemática de las disposiciones que regulan actuaciones autónomas de las policías.

En efecto, si se limitase la diligencia de control de identidad sólo a aquellos supuestos en que los funcionarios policiales advirtieran directa e inmediatamente alguna “conducta objetiva” que pudiese llevarlos a estimar que la persona que se someterá a la actuación policial está cometiendo o ha cometido un delito -en los supuestos que aquí interesan-, ello importaría que la diligencia de control de identidad demandaría mayores requisitos, o estándares más rigurosos, que la propia detención en situación de flagrancia, pues la letra e) del artículo 130 del Código Procesal Penal autoriza dicha privación temporal de libertad ambulatoria del “*que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato*”, caso en el cual quien realiza la detención no aprecia directamente ninguna acción o

comportamiento con carácter delictivo por parte de quien es sindicado como autor o cómplice de un ilícito, pues es la sindicación de un tercero -la víctima o el testigo presencial- la que justifica y valida la detención.

Séptimo: Que no está demás consignar que esta Corte ya ha tenido oportunidad de remarcar las diferencias que existen entre las denuncias anónimas efectuadas a las policías de manera personal y vía telefónica, así en la causa Rol N°22.302-14 de 1 de octubre de 2014, se señaló en relación a la actuación de funcionarios policiales que “*procedieron a efectuar un control vehicular y uno de identidad a dos mujeres que habían sido sindicadas a través de una denuncia personal hecha por un sujeto en la calle, que alertó a la policía y que habló directamente con ellos*”, que dicha circunstancia es “*bastante distinta de un llamado anónimo, aun cuando la policía no haya registrado los datos de esa persona, lo que puede constituir un yerro policial, pero que no desvirtúa el mérito de la denuncia que se formuló, en el sentido que no se trató de una persona oculta tras un teléfono*”.

Lo anterior es concordante entonces con lo declarado antes por esta Corte al declarar la infracción de garantías constitucionales de los acusados, y hacer lugar a los recursos de nulidad impetrados por sus defensas en las causas Rol N°2346-13 de 3 de junio de 2013 y Rol N°1946-15 de 23 de marzo de 2015, pues en ambas el control de identidad en cuestión se basó en sindicaciones relacionadas con el tráfico de drogas efectuadas a través de un llamado telefónico anó-

nimo, lo cual, según se expresó en el último pronunciamiento citado importa que los datos que invocaron los policías para efectuar el control de identidad provenían *“de una persona desconocida, que no ha sido identificada y que, por cierto, no prestó declaración tampoco en el juicio y ni fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones”*.

En el caso de autos, en cambio, se trata de una vecina que se aproxima y dialoga con los funcionarios policiales, a quienes entrega datos precisos sobre los hermanos que distribuirían droga en las poblaciones de la comuna, así como del vehículo en que se trasladan. Por tanto, a diferencia de los fallos recién mencionados, en el presente caso el detective Bueno Maturana tomó contacto con la denunciante en un lugar cercano a aquel en que fueron luego ubicados los acusados, y si bien no se registró la identidad de dicha persona por el anonimato en que ésta solicitó ampararse, no puede sin más analogarse su situación a la de una llamada telefónica, pues en el caso sub lite es razonable suponer, producto de la propia entrevista con la denunciante, que los funcionarios tuvieron más elementos para sopesar al momento de estimar que se encontraban frente a un caso de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, y a los cuales no se puede acceder mediante una comunicación telefónica, elementos sobre los cuales las defensas de las partes podían indagar exhaustivamente en su contraexamen en respaldo de su posición, asunto sobre el cual, como ya se dijo, los recursos nada expresan.

Octavo: Que, por otra parte, si bien el artículo 173, inciso 2°, del Código Procesal Penal prescribe que la denuncia formulada ante los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones, debe hacerse llegar por éstos “de inmediato” al Ministerio Público, tal mandato no resulta excluyente ni importa una suspensión temporal de las actuaciones que autónomamente pueden realizar las policías en tanto dicha comunicación no se materialice o la documentación que contiene la denuncia no sea recepcionada por la Fiscalía, y es así como el artículo 84 del mismo texto estatuye que sin perjuicio de la obligación de las policías de informar al Ministerio Público inmediatamente y por el medio más expedito de la denuncia recibida, procederá, cuando correspondiere, a realizar las actuaciones previstas en el artículo 83 que le precede, entre las que se encuentran las de “Prestar auxilio a la víctima”, “Practicar la detención en los casos de flagrancia” y “Recibir las denuncias del público”, y a las que el artículo 85 adiciona la de solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados que señala, de todo lo cual puede inferirse entonces que el indicio que habilita el control de detención puede venir dado precisamente por lo informado en la denuncia, en caso de que ese antecedente no sea suficiente o idóneo para configurar una situación de flagrancia que permita directamente la detención de la persona sindicada, como así fue estimado en el caso de autos por los funcionarios policiales.

Noveno: Que, conviene aclarar, el que el referido artículo 85 no condicione la realización de la diligencia de control de identidad a la previa transmisión al Fiscal de la denuncia formulada, de existir ésta, no importa liberar al funcionario policial de instar y materializar dicha comunicación lo más pronto posible, ello según las circunstancias y dinámica del caso concreto que se examine. En el caso sub judice, la denuncia fue recibida de forma anónima en la vía pública respecto de dos personas que distribuían droga en el sector a bordo de un vehículo en desplazamiento, motivo por el cual no parece razonable demandar a los policías abstenerse de realizar las actuaciones urgentes para ubicar el vehículo y someter a sus ocupantes a un control de identidad mientras no se transmita la denuncia al Ministerio Público, con el consiguiente riesgo de alejamiento de los denunciados.

Décimo: Que así las cosas, asentándose en el fallo que *“la denunciante anónima indicó al personal policial en un tiempo inmediatamente anterior a la realización del control de identidad, que dos sujetos- hermanos cuyos apodos suministró (‘Coni’ y ‘Cebolla’)-, de determinadas características físicas y de vestimentas, quienes se movilizaban en un determinado vehículo –Toyota Yaris celeste patente YW 2548-, repartían actualmente droga en diferentes poblaciones de la comuna de Puente Alto, individuos que se dirigían a Avenida Eyzaguirre en dirección al oriente”,* y que *“la información contenida en la denuncia anónima fuera plenamente coincidente con los antecedentes verificados por parte del personal policial”,*

tales circunstancias constituyen un caso fundado que razonablemente permite estimar que existen indicios de que los acusados habían cometido el delito de tráfico de estupefacientes, o al menos, que los ocupantes del vehículo -atendido que su descripción y patente también fue aportada por la denunciante- podían suministrar información útil para la indagación del delito que se acababa de denunciar, lo que habilitaba a los agentes policiales para el control de identidad de quienes se trasladaban en dicho vehículo a fin de verificar o descartar ese indicio o recabar información útil para su indagación y, conforme al inciso 2° del artículo 85 del Código Procesal Penal, para el registro de sus vestimentas, procedimiento policial del cual resultó el hallazgo de la sustancia que se consideró el objeto material de los delitos de tráfico de droga que se imputaron a cada uno de los acusados, y que, por disposición del artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal, hacía menester para los agentes su detención.

Por tanto, al no haber obrado ilegalmente los funcionarios policiales al controlar la identidad de los imputados Amaya Jiménez, no se ha cometido por parte del órgano jurisdiccional ninguna infracción a las garantías constitucionales invocadas en los recursos, ya sea al desestimar la exclusión de los medios probatorios derivados de dicha actuación en la audiencia de preparación del juicio oral, como al ponderarlos en el juicio y basar en ellos su convicción condenatoria.

Undécimo: Que respecto de las demás infracciones alegadas por la defensa de la acusada Thiare Amaya Jiménez, relativas al interrogatorio efectuado a ésta por los funcionarios policiales al momento de su detención sin presencia de su abogado defensor, así como el ingreso a su domicilio sin advertir a su madre -que autoriza la entrada de la policía- de la posibilidad de rechazarlo de conformidad al artículo 302 del Código Procesal Penal, todo ello de manera autónoma sin instrucción previa del Ministerio Público, cabe solamente señalar que como se lee en la sentencia impugnada, la responsabilidad penal de la encartada Amaya Jiménez se sostiene en el hallazgo de la droga que transportaba en el vehículo al momento de su detención, convicción que se alcanzó por los sentenciadores con la declaración del funcionario aprehensor José Bueno Maturana, del testigo de la propia defensa Julio Orellana Zúñiga, conductor del taxi, así como con las fotografías y peritajes relativos a las especies y droga incautada al momento de la detención, de manera que ninguna de las actuaciones posteriores ha tenido incidencia en lo decidido por los jueces ni, por tanto, puede alterar su convicción y resolución de condena, motivo suficiente para su desestimación.

Duodécimo: Que, en conclusión, al no haberse demostrado por ninguno de los recurrentes la existencia, en el procedimiento de autos o en el fallo censurado, de los vicios que se denuncian, corresponde desestimar las reclamaciones contenidas en los arbitrios interpuestos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 360, 372, 373 letras a) y 384, todos del Código Procesal Penal, **se rechazan** los recursos de nulidad promovidos en el libelo de fs. 17, por la defensa del imputado Sebastián Patricio Amaya Jiménez, y a fs. 98, por la defensa de la acusada Thiare Amaya Jiménez, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto con fecha catorce de abril de dos mil quince, que rola a fs. 1 y ss. de estos antecedentes, la que en consecuencia, no es nula.

Acordada **contra el voto del Ministro señor Brito**, quien fue de parecer de acoger ambos recursos de nulidad, invalidando el fallo y la sentencia impugnada, de manera de restablecer la causa al estado de celebrarse un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba obtenida y derivada del control de identidad a que fueron sometidos los acusados, por las siguientes consideraciones:

1°) Que del tenor del artículo 85 del Código Procesal Penal aparece evidente que en cuanto se trata de normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, su interpretación debe sujetarse a parámetros de restricción semejantes.

2°) Que los funcionarios policiales no informaron acerca de la denuncia anónima al fiscal de turno, quienes decidieron efectuar un control de identidad a los ocupantes del vehículo que reunía las características señaladas en la denuncia, sin que

se adviertan razones que les impidiesen avisar al Ministerio Público en el intertanto que era ubicado el aludido móvil, cual era la actuación pertinente. Ahora, ubicado por los funcionarios el vehículo que reunía las señas enunciadas en la denuncia anónima, se encontraron con dos pasajeros cuyas particularidades se ajustaban a las reseñadas por el denunciante desconocido, pero sin apreciar los policías algún indicio de que se hubiese cometido o que se estuviera perpetrando algún delito, y sin que pueda constituirlo la actitud adoptada por los acusados una vez sometidos a la diligencia en cuestión, en la especie haberse puesto nerviosos y realizar movimientos corporales atribuibles desde el punto de vista policial a la ocultación de evidencia, circunstancias que los mismos sentenciadores señalan que no resultan de interés para este efecto, en el punto 3° del motivo duodécimo de su fallo.

3°) Que conforme lo expresado, resulta que sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada y que, por cierto, tampoco prestó declaración en el juicio ni fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de delito por parte de los acusados, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no se tenía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indi-

cios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no se apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho expuesto por la denunciante, por lo que en realidad, siempre correspondió dar cumplimiento a la norma del artículo 84 del Código Procesal Penal, en orden a comunicar al fiscal la existencia de la denuncia.

4°) Que, por otra parte, no es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia de aquellas que trata el artículo 130 del Código Procesal Penal, pues las hipótesis de las letras a) y b) suponen que quien realiza la detención aprecia directamente el delito que se comete o acaba de cometer. Tampoco resulta pertinente la norma de la letra c), pues los acusados no huían “del lugar del lugar de comisión del delito” al ser ubicados por la policía; ni la de la letra d), ya que no fueron encontrados con objetos procedentes del delito o con señales, en sí mismos o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo. Finalmente, tampoco es atinente la situación de flagrancia de la letra e), puesto que no se ha establecido en el fallo que la denunciante anónima haya sido un “testigo presencial” de la distribución de droga en la comuna de Puente Alto que atribuye a los pasajeros del taxi que menciona.

5°) Que, en consecuencia, por no haber constatado los policías indicio alguno de la comisión de un delito ni haberse verificado una situación

de flagrancia que habrían permitido el actuar autónomo de la policía debe concluirse que se obró al margen de la regulación legal de la diligencia efectuada, vulnerándose así el derecho de los imputados a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que se le reconocen, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado relacionado con Thiare y Sebastián Amaya Jiménez resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de los efectos jurídicos del proceder ilícito, toda la prueba que de aquella actuación deriva, esto es la que fue aportada al juicio, consistente en la declaración del funcionario policial sobre el contenido de las pesquisas, y las fotografías y pericias que hayan derivado de tal indagación. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ésta del mismo procedimiento viciado no puede ser considerada.

6°) Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la infracción a la garantía de un debido proceso y, en su aspecto que la sentencia que

se pronuncie sea resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, cual no es lo ocurrido en la especie, por lo que la infracción sólo puede subsanarse, en opinión de este disidente, con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Matus y de la disidencia su autor.

Rol N°5841-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Jorge Lagos G. No firman el Ministro Sr. Künsemüller y el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA. EXCESOS RESPECTO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL. PRUEBA DE FUENTE INDEPENDIENTE

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Conforme a la teoría de la “fuente independiente”, no puede ser excluida como prueba ilícita aquella que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, porque en ese caso la referida prueba no sería un ‘fruto’ de la ilicitud.

Los policías contaban con autorización judicial para el registro e incautación de ambos vehículos, diligencias cuya ejecución llevó al hallazgo en uno de ellos de la rueda de camión que contenía la droga, por lo tanto, incluso de ser efectivo que los acusados permanecieron detenidos por los policías mientras éstos llevaban a cabo el registro de los vehículos, para lo cual se encontraban autorizados por el competente órgano jurisdiccional, lo cierto es que la prueba incriminatoria que sirvió para formar la convicción condenatoria no se origina ni proviene de la supuesta viciada detención, puesto que el registro de los móviles en que se desplazaban los acusados no se efectúa bajo la hipótesis que contempla el artículo 89 del Código Procesal Penal, que permite, sin necesidad de autorización judicial, el examen del equipaje que portare o del vehículo que condujere “el detenido”, “cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”, sino en virtud de una orden emitida previamente por el juez de garantía de conformidad al artículo 205, en relación al artículo 9 del Código Procesal Penal.

Los policías se encontraban habilitados para el registro de los vehículos, no por la detención previa de sus ocupantes, sino por contar con un decreto judicial válidamente dictado que los facultaba para dicha pesquisa.

Fallo Completo:

Santiago, a veinticinco de junio de dos mil quince.

Vistos:

En esta causa RUC N°1400210715-6, RIT N°30-2015, se dictó sentencia por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Chillán el catorce de abril de dos mil quince, por la que se condenó por su responsabilidad como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes cometido

el día 28 de mayo de 2014, a JOSÉ HÉCTOR CARRASCO VEGA, a sufrir diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a ARTURO NATALIO CÁCERES PACHECO a sufrir siete años de presidio mayor en su grado mínimo, y a NICOLÁS CÁCERES OLATE, ROY HANS PÉREZ ITURRA y a FRANCISCO ALEJANDRO RODRÍGUEZ ARIAS, a sufrir cada uno de ellos la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Res-

pecto de todos los sentenciados además se impuso el pago de multas y accesorias legales.

Las defensas de los acusados dedujeron sendos recursos de nulidad cuyas copias rolan a fs. 20, 23 y 28, los que fueron admitidos a tramitación por resolución de fs. 51, fijándose a fs. 58 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento. A fs. 63 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Y considerando:

Primero: Que el recurso interpuesto por la defensa de los acusados José Carrasco Vega, Arturo Cáceres Pacheco y Francisco Rodríguez Arias se fundó en la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5, inciso 2°, y 19 N°3 de la Constitución Política de la República, 5, 85 y 129, inciso final del Código Procesal Penal.

Precisa que se encuentra acreditado que funcionarios policiales detuvieron a los acusados en el km. 488 de la Ruta 5 Sur, procediendo a efectuar una revisión superficial a los vehículos en los que se movilizaban y que sólo por razones de seguridad los trasladaron hasta la ciudad de Chillán, lugar en donde revisaron un neumático, detectando droga en el mismo. Añade que la autorización otorgada por el Juez de Garantía de Chillán para el registro de los vehículos se otorgó alrededor de las 18:00 hrs. y se materializó cerca de las 20:00 hrs., orden que no autorizaba el traslado de los detenidos ni

de sus vehículos hasta dependencias policiales, lo que pone de manifiesto que lo obrado por la policía vulnera la garantía del debido proceso, generando con ello la ilicitud de la prueba obtenida.

Pide el recurrente que se anulen el juicio oral y la sentencia recaída en él y que la causa vuelva al estado de realizarse un nuevo juicio por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Segundo: Que el arbitrio de nulidad deducido por el apoderado de Nicolás Cáceres Olate, luego de desistirse en la vista del recurso de la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, se sustenta únicamente en la letra a) del artículo 373 del citado código, denunciando vulneración de garantías fundamentales en relación a lo establecido en los artículos 19 N°s. 4°, 5° y 7° de la Constitución Política de la República, y 5, 6, 9, 130, 297, inciso final y 340 del Código Procesal Penal.

Refiere el impugnante que los magistrados de la instancia dan por acreditado que la detención del imputado se produce por flagrancia, “cuando sólo se contaba con sospechas emanadas de escuchas telefónicas de que posiblemente en uno de los vehículos había droga”. Plantea que los aprehensores señalaron no haber visto ninguna situación objetiva que pareciera entrega, transacción o transporte de esas sustancias, por lo tanto no se daba la ostensibilidad de la flagrancia que exige el artículo 130 del Código Procesal Penal, cuestión que se encuentra ratificada en el hecho de haber

sido detenidos los acusados a las 21:56 horas, en circunstancias que se encontraban privados de libertad desde las 20:30 horas.

Agrega que la orden judicial que habilitaba la incautación de los vehículos no permitía la detención de los imputados, como tampoco el traslado a otro lugar para buscar la droga. Manifiesta también que los funcionarios policiales, antes de prevenir de sus derechos a los detenidos les realizan preguntas propias de la investigación sin contar con un defensor y, en ese contexto, Roy Pérez habría señalado que en el neumático “parece que vendría droga”, afectándose su derecho a guardar silencio.

Al concluir solicita la nulidad del juicio oral y de la sentencia, excluyéndose la prueba incautada desde los momentos previos al control de los vehículos.

Tercero: Que el recurso impetrado por el letrado que representa al acusado Roy Pérez Iturra se asila en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por errónea aplicación de los artículos 11 N°9, 68, inciso 2°(sic.), y 104 del Código Penal.

Expresa el recurrente que los sentenciadores imponen erróneamente la sanción de 5 años y 1 día de presidio al encartado, no obstante la procedencia de la rebaja en un grado de la pena al concurrir en su favor las atenuantes de los ordinales 9° y 6° del artículo 11 del Código Penal, la primera reconocida en el fallo, y la segunda toda vez que las anotaciones

en su extracto de filiación dan cuenta de procesos penales respecto de los cuales se encuentra extinta la responsabilidad penal, de conformidad al artículo 104 del Código Penal.

Al finalizar pide se invalide sólo la sentencia y se dicte la de reemplazo que condene al acusado Pérez Iturra a la pena de tres años y un día de presidio con beneficio de libertad vigilada intensiva.

Cuarto: Que en la oportunidad procesal pertinente el apoderado del acusado Nicolás Cáceres Olate dio lectura resumida a lo que indicó sería una copia del parte policial N°349./07007, de 28 de mayo de 2014, respecto del cual no hubo oposición ni objeción contraria, por lo que se dispuso su incorporación al proceso.

Quinto: Que, dado que en los recursos interpuestos por las defensas de los acusados Carrasco Vega, Cáceres Pacheco y Rodríguez Arias, y de Cáceres Olate se acusa la infracción de garantías que ambos subsumen en la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, basadas en cuestionamientos a la legalidad de las detenciones sufridas por los aludidos inculpados, se procederá a su estudio y resolución conjunta, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En un primer orden de ideas, cabe recordar que la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado -que tiene como efecto secundario de la ineficacia de la prueba ilícita la exclusión de los elementos probatorios derivados de dicha ilicitud-,

en cuanto supone una relación causal, descarta la posibilidad de que la exclusión se aplique a los casos en que esa vinculación aparezca rota, uno de los cuales es el de la “fuente independiente”, excepción reconocida por esta Corte en diversos fallos y declarando al respecto que ella corresponde a “una vía distinta de admisión de convicción por parte del tribunal, de aquella que se considera ilícita”, (SCS Rol N°2333-10 de 24 de junio de 2010), en la que “no puede ser excluida como prueba ilícita, aquélla que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, simplemente, porque en ese caso la referida prueba no sería un ‘fruto’ de la ilicitud” (SCS Rol N°5435-07 de 11 de diciembre de 2007. Otros pronunciamientos sobre esa excepción, en SSCS Rol N°2521-08 de 28 de julio de 2008, Rol N°1741-10 de 25 de mayo de 2010 y Rol N°2576-11 de 11 de mayo de 2011). En el mismo sentido, en lo tocante a la excepción en comento se ha expuesto que “la pregunta más apropiada en tal caso es ‘sí, 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” (Wong v. United States citado por Horvitz y López, Derecho Procesal Penal Chileno, T. II, Ed. Jurídica, 1a. Ed., 2005, p. 221)

Pues bien, como antes ha sido expuesto, en ambos arbitrios se arguye la ilegalidad de la prueba derivada de la detención de los alu-

didados acusados, atendido que no existía orden judicial para su restricción o privación de libertad ni se presentaba una situación de flagrancia que la posibilitara.

Sobre este asunto en el considerando sexto de su fallo los jueces de la instancia dieron por acreditado que con la información recabada por los agentes policiales en diversas diligencias de investigación que se desarrollaron anticipadamente en torno a la planificación del ingreso de droga a Chile desde Argentina utilizando un paso cordillerano “se obtuvo del Juzgado de Garantía una orden para el registro e incautación de ambos vehículos, dándose inicio a la diligencia por funcionarios de la PDI, aproximadamente a las 20:30 horas en un Servicentro Copec, ubicado en el Kilómetro 488 de la Ruta 5 Sur, incautando la policía ambos vehículos, encontrado en el Jeep Suzuki, que era conducido por Pérez Iturra y de pasajero Carrasco Vega, la rueda de camión que contenía la droga. A consecuencia de este procedimiento, los cinco acusados fueron detenidos”.

Sexto: Que entonces, como quedó establecido en el fallo, hecho que no fue discutido por los recurrentes, las policías contaban con autorización judicial para “el registro e incautación de ambos vehículos”, diligencias cuya ejecución llevó al hallazgo en uno de ellos de “la rueda de camión que contenía la droga”.

Por lo tanto, incluso de ser efectivo que los acusados permanecieron detenidos por los policías mientras éstos llevaban a cabo el registro de

los vehículos para lo cual se encontraban autorizados por el competente órgano jurisdiccional, lo cierto es que la prueba inculpativa que sirvió para formar su convicción condenatoria a los sentenciados no se origina ni proviene de la supuesta viciada detención, puesto que el registro de los móviles en que se desplazaban los acusados no se efectúa bajo la hipótesis que contempla el artículo 89 del Código Procesal Penal, que permite, sin necesidad de autorización judicial, el examen del equipaje que portare o del vehículo que condujere “el detenido”, “cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”, sino en virtud de una orden emitida previamente por el juez de garantía de conformidad al artículo 205, en relación al artículo 9 del Código Procesal Penal, esto es, “Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado”, es decir, los policías se encontraban habilitados para el registro de los vehículos no por la detención previa de sus ocupantes -de haber ello ocurrido como sostienen los recursos-, sino por contar con un decreto judicial válidamente dictado -esto no ha sido rebatido por los recurrentes- que los facultaba para dicha pesquisa.

De esa manera, si los ocupantes de los vehículos se hubiesen fugado dejando éstos abandonados en el lugar en que fueron incautados y luego registrados, o si los policías no hubiesen trasladado a los acusa-

dos a la unidad policial mientras se realizaba la diligencia de registro de los autos, permitiéndoles en cambio retirarse libremente, ninguna de dichas circunstancias habría incidido o impedido el hallazgo de la sustancia pues, como se dijo, la habilitación de los agentes policiales para el registro de los vehículos procedía de la orden judicial que así los facultaba y no de la autorización legal derivada de su detención.

Es por lo anterior que la prueba documental incorporada por el apoderado de Nicolás Cáceres Olate a que se alude en el motivo cuarto ut supra, instrumento que demostraría las circunstancias en las que éste fue detenido y que sirven de sostén al recurso, no puede alterar lo concluido.

Séptimo: Que al hacerse cargo de esta temática, los jueces del grado, en el basamento noveno de su fallo señalaron que “en la especie los hechos materia de la acusación nos encontramos en presencia de un delito flagrante, se trata de un delito que se estaba cometiendo, porque se estaba transportando droga”, conclusión que en nada empece a lo que se viene reflexionando, puesto que lo relevante y decisivo para la suerte de los recursos en análisis es que el descubrimiento de la droga tiene como causa una fuente independiente y claramente diferenciable -tanto fáctica como jurídicamente- de la privación o restricción de libertad ambulatoria que habrían sufrido los acusados en forma previa a ese descubrimiento, pues la incautación de los vehículos, y su posterior regis-

tro, se efectúa en cumplimiento de una orden judicial previa y legítimamente concedida.

Octavo: Que por las mismas razones que se han venido desarrollando es que el señalamiento que realiza el acusado Roy Pérez a los policías de “que en el neumático trasladado en el vehículo que conducía, había droga”, según se establece en el motivo décimo tercero del fallo en estudio, tampoco altera lo antes concluido, esto es, que los agentes buscan y encuentran la sustancia al ejecutar una orden judicial válidamente emitida para dicho efecto, ya que el señalamiento informalmente realizado por el mencionado acusado al ser abordado por los agentes policiales sólo hizo más expedito el hallazgo de la droga, al concentrarse o partir la inspección por el objeto apuntado por el encartado Roy Pérez. En ese contexto, aún bajo el supuesto que afirma el recurrente se estaría ante otra excepción a la exclusión de elementos probatorios derivados de la ilicitud original, que la doctrina ha denominado como “descubrimiento inevitable”, caso en el que, como sucede en la especie, la “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” (Horvitz/López, *Ibíd.*, p. 221).

Noveno: Que aun cuando no fue un fundamento desarrollado en el recurso presentado por la defensa de los acusados Carrasco Vega, Cáceres Pacheco y Rodríguez Arias, sino

sólo mencionado durante la vista de la causa ante esta Corte, en relación a la alegación consistente en que la autorización judicial concedida a los agentes policiales para la incautación y registro de los vehículos no comprendía el examen del interior de la rueda de camión en que se contenía la cocaína en estado líquido que era transportada en uno de ellos, no está demás consignar que tal alegación, al no haber sido objeto de lo debatido y controvertido durante el juicio oral, como se lee en los extractos del fallo referidos a los alegatos de apertura y clausura de las partes, tuvo como corolario que los concretos términos en que fue otorgada la autorización judicial para el registro de los vehículos no fuera materia de la discusión y prueba en el juicio y que, consecuentemente, los jueces del grado no se hayan abocado a su estudio y al establecimiento de los hechos pertinentes en su fallo -aunque sí asientan en el considerando sexto que previamente “se obtuvo del Juzgado de Garantía una orden para el registro e incautación de ambos vehículos”- sin que tampoco el respectivo recurrente haya rendido prueba al efecto ante esta Corte.

Lo anterior importa que en lo concerniente a la mencionada alegación no se hayan acreditado los hechos que constituyen la causal invocada, lo cual obsta siquiera para abocarse a su análisis.

Décimo: Que, en síntesis, en el caso de autos no se advierte una relación causal concreta y determinada entre las ilicitudes de base denunciadas en ambos recursos y el material pro-

batorio que se pretende excluir, por lo que las infracciones a las garantías constitucionales denunciadas en ambos libelos no pueden calificarse como sustanciales para los efectos que se persigue, esto es, la exclusión como elemento probatorio en el juicio o su no valoración en la sentencia de toda la prueba originada con ocasión de la ejecución por los policías de la incautación y registro de los vehículos en cuestión, de modo que sin presentarse ese extremo de sustancialidad o trascendencia de la infracción, los arbitrios no pueden ser acogidos.

Undécimo: Que el recurso impedido por el letrado que representa al acusado Roy Pérez Iturra se asila en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por errónea aplicación de los artículos 11 N°9, 68, inciso 2°(sic.), y 104 del Código Penal, ya que al concurrir en favor del encartado las atenuantes de los ordinales 9° y 6° del artículo 11 del Código Penal, procedía rebajar la pena impuesta en un grado.

Sobre esta alegación, no escapa a esta Corte que el apoderado del acusado durante la vista de la causa se desentiende parcialmente de las normas que en el libelo afirma que erróneamente se han dejado de aplicar por los jueces del grado -artículos 11 N°6 y 104 del Código Penal-, y cuestiona ahora la falta de aplicación del artículo 68 bis del Código Penal al no haber considerado como muy calificada la mitigante del artículo 11 N°9 del mismo texto.

Si bien tal sustitución de las alegaciones de fondo sería suficiente para desestimar el recurso, atendido que el letrado ya no afirma el error en que se fundó la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal planteada en el libelo, sino que lo reemplaza por uno distinto, cuestión que proscribe el artículo 379, inciso 2°, del citado código, no resulta en balde explicar que la rebaja en un grado de la pena, sea producto de la concurrencia de dos o más mitigantes y ninguna agravante, de conformidad al artículo 68, inciso 3°, del Código Penal, o de considerar como muy calificada la única modificatoria que se presente, según autoriza el artículo 68 bis del mismo texto, en ambos casos, aún de presentarse los supuestos que hacen operativas ambas normas, la reducción en un grado de la pena constituye una facultad para el tribunal que puede o no concretar según las particularidades del caso y, por tanto, los errores que puedan haberse cometido en torno a la configuración de los supuestos que permitirían su aplicación -la concurrencia de dos o más atenuantes o de una muy calificada, según el caso- carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, situación que al presentarse en la especie obsta que el recurso en examen pueda prosperar.

Duodécimo: Que en vista de todo lo antes razonado es que, al no haberse demostrado por ninguno de los recursos analizados la existencia de los vicios e infracciones que se denuncian, deberán desestimarse todos los arbitrios interpuestos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 360, 372, 373 letras a) y b), y 384, todos del Código Procesal Penal, **se rechazan** los recursos de nulidad promovidos en el libelo de fs. 20, por la defensa del imputado Roy Pérez Iturra, de fs. 23, por la defensa de los acusados José Carrasco Vega, Arturo Cáceres Pacheco y Francisco Rodríguez Arias, y de fs. 28, por el apoderado del acusado Nicolás Cáceres Olate, contra el juicio y la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán con fecha catorce de abril de dos mil quince, que rola a fs. 1 y ss. de estos antecedentes, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N°6315-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Julio Miranda L. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman los Ministros Sres. Cisternas y Miranda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

RECURSO DE QUEJA RECHAZADO. INVOCACIÓN DE CAUSALES CONJUNTAS O SUBSIDIARIAS EN EL RECURSO DE NULIDAD

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Aún cuando el artículo 378 del Código Procesal Penal autoriza en caso de que el recurso de nulidad se funde en varias causales, que ellas se invoquen conjunta o subsidiariamente, de optarse por lo primero, ello supone necesariamente que las causales sean compatibles entre sí.

Si bien el artículo 383 del Código Procesal Penal no dispone explícitamente que el recurso de nulidad pueda ser declarado inadmisibile por la interposición conjunta de causales incompatibles, sí autoriza dicha decisión cuando el tribunal constate que el libelo “careciere de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas”, situación que desde luego se presenta en aquel recurso que, por un lado, discurre que el error reside en la calificación jurídica de los hechos que establece el fallo y, por tanto, en base a esos hechos solicita la absolución del acusado; y por otro lado, aduce que los mismos hechos fueron establecidos sin apego a las exigencias de fundamentación que impone la ley adjetiva y que, por ende, no procede absolver al acusado sino sólo realizar un nuevo juicio en que otra vez se fijen los hechos, desde luego –de otra manera no habría perjuicio– distintos a los que los recurridos asentaron.

Texto Completo:

Santiago, a treinta de junio de dos mil quince.

Vistos y teniendo presente que:

Primero: Que a fs. 605 de estos antecedentes compareció don Cristian Santander Garrido en representación del imputado Cristian Ajraz Cortés, condenado en la causa RIT N°76-2014, RUC N°1000344930-6, seguida ante el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y asociación ilícita, quien deduce recurso de queja contra los integrantes de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago,

los Ministros Sr. Juan Muñoz Pardo y Sra. María Rosa Kittsteiner Gentile, y el Fiscal Judicial Sr. Daniel Calvo Flores, quienes rechazaron el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado ya indicado en contra de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de la instancia.

A fs. 646, para los fines de estudiar una posible actuación de oficio, se trajeron los autos en relación.

Segundo: Que en el recurso de queja se expresa que los jueces cuestionados, al rechazar el arbitrio de nulidad impetrado contra el fallo dictado por el tribunal del grado, cometieron las siguientes faltas o abusos:

Primero, no analizar ni fundamentar la existencia de una incompatibilidad específica entre las causales de nulidad que se invocaron conjuntamente en el recurso de nulidad de conformidad al artículo 378 del Código Procesal Penal, puesto que en opinión del quejoso, los diversos defectos o infracciones que se denunciaban en cada una de ellas no impedían un pronunciamiento sobre el fondo, además no se puede saber si son incompatibles las causales de nulidad sin realizar el análisis de cada una de ellas en forma particular. Añade que al entender lo contrario los recurridos crean un motivo de inadmisibilidad extralegal, y que el artículo 384 del citado código permite a la Corte pronunciarse sobre una o más de las causales interpuestas de manera conjunta de estimar que sólo una de ellas es suficiente para acoger el recurso. Arguye también que la incompatibilidad que se acusa genéricamente por los jueces recurridos impide el legítimo derecho al recurso del acusado Ajraz Cortés.

En un segundo orden, denuncia como falta o abuso el que el fallo impugnado, superficialmente, asegure que la sentencia del tribunal de la instancia cumple con los requisitos de fundamentación que le exige la ley, no obstante que de su simple lectura se confirma que carece de ella como se denuncia en el recurso de nulidad.

Al concluir pide se declare que con la resolución dictada por los jueces de alzada éstos han cometido falta o abuso grave y que se tomen las

medidas necesarias para enmendar dicha resolución de conformidad a lo que propone el quejoso, o las que esta Corte estime pertinentes, sin perjuicio de la aplicación de alguna de las sanciones disciplinarias que correspondan conforme a derecho.

Tercero: Que en su informe, agregado a fs. 638, los jueces transcriben la resolución que ataca el recurso de queja, luego de lo cual concluyen que en base a su contenido han actuado correctamente y dentro de sus facultades, sin cometer las faltas o abusos que se les imputan.

Cuarto: Que para la adecuada resolución del arbitrio interpuesto, conviene mencionar que el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en la causa RIT N°76-2014, RUC N°1000344930-6, condenó al acusado Cristian Ajraz Cortés a dos penas de diez años y un día de presidio, más multas y accesorias legales, como autor de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometido entre los meses de octubre de 2010 y septiembre de 2011, y de asociación ilícita para el tráfico de drogas, cometido entre los meses de octubre de 2010 y septiembre de 2011.

En el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado Ajraz Cortés, se invocaron conjuntamente las siguientes causales de nulidad, la de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal -declarada inadmisibile por esta Corte Suprema-; la de la letra b) del mismo artículo 373 respecto de los delitos de tráfico ilícito de estu-

pefacientes de noviembre de 2010 y septiembre de 2011; de la letra f) del artículo 374, por infracción al principio de congruencia respecto al delito de asociación ilícita; y de la letra e) del mismo artículo 374, en relación a los artículos 342 letra c), d) y e) y 297 y 340 del Código Procesal Penal, en lo tocante a los dos delitos de tráfico de droga de noviembre de 2010 y septiembre de 2011.

Al final del aludido recurso se pide, de manera conjunta, la nulidad del juicio y la sentencia, ordenando realizar un nuevo juicio oral y dictar nueva sentencia que respete las garantías del acusado y cumpliendo los requisitos formales y sustantivos exigidos para su validez y, “en su caso”, respecto de causal de errónea aplicación del derecho, anular el fallo y dictar el de reemplazo que absuelva “en ese capítulo”, todo lo anterior, sin perjuicio de las facultades para actuar de oficio.

Los jueces cuestionados, para rechazar el recurso de nulidad antes expuesto, señalaron lo siguiente:

“1.- Que, en primer lugar, cabe tener presente que el recurso de nulidad es un recurso de derecho estricto, y como tal los recurrentes en sus fundamentos deben ceñirse estrictamente a lo preceptuado en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, señalando el vicio que denuncian, las normas vulneradas y como ellas influyen substancialmente en cada caso en lo dispositivo del fallo”.

“3.- Que en relación al recurso deducido por la defensa del senten-

ciado Ajraz Cortés, si bien solicitó en su recurso se recibiera prueba en esta instancia, en su alegato en estrados se desistió de la referida solicitud, según consta en el audio correspondiente.

4.- Que así las cosas la competencia de esta Corte ha quedado circunscrita a 4 recursos de nulidad, en contra de la sentencia de primer grado y sólo en relación a las pruebas rendidas ante el Tribunal Oral. Se analizarán entonces los 4 recursos que subsistieron a la luz de la sentencia definitiva, la cual en un extenso análisis en setenta y dos considerandos, condena a cada uno de los recurrentes.”

“8.- Que finalmente en cuanto al recurso deducido por la defensa del sentenciado Cristian Ajraz Cortés, cabe recordar que había solicitado se recibiera prueba en esta instancia petición de la que se desistió en estrados.

9.- Que en cuanto al fondo propiamente tal, sustenta su recurso en tres causales de manera conjunta, por lo que es necesario traer a la vista lo señalado en la motivación primera de esta fallo, en cuanto a la naturaleza de derecho estricto de este recurso y especialmente a la circunstancia que de deducirse varias causales de manera conjunta ellas deben ser compatibles entre si, de lo contrario en recurso cae por su propio peso, y eso es precisamente lo que sucede en este caso, ya que las causales del artículo 373 letra b), y e) y f) del artículo 374, resultan inconsis-

tentes entre sí, en cuanto a la forma de oponerlas.

A saber, el artículo 373 letra b) señala que la sentencia incurre en infracción de ley cuando, en el pronunciamiento de la misma, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en cuyo caso los hechos se mantienen inamovibles; por su parte el artículo 373 letra e) estatuye que la sentencia sería nula por haberse omitido en ella requisitos del artículo 342 letras c) exposición clara de los hechos que se dieren por probados en relación con el artículo 297 referencia a su valoración; y en su letra f) cuando se hubiere dictado con infracción a lo prescrito en el artículo 341, no pudiendo exceder el contenido de la acusación.

10.- Que al efecto, y sin perjuicio de las fallas procesales en la interposición del recurso, en cuanto a fondo propiamente tal, ninguno de los reproches detallados en la motivación precedente se configuran en el presente caso, tanto porque como se dijo resultan incongruentes entre sí, cuanto porque, del tenor de la sentencia compatible con la acusación, no se divisa falta de claridad en la valoración de los hechos ni en la apreciación de las pruebas, ya que en todo el desarrollo del fallo existe una construcción lógica, armónica y concatenada de la forma en que se configuran los ilícitos en los que se acreditó la participación de los imputados, como de la forma que estos se relacionaron entre sí, para

traficar, y blanquear los activos producto de sus actuaciones.”

Quinto: Que en lo concerniente a la primera falta o abuso denunciada, cabe aclarar que aun cuando el artículo 378 del Código Procesal Penal autoriza en caso de que el recurso de nulidad se funde en varias causales, que ellas se invoquen conjunta o subsidiariamente, de optarse por lo primero, ello supone necesariamente que las causales sean compatibles entre sí, de manera que los argumentos que las sostienen no resulten excluyentes y, de ese modo, conduzcan al mismo resultado invalidatorio.

Sexto: Que en la especie, en el recurso de nulidad presentado por la defensa de Ajraz Cortés, respecto de los delitos de tráfico de noviembre de 2010 y septiembre de 2011, se invocaron conjuntamente las causales de las letras b) del artículo 373 y e) del artículo 374 en relación a los artículos 342 letra c), 297 y 340 del Código Procesal Penal y, por ende, con la primera causal de nulidad se aceptan los hechos asentados por los magistrados de la instancia, y sólo se cuestiona la aplicación del derecho a tales hechos, pero también, de manera conjunta, impugna el establecimiento de los mismos por no contener el fallo la exposición de esa operación en la forma que prescribe el artículo 342 letra c).

Lo mismo puede observarse en relación a la causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, con la cual, si bien se alude al delito de asociación ilícita, en el

relato de los hechos establecidos por el tribunal para configurar tal ilícito, se expresa que el acusado Ajraz Cortés “cumplía funciones de protección, planificación y facilitación de medios”, en una organización que “logró ejecutar con éxito los tráficos de drogas singularizados como tráficos de ‘noviembre de 2010’ y ‘septiembre de 2011’, a los que ya se hiciera análisis en forma precedente”, con lo cual, igualmente impugna a través de esta causal los hechos fijados en el fallo por exceder el contenido de la acusación y de paso persigue -como expresamente lo indica en la correspondiente sección del libelo de nulidad- la celebración de un nuevo juicio y la dictación de una nueva sentencia.

De ese modo, dado el carácter excluyente de los fundamentos de las causales enunciadas y, especialmente de los efectos que las mismas acarrearán, la interposición conjunta por la que se optó en el recurso de nulidad impedía a los recurridos abocarse adecuadamente a su estudio y resolución, pues al no priorizar el arbitrio entre las distintas causales de nulidad les dejó sin pautas para ordenar el estudio y tratamiento de sus reclamos. Aceptar lo postulado por el quejoso, supondría que serían los jueces, y no el recurrente de nulidad, quienes “aleatoriamente” -ante la ausencia de un orden “jurídicamente” determinado, el cual por cierto, no proviene del simple orden materialmente dado al escrito- deberían optar por la causal a analizar en primer término y, consiguientemente, por la extensión del efecto anulatorio que conlle-

varía para el proceso. Lo que se ha venido exponiendo daba cuenta de una falta de correlación lógica entre lo razonado y lo solicitado en el recurso de nulidad en cuestión, y de que esa presentación carecía en esa parte de la certeza y determinación, y en definitiva de la fundamentación que exige un recurso de derecho estricto y extraordinario como el de nulidad intentado, motivo suficiente para decidir su rechazo como lo dictaminaron los jueces recurridos (en el mismo sentido SSCS Rol N°6927-12 de 5 de octubre 2012 y Rol N°4883-13 de 25 de septiembre de 2013).

Séptimo: Que, por otra parte, aun cuando el artículo 383 del Código Procesal Penal no dispone explícitamente que el recurso de nulidad pueda ser declarado inadmisibles por la interposición conjunta de causales incompatibles, sí autoriza dicha decisión cuando el tribunal constate que el libelo “careciere de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas”, situación que desde luego se presenta en aquel recurso que, por un lado, discurre que el error reside en la calificación jurídica de los hechos que establece el fallo y, por tanto, en base a esos hechos solicita la absolución del acusado; y por otro lado, aduce que los mismos hechos fueron establecidos sin apego a las exigencias de fundamentación que impone la ley adjetiva y que, por ende, no procede absolver al acusado sino sólo realizar un nuevo juicio en que otra vez se fijen los hechos, desde luego -de otra manera no habría perjuicio- distintos a los que los recurridos asentaron.

La abierta oposición de fundamentos y peticiones del recurso, importa la carencia de los mismos, pues, señalar a la vez que los hechos imputados al acusado ocurrieron y no ocurrieron, equivale a no decir nada sobre la ocurrencia de los hechos y, asimismo, pedir la dictación de una sentencia de reemplazo y a la vez solicitar que no se dicte, o simultáneamente pedir que se anule el juicio y que no se anule, equivale a no pedir nada “concreto” en relación a la dictación de una sentencia de reemplazo o la realización de un nuevo juicio.

Sobre este asunto ya ha tenido oportunidad esta Corte se señalar que: “aparece que los sentenciadores, al declarar inadmisibile el recurso de nulidad promovido por la defensa de los condenados contra el dictamen del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que por esta vía se revisa, estimando que las causales invocadas como sustento del mismo son manifiestamente incompatibles y no era posible, entonces, interponerlas conjuntamente, como se hizo, sino que debió hacerse subsidiariamente, han actuado legal y correctamente. En efecto, tal razonamiento y decisión son fáctica y jurídicamente adecuadas a la realidad del recurso en estudio y representan la lógica expresión del legítimo ejercicio jurisdiccional por parte de los jueces en contra de los cuales se reclama” (SCS Rol N°8840-11 de 2 de noviembre de 2011)

Sin perjuicio de todo lo anterior, no puede desatenderse que en el caso en estudio los recurridos no declararon inadmisibile el recurso

de nulidad, sino al contrario, se fijó audiencia para la vista de la causa, luego de lo cual se dictó la sentencia que rechazó el recurso “en cuanto al fondo”, lo que, si bien se realiza remitiéndose parcialmente a la incongruencia de los reproches planteados por el recurso, no deja de dar razones, escuetas por cierto, que fundan el rechazo de cada uno de ellos. Respecto de esto último, no está demás apuntar que no parecía razonable esperar de los recurridos un lato y detallado análisis y pronunciamiento sobre los argumentos que sostenían cada una de las causales interpuestas en el recurso si al cabo del mismo igualmente, por las razones antes referidas, no podrían haber dado lugar a ninguna de ellas.

Octavo: Que la segunda falta o abuso sobre la que se explyaba el quejoso viene dada por la declaración de los recurridos que la sentencia del tribunal de la instancia cumple con los requisitos de fundamentación que le exige la ley, no obstante que de su simple lectura se confirma que carece de fundamento como se denunció en el recurso de nulidad.

Atendido lo antes razonado, esto es, que la causal de nulidad de la letra e) del artículo 374 no podía ser acogida ante la errónea formulación conjunta que se efectuó con el resto de las causales de nulidad, la falta o abuso a que ahora se atiende tampoco se ha cometido pues precisamente los defectos en la interposición del recurso liberaban a los jueces de abocarse al estudio del vicio que constituiría esa causal, sin perjuicio de lo cual, como ya fue dicho, éstos igual-

mente realizan dicho análisis descartando la existencia de tal defecto. Si bien la fundamentación de tal decisión es breve, como también ya fue indicado, no parecía razonable esperar de los recurridos un lato y detallado análisis y pronunciamiento sobre ese aspecto dado que la causal mediante la que se buscó su enmienda igualmente no podría haber sido acogida por las razones ya reseñadas.

No obstante lo referido, del estudio del fallo dictado por los jueces del tribunal oral, esta Corte no advierte la ausencia de fundamentación que aduce el quejoso, sino un completo y extenso examen sobre todos los puntos planteados por el recurrente, lo que permite evidenciar que las protestas del quejoso no apuntan en verdad al rigor de la motivación del fallo, sino a la corrección de fondo sobre las conclusiones de hecho y derecho que en éste se plasman y que considera equivocadas, disquisiciones que al no contravenir la razón, no carecer de fundamento plausible ni oponerse formalmente a una norma de aplicación imperativa, sino sólo corresponder a razonamientos que no satisfacen los intereses del quejoso, no pueden constituir una falta o abuso grave que pueda ser remediada por esta vía disciplinaria, incluso de no ser acertadas las reflexiones de los jueces de la instancia. En efecto, como ha sido repetidamente resuelto por esta Corte, el ejercicio de este recurso disciplinario no tiene lugar en los casos que se enfrenta una diferencia de opiniones entre las partes y los tribunales, en relación a una interpretación jurídica

que, como la del caso, puede ser estimada válida y que ha sido suficientemente fundada, desde que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de ese carácter y provocar por este solo concepto un nuevo pronunciamiento sobre el asunto, pues cualesquiera que hayan podido ser las equivocaciones atribuidas a los jueces con motivo de su decisión, no representan una falta a sus deberes funcionarios ni un abuso de facultades, sino que a lo más un criterio diverso sobre el asunto que les corresponde resolver (SCS Rol N°15.275-14 de 26 de agosto de 2014)

Noveno: Que por las razones antes explicadas, no han cometido falta o abuso los jueces cuestionados al señalar que las causales de los artículos 373 letra b) y 374 letras e) y f) del Código Procesal Penal, al versar sobre los mismos hechos, no han podido interponerse conjuntamente, pues tal conclusión es compartida por esta Corte ya que un recurso de derecho estricto como es el de nulidad no admite tales imprecisiones. Además la determinación de los magistrados no tuvo como corolario la declaración de inadmisibilidad del recurso, sino sólo fue un argumento más al que echan mano los recurridos para su desestimación por motivos de fondo.

Asimismo, no se ha cometido falta o abuso por los recurridos al concluir que la sentencia revisada por ellos cumple con los requisitos de fundamentación demandados por la ley procesal, pues aun cuando la motivación que respalda esa conclusión se

expresa sucintamente, no puede dejar de sopesarse, para no estimar como grave tal brevedad del fallo revisado, que la mera lectura del extenso dictamen de la instancia demuestra que éste contiene suficiente fundamento para sustentar razonablemente su decisión de condena, aun cuando las conclusiones a que arriba la sentencia puedan no ser compartidas.

Décimo: Que, finalmente, cabe considerar que este tribunal, tampoco observa circunstancia o elemento alguno que le permita hacer uso de sus facultades privativas para actuar de oficio, por lo que sólo cabe rechazar el arbitrio interpuesto.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 605 por el abogado don Cristian Santander Garrido contra los integrantes de la Quinta

Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, los Ministros Sr. Juan Muñoz Pardo y Sra. María Rosa Kittsteiner Gentile, y el Fiscal Judicial Sr. Daniel Calvo Flores por la dictación del fallo de siete de abril de dos mil quince en la causa Rol Corte N°373-2015.

Agréguese copia de la presente resolución al expediente tenido a la vista.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N°5019-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Julio Miranda L. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman los Ministros Sres. Dolmestch y Miranda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y ausente, respectivamente.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

POLÍTICA INSTITUCIONAL Y MODELOS DE ATENCIÓN A USUARIOS IMPLEMENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO. ASPECTOS CONCEPTUALES, RESULTADOS DE GESTIÓN E IMPACTO EN LA SATISFACCIÓN DE USUARIOS¹

*Marlys Saldivia Oyarzún²
Danilo Huilcarema Cabrera³*

Resumen

El presente artículo, tiene por objeto hacer una breve reseña respecto de la Política Institucional y los Modelos de Atención a Usuarios implementados por el Ministerio Público, y cuáles han sido los resultados de gestión y el impacto en la satisfacción de usuarios, medido esto último a través de estudios de satisfacción a través del sistema de encuestas aplicadas telefónicamente por empresas externas.

Como parte de su Planificación Estratégica 2009-2015, la Fiscalía de Chile definió la Atención de Usuarios como un eje central de su gestión, relevando su importancia en la misión, visión, lineamientos, objetivos, servicios y proyectos estratégicos, líneas de acción y valores (entre otros, la excelencia en la atención).

En este contexto, siempre es importante tener presente que la planificación y el control de gestión puede visualizarse como dos caras de la misma moneda. La planificación define los objetivos y el control de gestión evalúa su cumplimiento. Sin planificación u objetivos no hay nada que controlar. Por otra parte, la planificación sin control, constituye una simple declaración de buenos propósitos.

A) Aspectos conceptuales de la política y modelos de atención general y especializados del Ministerio Público

l) Política Institucional de Atención de Usuarios

Durante la etapa de “instalación” del Ministerio Público, desde el año 1999 hasta la culminación gradual de la Reforma Procesal Penal, con la entrada

-
- 1 Los autores agradecen la colaboración y aportes de Ricardo del Canto Méndez-ingeniero comercial-de la Instancia Técnica de la Fiscalía Nacional.
 - 2 Abogada, Magister © en Criminología y Justicia Penal Universidad Central, Jefa de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena, Ministerio Público.
 - 3 Ingeniero Civil Industrial, MBA © Universidad de Chile, Jefe de la Unidad de Gestión e Informática de la Fiscalía Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena, Ministerio Público.

en vigencia de las últimas Regiones el año 2005, la Fiscalía⁴ estuvo abocada a generar todos los recursos materiales y humanos para el correcto funcionamiento y el cumplimiento de las funciones propias de la institución, con una marcada preocupación por los resultados en los ámbitos de investigación y persecución penal.

Sin embargo, con el primer cambio de autoridad nacional, a partir del año 2008, se comienza a trabajar en la elaboración de un Plan Estratégico para la Fiscalía, identificando la misión, visión, valores, lineamientos y servicios estratégicos y relevando el tema de la atención a usuarios como un eje fundamental del trabajo de la Fiscalía.

Asimismo, se comienza a analizar cuales son los procesos de trabajo que han adoptado las Fiscalías para atender las necesidades de los distintos usuarios, constatándose una heterogeneidad de procesos a nivel nacional. La necesidad de protocolizar y estandarizar la atención se hace patente y se comienza a trabajar en distintos modelos de atención que fueran capaces de absorber la demanda existente y mejorar la calidad de los servicios ofrecidos.

La política institucional que desarrolla el Ministerio Público en esta etapa en relación con la atención de sus diversos usuarios, está inserta dentro del contexto del Plan Estratégico 2009-2015, que aborda el tema de la atención desde diversas perspectivas, a saber:

- Estableciendo como valor institucional la “excelencia en la atención”.
- Señalando como uno de los objetivos estratégicos de la institución el mejoramiento de la percepción y satisfacción de los usuarios, y
- Estableciendo como productos y servicios estratégicos sistemas y modelos de atención específicos.

Se parte del reconocimiento de la importancia del usuario para la institución, en el sentido de que son ellos quienes validan finalmente el quehacer institucional, por lo que resulta absolutamente pertinente y necesario trabajar en la creación de modelos de atención que permitan otorgar servicios de calidad, eficientes y eficaces, dentro del marco regulatorio legal que guía las actividades del Ministerio Público.

Resulta de vital importancia tener presente, previo al desarrollo de cualquier modelo, que la misión del Ministerio Público se encuentra asignada a nivel constitucional, en el artículo 83 de la Carta Fundamental, en el siguiente tenor: *“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*

4 Se debe entender como sinónimos al Ministerio Público y la Fiscalía de Chile.

*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*⁵.

En esta Política de Atención de Usuarios se definen conceptos básicos como “atención” (espacios, procesos y protocolos de trabajo) y “usuario”, distinguiendo varios segmentos: víctimas y testigos, denunciante, interviniente no víctima (abogados querellantes y defensores e imputados) y público en general.

Se establecen como principios orientadores:

1. Excelencia en la atención: entendiéndose como tal aquella que cumple con los requisitos de calidad, oportunidad, eficacia y trato digno, que permiten posicionar a la institución en niveles óptimos de atención.
2. Estandarización: la atención que se brinde a usuarios de similares características para los mismos servicios, independiente de la fiscalía de que se trate, debe considerar procesos homogéneos con el mismo estándar de calidad en todo el país.
3. Transversalidad: se entiende la atención de usuarios como un tema que abarca a los Fiscales y funcionarios de Fiscalía por igual, dentro de sus respectivas funciones.
4. Atención no discriminatoria: todo el personal de la institución debe considerar en su trato a todas las personas como iguales, indistintamente de su raza, etnia, edad, condición, sexual, nacionalidad, religión, condición socioeconómica u otro factor distinto de su calidad de usuario del Ministerio Público.
5. Transparencia: permite que cualquier ciudadano que lo requiera, dentro de la normativa legal vigente, pueda tener acceso a los actos de la institución, excluyéndose aquellos que tengan el carácter de reservados, según la misma normativa.

Y, por último, se reconocen como lineamientos básicos para la atención de usuarios, los siguientes:

1. Orientación de servicios internos que incentiven la participación en el proceso penal y mejoren la satisfacción de los usuarios.

Un requisito básico para lograr posicionar a la Fiscalía como una institución de excelencia es, sin duda, lograr soluciones jurídicas de calidad en los casos que investiga. Es por esta razón que cualquier modelo de atención

5 Chile, Constitución Política de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, edición 2014.

no puede sólo orientarse a brindar una atención de calidad, sino que se debe conjugar con el fomento de la participación, especialmente de víctimas y testigos, en el proceso penal.

2. Mejora continua de los servicios.

Implica que la Fiscalía debe contar con mediciones periódicas de la satisfacción de los usuarios con los servicios y los canales de comunicación y un sistema de reclamos, sugerencias y felicitaciones de fácil acceso.

3. Organización institucional orientada al usuario.

Todas las estructuras, procesos de trabajo, recursos humanos y tecnológicos deben diseñarse bajo este principio rector.

4. Atención por niveles de complejidad.

Debe considerarse que existen distintos tipos de usuarios y servicios, y de acuerdo a la complejidad de éstos debe organizarse la Fiscalía, estableciendo distintos niveles de atención, según el grado de especialización requerido.

5. Estándares explícitos de atención.

Una vez definidos estos estándares, deben ser de conocimiento general de los usuarios, lo cual se logra a través de la elaboración y exhibición en todas las Fiscalías de la Carta de Derechos de los Usuarios.

6. Gestión según espacios de atención.

Deben considerarse diversos espacios de atención, y no sólo el canal presencial. En efecto, los canales no presenciales de atención, básicamente a través de plataformas telefónicas o página web, forman parte de los servicios que una institución moderna y orientada a la excelencia debe poseer.

7. Focalización adecuada de los recursos disponibles según tipo de atención y usuario.

Debe existir un empleo racional de los recursos humanos, tecnológicos y financieros disponibles, teniendo siempre en consideración que la prioridad está constituida por el segmento víctimas y testigos.

8. Iniciativas locales acordes con estándares nacionales.

II) Modelo General de Atención a Usuarios. Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU)

El objetivo general planteado para este modelo consiste en otorgar a los usuarios que concurren a Fiscalía a demandar servicios, una atención oportuna

y de calidad, dando respuesta a sus requerimientos y generando canales de comunicación recíprocos.

Los objetivos específicos, por su parte, se centran en:

- Incentivar la participación de víctimas y testigos en el proceso penal.
- Aumentar y mejorar la cobertura de atención, utilizando para ello todas las tecnologías de información y comunicación existentes.
- Entregar atención oportuna, de calidad, estandarizada y diferenciada según necesidades de los usuarios.
- Monitorear de manera permanente la satisfacción de los usuarios con el servicio prestado y propender al mejoramiento continuo de los modelos.
- Lograr un mejoramiento de la percepción de usuarios y comunidad en general en relación a la Fiscalía.

El modelo toma y hace suyos los principios orientadores ya mencionados en la Política de Atención a Usuarios del Ministerio Público y los concreta en el diseño de un sistema, procesos y protocolos de atención.

El Modelo General de Atención a Usuarios desemboca fundamentalmente en el desarrollo del Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU), que se define como *“un sistema transversal que coordina los espacios de atención existentes, a fin de facilitar a los usuarios el acceso a los servicios que presta la institución a través de la entrega de información, recepción de sus requerimientos y su correspondiente respuesta. Lo anterior, mediante una gestión que cuente con una metodología estandarizada, procedimientos de derivación establecidos previa y racionalmente y que garanticen una respuesta oportuna y eficaz, sistemas de registro, plan de difusión y sistematización de la información para retroalimentar la gestión; todo ello basado en una perspectiva comunicacional participativa y no discriminatoria entre la institución y el usuario”*.

El proceso de construcción del SIAU requirió sin duda de un mayor trabajo que el resto de los modelos especializados, y no podía ser de otra forma, pues se trata del sistema que abarca la mayor cantidad de usuarios y servicios y que es transversal a todos los Fiscales y funcionarios de la Fiscalía. El SIAU constituye actualmente el eje de todos los modelos de atención a usuarios.

La construcción de los procesos, protocolos y estándares fue un proceso participativo, iniciado el año 2008, donde finalmente, el año 2012 se obtiene el

6 DEL CANTO MÉNDEZ, Ricardo. “Plan General de Implementación del Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU), período 2011-2016”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, p. 64.

primer Protocolo de Atención Presencial. El sistema de apoyo informático, por su parte, fue diseñado durante el año 2012.

Atendida la magnitud que involucraba la puesta en marcha del SIAU, la autoridad decide comenzar con una implementación gradual, tanto respecto de los espacios de atención, como de las Regiones y Fiscalías Locales específicas.

El primer espacio de atención que entró en operación fue el telefónico, a través del Call Center de la Fiscalía de Chile (600 333 0000), que es operado desde sus inicios, año 2011, por una empresa externa, pero existiendo también operadores seniors, que son funcionarios de Fiscalía a cargo de los temas más complejos. El 2012 se termina la implementación del Call Center en todas las Fiscalías del país.

Posteriormente, el año 2013, se comienza a implementar el espacio de atención presencial y virtual en algunas Fiscalías Locales y Regionales, proceso que culmina el año 2015.

El SIAU abre el espectro de usuarios respecto de los cuales se estima necesario entregar servicios por parte de la Fiscalía, considerando a:

1. Víctimas directas e indirectas.
2. Testigos.
3. Denunciante.
4. Abogados de los imputados o de las víctimas.
5. Imputados.
6. Público general.

Asimismo, se abren nuevos espacios de atención, inexistentes en la primera etapa de instalación del Ministerio Público, sumando a la clásica atención presencial, los espacios telefónico y virtual.

¿En qué consisten básicamente los distintos espacios de atención?

a) Espacio presencial

Está constituido por las Fiscalías Locales, Regionales y Nacional, que otorgan atención “in situ”, ya sea en recepción o en las oficinas de los distintos niveles de atención. En esta instancia los usuarios pueden realizar una serie de requerimientos o solicitud de servicios, que de acuerdo a su complejidad son resueltos en recepción, por un atendedor de la Fiscalía o se genera un requerimiento para su resolución posterior, dentro de los plazos y con los estándares de calidad establecidos en el respectivo protocolo.

b) Espacio telefónico

Está constituido por la atención que otorga el Call Center, en sus distintos niveles, de acuerdo a la complejidad de los requerimientos. El Call Center es un servicio contratado a una empresa externa licitada, quien tiene teleoperadores especialmente capacitados para responder consultas de menor complejidad. Para el resto de consultas, que requieren de mayor conocimiento y acceso a sistemas de información propios de la Fiscalía, existen los agentes senior, que son funcionarios de la institución; y un tercer tipo de requerimientos son escalados a las respectivas Regiones para su resolución.

c) Espacio virtual

Constituido por la página web del Ministerio Público, que permite a ciertos usuarios (víctimas y abogados de víctimas o imputados) que tengan su respectiva clave obtenida presencialmente en cualquier Fiscalía, realizar requerimientos en relación a sus causas. Los abogados deben ser previamente acreditados en cada Fiscalía Local respecto de las causas donde haya presentado los documentos válidos para acreditar su representación. También permite a cualquier otra persona acceder a consultas generales sobre el proceso penal y hacer solicitudes amparadas en la Ley de Transparencia, sin necesidad de contar con clave.

En términos generales, los servicios que otorga la Fiscalía a través de este sistema, en el área de atención presencial, se estructuran en:

1. Solicitud de información y/o requerimientos de usuarios

1.1) Servicios de entrega inmediata

- Información general no asociada a una causa.
- Información sobre procedimiento para realizar presentaciones de reclamos, sugerencias y felicitaciones.
- Información sobre procedimiento para realizar solicitudes sobre Ley de Transparencia.
- Información general asociada a una causa.
- Información sobre el estado de un requerimiento previo.
- Información sobre medidas de protección.
- Información sobre términos de una causa.
- Información general sobre recepción de diligencias de investigación.
- Entrega de licencias de conducir (que no constituyen evidencia).
- Entrega de certificado de asistencia a la Fiscalía o certificado de citación.
- Entrega de parte extraíble del SAF para presentar ante compañías de seguros.

- Acreditación de abogados en Fiscalía Local.
- Solicitud de autorización para retiro de difunto.
- Entrega de clave para espacio virtual.
- Firma de imputado.

1.2) Servicios que requieren de consulta o evaluación interna.

- Aporte de antecedentes asociados a una causa.
- Solicitud de reapertura de una causa con nuevos antecedentes.
- Presentación de retractación.
- Solicitud de diligencias de investigación.
- Solicitud de documentos asociados a una causa.
- Solicitud de copia de carpeta de investigación.
- Solicitud de entrevista.
- Solicitud de cambio de fecha/hora de citación o entrevista.
- Solicitud de devolución de especies/dinero/licencia de conducir que constituye evidencia.
- Solicitud de revisión de carpeta de investigación.
- Solicitud de revisión de evidencia.
- Solicitud de RUC, asignación de Fiscal u otro.
- Información específica sobre términos de una causa.
- Información específica sobre diligencias de investigación.
- Información específica sobre medidas de protección.

2. Atención Intermedia

- Toma de denuncia.
- Solicitud de medidas de protección.
- Atención inmediata de reclamos no formalizados.

3. Atención de Personas Citadas

- Toma de declaración.
- Preparación para juicio oral.
- Orientación/protección especializada.

4. Gestión de Reclamos, Sugerencias y Felicitaciones

Incluye la recepción, registro, tipificación, derivación, respuesta y notificación de este tipo de presentaciones en Fiscalía Nacional, Regional o Local.

5. Gestión de Solicitudes por Ley de Transparencia

Incluye la recepción, registro, derivación, respuesta y notificación en Fiscalía Nacional, Regional o Local.

El espacio telefónico, por su parte, estructura sus servicios en:

1. Requerimientos de información inmediata sin validación de datos del usuario
 - Información general no asociada a una causa.
 - Información sobre procedimiento para realizar presentaciones de reclamos, sugerencias y felicitaciones.
 - Información sobre procedimiento para realizar solicitudes sobre Ley de Transparencia.
 - Información sobre estado de presentación de reclamo.
 - Información sobre estado de solicitud de Ley de Transparencia.
 - Información sobre realización de denuncias.
 - Información sobre presentación de retractación.
 - Información sobre solicitud de autorización para retiro de difunto.
2. Requerimientos de información inmediata con validación de datos del usuario
 - Actualización de datos de contacto.
 - Información sobre el estado de un requerimiento previo.
 - Información sobre medidas de protección.
 - Información sobre términos de una causa.
 - Información general sobre recepción de diligencias de investigación.
 - Información sobre entrega de licencias de conducir (que no constituyen evidencia).
 - Información sobre entrega de certificado de asistencia a la Fiscalía o certificado de citación.
 - Información sobre entrega de parte extraíble del SAF para presentar ante Compañías de Seguros, liquidadores de seguros, Servicios de Salud, entidad provisional u hospitalaria.
 - Información general de la causa.
 - Información de fecha y hora de citación.
 - Información específica sobre diligencias de investigación.
 - Información sobre solicitud de revocación de medidas de protección y/o cautelares.

3. Servicios que requieren de consulta o evaluación interna

- Aporte de antecedentes asociados a una causa.
- Solicitud de reapertura de una causa con nuevos antecedentes.
- Solicitud de diligencias de investigación.
- Solicitud de documentos asociados a una causa.
- Solicitud de copia de carpeta de investigación.
- Solicitud de entrevista.
- Solicitud de cambio de fecha/hora de citación o entrevista.
- Solicitud de devolución de especies/dinero/licencia de conducir que constituye evidencia.
- Solicitud de revisión de carpeta de investigación.
- Solicitud de revisión de evidencia.
- Información específica sobre términos de una causa.
- Información específica o solicitud de medida de protección.

Finalmente, el espacio virtual se divide en:

- Sección de “Preguntas Frecuentes”, accesible para todos los usuarios, sin clave web.
- Sección “Ley de Transparencia”, accesible para todos los usuarios, sin clave web.
- Secciones “Mis causas”, “Mis solicitudes y “Mis citaciones”, donde se pueden realizar consultas básicas y gestión de requerimientos en una o más causas específicas, por parte de usuarios con clave web entregada en Fiscalía Local (por el momento aplicable sólo a usuarios víctimas directas o indirectas y abogados de víctimas o imputados). Los servicios que se entregan en este espacio son similares a los ya mencionados para el presencial y telefónico, salvo en lo que se refiere a la posibilidad de solicitar entrevista con Fiscal, que se encuentra bloqueada, y en la existencia de servicio específico denominado “activar/anular acreditación de representación”, que permite a los abogados hacer esta gestión sin necesidad de concurrir a Fiscalía.

III) Modelo de Atención a Víctimas y Testigos OPA (Orientación, Protección y Apoyo)

Tiene como finalidad constituirse en un modelo que abarque de manera integral y más especializada a todas las víctimas y testigos civiles que concurren a la Fiscalía a prestar declaración, siendo su objetivo general incentivar la participación de estos usuarios en el proceso penal en el cual deben intervenir a cualquier título, mejorando los sistemas de atención existentes. Este modelo no se aplica a todos aquellos testigos que detenten la calidad de funcionarios

públicos, pues se entiende el deber de declarar en juicio forma parte de sus funciones y los gastos para su comparecencia son asumidos por la respectiva institución en la que prestan servicios.

El modelo OPA tiene tres objetivos específicos:

1. Orientar a víctimas y testigos, mediante la entrega de información requerida por ellos, en concordancia con la etapa del proceso penal en que se encuentran.
2. Proteger a víctimas y testigos, en función de los resultados de evaluaciones de intimidación y/o riesgo.
3. Apoyar a víctimas y testigos durante el proceso penal y, especialmente, en su participación en juicio oral.

Se caracteriza por la transversalización de la función de atención y protección, la diferenciación y especialización de acuerdo al tipo de delito y etapa del proceso penal, la estandarización de los servicios ofrecidos y la cobertura total de atención en relación al segmento de usuarios víctimas y testigos.

Los servicios ofrecidos son:

1. Orientación: Destinada a satisfacer la necesidad de información de víctimas y testigos en relación al proceso penal específico en el cual son intervinientes, de acuerdo a la etapa en la que se encuentre la investigación. Incluye también la entrega de información específica sobre la red de atención pública y privada que puede colaborar en el proceso reparatorio.
2. Protección: Orientado a evaluar el riesgo o intimidación de víctimas o testigos, a través de pautas estandarizadas, y adoptar o implementar las medidas de protección necesarias.
3. Apoyo: Destinado a facilitar la participación de los usuarios en las distintas instancias de la investigación, y en especial durante el juicio oral. Incluye la evaluación de estas necesidades y la entrega de aportes si resulta necesario.

La atención que se otorgue por los funcionarios o Fiscales para la entrega de estos servicios puede ser personal, por otros medios tecnológicos apropiados (v.gr.: videoconferencia) o telefónica en algunos casos.

Dentro del proceso de intervención se distinguen varias etapas por las que pueden pasar los usuarios del sistema y donde cada funcionario responsable debe entregar los servicios correspondientes, a saber:

1. Etapa de denuncia ante la policía

Siendo la denuncia en la policía la principal vía de entrada de casos a la Fiscalía, se estimó necesario incorporar ciertas orientaciones destinadas a entregar a las víctimas en esta etapa información respecto de los servicios que entrega la Fiscalía y la forma de acceder a ellos. Con esta finalidad se crea material impreso que es provisto por la Fiscalía a las policías y que debe ser entregado por éstas al momento de la denuncia, denominado “Mantengámonos en Contacto”.

2. Etapa de toma de declaración o denuncia directa en Fiscalía

Estos momentos procesales constituyen en general el primer contacto formal entre la Fiscalía y el usuario, por lo que se prioriza la entrega de servicios en estas etapas. El funcionario o Fiscal encargado de la atención debe entregar al usuario una cartilla que contiene información sobre el proceso penal, denominada “Guiamos sus pasos”, tomar la respectiva declaración, aplicar una Pauta estandarizada para evaluar la intimidación y adoptar las medidas de protección adecuadas a la intimidación detectada. Se evalúan también necesidades de apoyo a través del Fondo de Aportes Económicos a Víctimas y Testigos y necesidades de referenciación a la red social para atención.

Los casos con intimidación alta son automáticamente derivados a URAVIT⁷ por el sistema OPA-MAPVT⁸, para la atención pertinente.

3. Etapa intermedia, después de la denuncia, hasta el término de la causa por cualquier motivo o hasta el juicio oral

Durante el transcurso de este tiempo se pueden generar necesidades de atención o protección a las cuales debe estar atenta la Fiscalía para lograr su adecuada satisfacción.

Rol fundamental cumple el Call Center, cuya utilización debe ser promovida por los atendedores durante el transcurso de la investigación. Este canal de comunicación está en condiciones de atender las consultas de los usuarios y derivarlas a las Fiscalías Locales cuando corresponda.

4. Etapa de juicio oral

Debe tenerse presente que para esta etapa, que abarca desde la presentación de acusación ante el Juzgado de Garantía hasta la audiencia de juicio oral, existe un modelo especializado de intervención, cuya descripción se presenta en el punto VI del presente documento.

7 Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, constituida por profesionales de área psicosocial que realizan atención especializada a determinadas víctimas y/o testigos.

8 Sistema Informático de Apoyo al Modelo General de Atención a Víctimas y Testigos.

IV) Modelo Especializado de Intervención a Víctimas de Delitos cometidos en contexto de Violencia Intrafamiliar (VIF)

El objetivo general de este modelo es otorgar protección oportuna y efectiva a las víctimas adultas de delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, durante su participación en el proceso penal, y mejorar la calidad de los términos de las causas.

Los objetivos específicos son:

- Contacto en breve plazo (un día hábil desde el ingreso de la denuncia en Fiscalía) con la víctima, con la finalidad de evaluar riesgo, conocer sus expectativas y disposición a participar en el proceso penal.
- Adopción oportuna de medidas de protección adecuadas al caso (dos días hábiles desde la evaluación de riesgo), según se trate de riesgo vital/alto o medio, determinado a través de aplicación de pautas estandarizadas.
- Mejorar la calidad de los términos, considerando las necesidades de las víctimas y las características del fenómeno de la violencia intrafamiliar.
- Disminución de tiempos de tramitación de las investigaciones.
- Mejoramiento de la percepción y satisfacción de los usuarios.

Se excluyen expresamente como usuarios de este modelo a las víctimas menores de edad, que tienen otro modelo específico de atención, y a las víctimas adultas de delitos sexuales.

El contexto VIF está definido en el artículo 5° de la Ley 20.066, que señala: *“Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor de su cónyuge o de su actual conviviente.*

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”⁹.

Los delitos más habituales son las amenazas y las lesiones menos graves, sin perjuicio de otros menos comunes que también pueden cometerse en este

9 Chile, Ley 20.066, 07/010/2005, establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Disponible en: www.bcn.cl [fecha de consulta: 30 de julio de 2015].

contexto y también se incluye el desacato de las resoluciones dictadas en una causa VIF.

Se establecen dos tipos de procesos, según el tipo de ingreso. Un tercer proceso corresponde a la forma de intervención de URAVIT.

a) Ingreso por Parte Policial y denuncia directa

En estos casos se contempla el ingreso prioritario de la causa en Fiscalía y la asignación de marca VIF en el SAF¹⁰. Posteriormente se debe realizar la evaluación de riesgo por personal calificado, a través de un contacto personal o telefónico, en el cual se aplica una Pauta de Evaluación de Riesgo VIF¹¹, que arroja automáticamente niveles de riesgo vital/alto, medio o bajo. Los casos con riesgo vital/alto son derivados automáticamente a la respectiva Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, para atención especializada por parte de profesional del área psicosocial.

Cuando no sea posible establecer contacto temprano con la víctima por motivos geográficos o socioeconómicos, un profesional de Fiscalía debe realizar de todas maneras una evaluación preliminar de riesgo con los antecedentes disponibles, para lo cual debe llenar una Pauta de Evaluación de Antecedentes para Casos sin Contacto, y si concluye la existencia de un riesgo vital/alto será necesario realizar gestiones tendientes a la pronta ubicación de la víctima, sin perjuicio de las medidas de protección que se adopten.

Una vez realizada la evaluación, hay un plazo de dos días hábiles para adoptar las medidas de protección adecuadas al nivel de riesgo, por parte de Fiscal o Ayudante de Fiscal en caso de cautelares o autónomas, o por profesional URAVIT, en el caso de otras medidas especializadas.

b) Ingreso por flagrancia con control de detención

En estos casos es necesario que el Fiscal cuente con antecedentes para evaluar riesgo rápidamente, antes de la audiencia de control de detención, para lo cual existe una Pauta de Flagrancia, que contiene preguntas básicas que permiten discriminar el riesgo alto. Fue elaborada también por la Universidad Católica Silva Henríquez a partir de datos recogidos en el proceso de validación de la Pauta VIF Extendida (denuncia directa o parte policial). Es una pauta breve, tipo check list, y sólo permite discriminar riesgo vital/alto. Fue ajustada en enero de 2011, para mejorar su capacidad de discriminatoria.

10 El SAF es el sistema informático utilizado por la Fiscalía en la tramitación de las investigaciones, Sistema de Apoyo a los Fiscales

11 Elaborada y validada por el Departamento de Psicología de la Universidad Católica Silva Henríquez.

Esta Pauta se puede aplicar por un funcionario de la Fiscalía, por el propio Fiscal al momento de recibir el llamado de la policía antes de la audiencia de control de detención, o por Carabineros al momento de recibir la denuncia, según el modelo de trabajo que defina cada Región.

Con los resultados de la Pauta el Fiscal evalúa el riesgo, en conjunto con los demás antecedentes de la carpeta investigativa (parte, antecedentes SAF, extracto de filiación, entre otros) y solicita en audiencia las medidas cautelares respecto del imputado, apropiadas al nivel de riesgo evaluado. Estas medidas deben ser comunicadas a la víctima por personal de la Fiscalía.

Todos los casos de flagrancia con control de detención que arrojen riesgo vital/alto deben ser atendidos prioritariamente por la URAVIT, con la finalidad de chequear antecedentes, reevaluar el riesgo y la necesidad de adoptar alguna medida complementaria.

c) Intervención especializada de la URAVIT

La URAVIT debe intervenir en todos los casos cuyo resultado de la Pauta VIF Extendida o de Flagrancia arroje riesgo vital/alto, y además, en aquellos en que existiendo riesgo medio, el Fiscal o funcionario de la Fiscalía encargado de la atención considera que se trata de un caso complejo, debido a particulares características de la víctima y su entorno protector, que la hacen más vulnerable a sufrir nuevas victimizaciones.

Las acciones de intervención de los profesionales URAVIT se centran en:

- Profundización de la evaluación de riesgo a través de contacto personal o telefónico con la víctima.
- Implementación de medidas de protección complementarias o de mayor complejidad, tales como reubicaciones temporales en Casa de Acogida u Hostales, reforzamientos domiciliarios, teleasistencia, alarmas, entre otras.
- Co-construcción de plan de autoprotección con la víctima.
- Entrega de orientación psicosocial y legal especializada.
- Realización de Informes para el Fiscal de la causa, orientados a entregar antecedentes sobre el nivel de riesgo, expectativas y disposición de la víctima a participar del proceso penal.

V) Modelo Especializado de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) Víctimas de Delitos Sexuales y de Delitos en Contexto de Violencia Intrafamiliar

Este segmento de usuarios constituye sin duda uno de los de mayor grado de vulnerabilidad, y por tanto, deben ser sujetos de una atención especial por

parte de la Fiscalía. Tanto la normativa nacional como internacional en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes reconocen que se trata de un grupo etéreo que merece un tratamiento especial, orientado siempre a garantizar el “interés superior del niño” reconocido en la Convención de los Derechos del Niño.

El objetivo general es brindar orientación, protección y apoyo especializados a NNA. Los objetivos específicos en cambio, se asocian a la evaluación oportuna de riesgo e implementación de medidas de protección, entrega de orientación, facilitación de su participación en el proceso penal y evaluación de necesidad de atención reparatoria y posterior derivación.

El modelo abarca toda la gama de delitos cometidos contra NNA, en contexto VIF, sea que se encuentren tipificados en la Ley 20.066 (maltrato habitual), como en el Código Penal u otras leyes especiales (todo tipo de lesiones, amenazas, etc.). Y también a todos los delitos sexuales tipificados en nuestra normativa penal, que se produzcan o no en un contexto intrafamiliar (violación, estupro, abusos sexuales y otros delitos).

La intervención se articula en cinco etapas:

1. Acciones iniciales

Comprende el contacto inicial destinado a recopilar información para la evaluación de riesgo, implementación de medidas de protección urgentes y necesarias de acuerdo al riesgo evaluado y determinación de la procedencia de intervención presencial de la URAVIT. Para esta actividad existe una Pauta de Recolección de Antecedentes que debe ser completada por el funcionario que determine cada Fiscalía, generalmente de URAVIT, a través de contacto presencial o telefónico con el adulto responsable.

El plazo para aplicar esta Pauta es de tres días hábiles desde que ingresa la denuncia a Fiscalía.

Durante esta etapa se entrega información básica sobre el proceso penal, se recopila información relevante para realizar la evaluación preliminar de riesgo y se implementan las medidas de protección urgentes que sean necesarias.

2. Intervención especializada de la URAVIT

Está destinada a profundizar la evaluación de riesgo preliminar, a través de entrevista u otras actividades realizadas por un profesional del área psicosocial. Para este análisis se deben considerar todos los factores que pueden influir y que se relacionan con las características del delito, de la víctima, del imputado, del adulto protector y la efectividad de las medidas implementadas al momento de la evaluación.

Posteriormente se deben implementar las medidas de protección adicionales que el profesional estime necesarias, diseñando una “estrategia de protección” en conjunto con el Fiscal.

Se evalúa la necesidad de intervención reparatoria, derivando a la red de atención pública o privada, y se entrega orientación psicosocial (efectos esperables de la victimización en el niño y en el contexto familiar, protección y reparación) y penal (derechos de la víctima, medidas de protección, etapas del proceso penal, características de la investigación y relación con la Fiscalía durante este período).

3. Seguimiento

Es realizado también por profesional URAVIT, en forma presencial o telefónica, y está destinado a verificar riesgo de retractación o manipulación del niño, estado y efectividad de las medidas de protección y posibles cambios en la situación proteccional, orientar sobre el estado de avance de la investigación y coordinar acciones con las instituciones de la red.

Los casos en que se ha estimado necesario realizar acciones de seguimiento son:

- a) Aquellos evaluados con riesgo alto, sea por la posibilidad de retractación o por hostigamientos, amenazas o intimidación para evitar la colaboración del niño en el proceso penal.
- b) Aquellos en que se formalice la investigación.
- c) Aquellos en que el tribunal respectivo revoque la prisión preventiva que hubiera sido impuesta por el tribunal al imputado.

4. Preparación metodológica y acompañamiento en juicio oral

En las investigaciones que llegan finalmente a juicio oral se contemplan algunas actividades adicionales a las del Modelo de Atención a Testigos de Juicio Oral, consistentes básicamente en la intervención del profesional URAVIT a cargo del caso, evaluación en profundidad de las condiciones actuales para que el niño pueda participar en el proceso y elaboración de informe dirigido al Fiscal sugiriendo el tipo de preparación metodológica más adecuada e incorporando opinión fundada sobre la pertinencia de presentar en juicio a una víctima con alto nivel de afectación emocional.

Posteriormente, se realiza la preparación metodológica definida previamente, cuya finalidad es lograr las mejores condiciones posibles para que el niño preste declaración y disminuir las posibilidades de victimización secundaria. Pueden ser varias sesiones y considerarse, si las condiciones lo permiten, una visita de familiarización al tribunal.

Si se estiman necesarias medidas de protección en el tribunal, al momento de prestar declaración (circuito cerrado, biombo, etc.) y no existen protocolos preestablecidos con el tribunal, la URAVIT puede emitir informe de solicitud de medidas especiales de protección, que sirva de fundamento al Fiscal que debe solicitar tales medidas. Lo anterior sin perjuicio de la reglamentación existente en el Código Procesal Penal y leyes especiales (entre otras las leyes 20.000 y 18.314), que contienen una vasta regulación de las medidas de protección.

Finalmente, durante la audiencia de juicio oral se debe procurar el acompañamiento del niño previo a su declaración, por parte de profesional URAVIT o funcionario de Fiscalía Local especialmente capacitado, sin perjuicio de la intervención del profesional tratante, si las características del caso lo ameritan.

El resultado del juicio debe ser comunicado oportunamente al adulto responsable del niño.

5. Cierre de la atención

Se produce cuando el profesional URAVIT a cargo del caso determina que no hay acciones de seguimiento a realizar o al término del proceso penal.

Finalmente, el modelo releva la importancia de coordinarse con otros organismos, a través de un efectivo trabajo en red, que garantice la mejor atención y protección de niños, niñas y adolescentes. De vital importancia resultan los Tribunales de Familia, Garantía y Oral, Carabineros, Policía de Investigaciones, centros del SERNAM o SENAME y entes de derivación privada para atención psicológica o psiquiátrica.

VI) Modelo Especializado de Atención a Testigos de Juicio Oral

El juicio oral constituye la culminación de un proceso investigativo y la participación de víctimas y testigos en él resulta de vital importancia para obtener resultados positivos. Es por este motivo que se crea un modelo orientado a brindar los servicios que estos usuarios requieren.

El objetivo general es lograr la participación de víctimas y testigos civiles, en las audiencias de juicio oral. Se excluyen los testigos que tienen la calidad de funcionario público, pues su concurrencia a prestar declaración se enmarca dentro de sus funciones habituales.

Los objetivos específicos son brindar orientación y evaluar las necesidades de protección y de apoyo que requiere el usuario para su participación en la audiencia.

Los servicios prestados se centran en el área de la orientación, detección de la disposición para declarar en el juicio y la evaluación de necesidades de medidas de protección o de prestaciones de apoyo para concurrir a declarar a juicio

oral, para lo cual se cuenta con una Pauta de Detección de Necesidades, que considera las posibles demandas o factores que pueden influir en la declaración de la víctima o testigo. Esta Pauta incorpora también la percepción del funcionario que la aplica sobre el nivel de reticencia del usuario (bajo, medio o alto) para concurrir al juicio.

Con los resultados de la Pauta debe procederse a gestionar y pagar las prestaciones económicas que sean necesarias, que pueden consistir en pago de lucro cesante, traslados, alojamiento y alimentación. Asimismo, se deben determinar las medidas de protección necesarias, tales como biombo, circuito cerrado, caracterización, distorsionador de voz, reserva de identidad, entre otras, de acuerdo a las reglas que al respecto establece el Código Procesal Penal y otras leyes especiales.

Se contemplan distintas formas de organización regional para cumplir estos objetivos, sea a través de una unidad especialmente encargada de este tema o de distribución de actividades en el equipo del Fiscal, derivándose automáticamente a URAVIT los casos evaluados con reticencia o intimidación alta.

B) Resultados de gestión 2014

El marco conceptual presentado en la sección anterior, analiza los modelos definidos a partir de la política institucional respecto a la atención de usuarios. Estos modelos, finalmente se concretan en la operación cotidiana del Ministerio Público, y sobre la cual es preciso observar sus resultados. Estos últimos corresponden en definitiva a la gestión realizada en virtud de los recursos humanos, financieros y técnicos disponibles. Luego, en la presente sección se analizarán dichos resultados enfatizando en la relevancia de hacer este análisis en forma permanente y con información lo más actualizada posible.

En forma previa y con el fin de contextualizar el análisis, se entrega una breve descripción de la función gestión y de su importancia para la organización, cualquiera sea el propósito de esta última

La función gestión¹²

Toda organización, entendida como una entidad social, integrada por personas, que funciona con relativa constancia y con un propósito común, requiere de gestión, función que en esencia consiste en el conjunto de decisiones y acciones conscientes, ejecutadas con la finalidad de alcanzar determinados resultados, empleando recursos.

12 HUILCAREMA CABRERA, Hugo Danilo. “Diseño de un Sistema de Evaluación de Gestión en el Poder Judicial”. Memoria para optar al título de Ingeniero Civil Industrial. Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería Industrial, 1999. págs. 8 - 9.

La función o el proceso de gestión se considera conceptualmente integrado, a su vez, por un conjunto de funciones o procesos básicos, que se identifican como: planificación, organización, dirección y control.

Estos procesos entregan como resultado, cuando se ejecutan debidamente, una mayor eficacia y eficiencia en el uso de los recursos disponibles en la organización.

El primer proceso es la planificación que se inicia con una reflexión sobre el propósito o naturaleza fundamental de la organización, y sigue con la especificación de los objetivos, la definición de metas, el diseño de estrategias, y culmina con la formulación de los planes y programas.

El término organización dice relación con el diseño de la estructura organizacional, y los mecanismos de coordinación. Tiene que ver con la definición de las actividades a realizar, los responsables de llevarlas a cabo, la agrupación de las personas, los niveles jerárquicos, y con la forma cómo se adoptarán las decisiones.

La dirección por su lado, dice relación, en lo esencial, con la obtención de resultados a través de la conducción y coordinación de las personas constituidas en equipos de trabajo.

El control, la función básica que nos preocupa, tiene como propósito asegurar el logro de los objetivos establecidos para la organización. Cierra el ciclo de los procesos gerenciales, al relacionar los resultados obtenidos con los objetivos enunciados en la fase de planificación. En consecuencia, puede definirse como la función responsable de especificar objetivos para fines de evaluación del desempeño, de comparar resultados con objetivos, y de recomendar las acciones correctivas de las desviaciones detectadas.

Desde una perspectiva amplia, planificación y control pueden visualizarse como dos caras de una misma moneda. La planificación define los objetivos, y el control evalúa su cumplimiento. Sin objetivos no hay control. La planificación sin control, constituye una simple declaración de buenos propósitos.

El control debe llevar a la acción. La acción correctiva puede significar: adecuación de objetivos y planes, cambios en la organización, o ajustes en la ejecución.

El control, como función básica de la gestión, se ejerce, en principio, en cualquier unidad o centro de responsabilidad de la organización, donde quiera que sea necesario administrar personas para obtener resultados.

Respecto a los modelos de atención general y especializados del Ministerio Público, se puede señalar que en su definición contemplan ciertas actividades mínimas a realizar, a las cuales se asocian indicadores que permiten verificar su nivel de cumplimiento y tomar las acciones correctivas de ser necesario. De esta manera es posible observar que la institución realizó para cada uno de sus modelos de atención de usuarios, las etapas de planificación, organiza-

ción y dirección, y finalmente, control de sus resultados en forma periódica, mediante baterías de indicadores.

A continuación se presentan los resultados de gestión de estos modelos y espacios de atención a usuarios de la Fiscalía, correspondiente al período 2014, a partir de los indicadores asociados específicamente a las siguientes actividades:

- I) Proceso de Orientación Protección y Apoyo en toma de declaración o denuncia directa (Modelo General OPA)
 - Porcentaje de víctimas y testigos que declaran o denuncian en la fiscalía local en que se aplicó pauta de evaluación de intimidación respecto del número de víctimas y testigos que declaran o denuncian en la fiscalía local. Estándar: Mayor o igual a 70%.
 - Porcentaje de víctimas y testigos con intimidación alta en que se implementó medidas de protección respecto del número de víctimas y testigos evaluados con intimidación alta. Estándar: Mayor o igual a 70%.
- II) Proceso de Intervención Inmediata para Niños/as y Adolescentes víctimas de delitos sexuales o delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar
 - Porcentaje de menores de edad víctimas de delitos sexuales o en contexto de violencia intrafamiliar (VIF) en que se aplicó pauta de recopilación de antecedentes de riesgo respecto del número de menores de edad víctimas de delitos sexuales o en contexto de violencia intrafamiliar (VIF). Estándar: Mayor o igual a 70%.
 - Porcentaje de menores de edad víctimas de delitos sexuales o en contexto VIF en que se aplicó pauta de recopilación de antecedentes de riesgo hasta 3 días hábiles desde fecha sistema de creación del sujeto en SAF respecto del número de menores víctimas de delitos sexuales o VIF en que se aplicó pauta de recopilación de antecedentes de riesgo. Estándar: Mayor o igual a 70%.
- III) Proceso de Orientación, Protección y Apoyo a víctimas y testigos que deben declarar en Juicio Oral
 - Porcentaje de víctimas y testigos con fecha de audiencia de juicio oral en que se aplicó pauta de detección de necesidades para el juicio oral respecto del número de víctimas y testigos con fecha de audiencia de juicio oral. Estándar: Sólo Monitoreo.
- IV) Proceso de Intervención Inmediata en Violencia Intrafamiliar
 - Porcentaje de Víctimas VIF ingresadas por un Parte Policial (PP), Denuncia Directa (DD) o Flagrancia ACD en que se aplicó Pauta de Evaluación

- de Riesgo, respecto al total de víctimas VIF ingresadas por Parte Policial, Denuncia Directa o Flagrancia ACD. Estándar: Mayor o igual a 70%.
- Porcentaje de Víctimas VIF ingresadas por un Parte Policial (PP) o Denuncia Directa (DD) en que se aplicó Pauta de Evaluación de Riesgo dentro del plazo establecido en el Modelo (1 día hábil desde recepción del caso), respecto al total de víctimas VIF ingresadas por Parte Policial o Denuncia Directa, con Pauta de Evaluación de Riesgo aplicada. Estándar: Mayor o igual a 70%.
 - Porcentaje de Víctimas VIF ingresadas por un Parte Policial (PP) o Denuncia Directa (DD), evaluadas con riesgo medio o alto, en que se otorgó alguna medida de protección dentro del plazo definido por el modelo (2 días hábiles desde evaluación de riesgo), respecto al total de Víctimas VIF ingresadas por un Parte Policial o Denuncia Directa evaluadas con riesgo medio o alto. Estándar: Mayor o igual a 79%.
 - Porcentaje de Víctimas VIF ingresadas por Flagrancia en Audiencia de Control de Detención (ACD), evaluadas con riesgo alto con medidas cautelares u otras condiciones de protección otorgadas, respecto al total de Víctimas VIF ingresadas por Flagrancia en ACD, evaluadas con riesgo alto. Estándar: Mayor o igual a 85%.

V) Gestión de Solicitudes SIAU que requieren evaluación interna

- Porcentaje de solicitudes ingresadas por el espacio de atención presencial del SIAU que requieren evaluación interna, resueltas dentro del plazo establecido desde su fecha de ingreso (2 ó 7 días hábiles, según tipo de solicitud) respecto del número total de solicitudes ingresadas por el espacio de atención presencial que requieren evaluación interna. Estándar: Mayor o igual a 50%.
- Porcentaje de solicitudes ingresadas por el espacio de atención virtual del SIAU que requieren evaluación interna, resueltas dentro del plazo establecido desde su fecha de ingreso (2 ó 7 días hábiles, según tipo de solicitud) respecto al número total de solicitudes ingresadas por el espacio de atención virtual que requieren evaluación interna. Estándar: Sólo Monitoreo.
- Porcentaje de solicitudes ingresadas por el espacio de atención presencial del SIAU que requieren evaluación interna y resueltas, comunicadas al usuario dentro del plazo establecido desde su fecha de resolución (3 días hábiles) del número total de solicitudes ingresadas por el espacio de atención presencial que requieren evaluación interna y que se encuentran resueltas. Estándar: Mayor o igual a 30%.
- Porcentaje de solicitudes ingresadas por el espacio de atención virtual del SIAU que requieren evaluación interna y resueltas, comunicadas al usuario dentro del plazo establecido desde su fecha de resolución (3 días hábiles) respecto al número total de solicitudes ingresadas por el espacio de aten-

ción virtual que requieren evaluación interna y que se encuentran resueltas.
Estándar: Sólo monitoreo.

- Porcentaje de requerimientos ingresados al Call Center y escalados a las Fiscalías Regionales, puestos en estado de “solucionado” dentro del plazo establecido por el modelo (2 días hábiles), respecto al total de requerimientos ingresados al Call Center y escalados a las Fiscalías Regionales.
Estándar: Mayor o igual a 75%.

VI) Gestión de solicitudes de Ley de Transparencia

- Porcentaje de solicitudes válidas relativas a Ley de Transparencia recepcionadas por el espacio de atención presencial respondidas antes del cumplimiento del plazo legal (20 días hábiles) respecto al número total de solicitudes válidamente emitidas relativas a la Ley de Transparencia recepcionadas por el espacio de atención presencial. Estándar: 50%.
- Porcentaje de solicitudes válidas relativas a Ley de Transparencia recepcionadas por el espacio de atención virtual respondidas antes del cumplimiento del plazo legal (20 días hábiles) respecto al número total de solicitudes válidamente emitidas relativas a la Ley de Transparencia recepcionadas por el espacio de atención virtual. Estándar: 50%.

VII) Gestión de Presentaciones de Reclamos

- Porcentaje de presentaciones de reclamos válidos recepcionados en el espacio de atención presencial respondidos dentro del plazo (20 ó 5 días hábiles, según materia del reclamo) establecido respecto al número de presentaciones de reclamos válidos ingresados por el espacio de atención presencial. Estándar: 70% (Diseño SIAU).

VIII) Atención de Citados

- Usuarios citados a las fiscalías locales, atendidos en horario fijado (incluyendo espera máxima de 20 minutos) respecto al número de usuarios citados atendidos en la fiscalía local. Estándar: 75%.
- Si bien hay modelos más consolidados que otros, en especial en atención al tiempo de implementación que llevan o al ámbito de usuarios que abarcan, es posible observar resultados satisfactorios prácticamente en todos.

A continuación se muestran los resultados obtenidos durante al año 2014 en los indicadores recién descritos, desglosados por Fiscalía Regional e incorporando el promedio nacional.

Resumen por Indicador y Fiscalía Regional

PERÍODO ENERO-DICIEMBRE DE 2014 (DATOS ACUMULADOS DEL PERÍODO)

Ámbito	No	Nombre (corto) del indicador	Estándar	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	CN	OR	OCC	Sur	XIV	XV	FN	Total Pals	Desv Esta.
1. Orientación Protección y Apoyo en toma de declaración.	1.1	Aplicación de pauta de evaluación de intimidación.	70%	77,3%	87,8%	69,6%	78,4%	77,8%	73,4%	78,0%	76,4%	76,1%	64,1%	86,0%	65,4%	57,3%	74,2%	69,8%	79,7%	71,9%	58,0%	No aplica	74,5%	8,3%
	1.2	Medidas de protección a víctimas y testigos con intimidación alta.	70%	100%	98,4%	90,0%	100%	94,0%	97,1%	94,2%	90,9%	90,0%	87,5%	100%	100%	92,3%	94,5%	93,8%	97,5%	100%	96,4%	No aplica	94,9%	4,1%
2. Intervención inmediata en menores de edad.	2.1	Aplicación de pauta de evaluación de antecedentes de riesgo a menores de edad víctimas de delitos sexuales o de VIF.	70%	85,3%	89,1%	89,0%	90,5%	82,8%	88,6%	98,5%	86,7%	87,0%	95,6%	82,7%	82,1%	84,5%	89,1%	87,7%	96,2%	82,5%	94,1%	No aplica	88,8%	5,0%
	2.2	Aplicación de pauta de evaluación de antecedentes de riesgo a menores de edad víctimas de delitos sexuales o de VIF dentro del plazo.	70%	86,0%	91,3%	79,7%	87,2%	80,3%	81,2%	92,7%	82,9%	82,9%	92,8%	93,6%	81,8%	80,0%	86,9%	89,5%	80,6%	80,2%	94,4%	87,1%	No aplica	85,5%
3. Orientación, protección y apoyo a víctimas y testigos de IO	3.1	Aplicación de pauta de dirección de necesidades para juicio oral.	(2)	40,8%	43,4%	27,1%	39,0%	54,0%	20,1%	48,7%	32,6%	32,6%	32,2%	75,9%	66,3%	22,9%	29,2%	23,2%	42,6%	15,1%	54,6%	No aplica	35,0%	16,3%
	4.1	Aplicación de pauta VIF.	70%(3)	77,0%	82,7%	84,2%	89,4%	83,8%	84,5%	86,4%	82,8%	91,0%	87,5%	93,2%	90,0%	78,2%	76,1%	81,5%	79,0%	85,7%	78,6%	No aplica	82,3%	5,0%
4. Intervención Inmediata en violencia intrafamiliar -VIF-	4.2	Aplicación de pauta VIF dentro del plazo.	70%(1)	91,8%	93,1%	92,5%	88,1%	92,6%	91,1%	85,2%	89,8%	88,2%	91,3%	93,6%	85,9%	89,2%	90,0%	85,6%	90,2%	92,1%	83,2%	No aplica	89,3%	3,0%
	4.3	Medida de protección dentro de plazo VIF.	70%(3)	93,8%	96,1%	89,1%	96,3%	94,5%	90,5%	94,5%	90,7%	94,0%	96,4%	91,2%	85,5%	86,3%	84,2%	88,6%	96,3%	93,6%	86,1%	No aplica	91,6%	4,1%
	4.4	Medida de protección, flagranza VIF.	85%(1)	98,0%	94,5%	93,2%	93,4%	92,8%	98,0%	94,4%	93,8%	98,4%	96,9%	94,1%	98,4%	95,8%	94,1%	90,4%	95,2%	96,7%	92,7%	No aplica	94,1%	2,3%

5. Gestión de solicitudes SIAU que requieren evaluación interna.	5.1	Requerimientos presenciales SIAU resueltos dentro de plazo.	50%	97,0%	94,6%	86,3%	94,7%	90,0%	84,6%	93,8%	80,1%	91,2%	90,3%	97,7%	94,1%	89,5%	83,5%	83,5%	95,0%	89,5%	83,5%	79,1%	No aplica	88,9%	5,7%
	5.2	Requerimientos VIRTUALES SIAU resueltos dentro del plazo.	(2)	82,4%	92,6%	91,3%	94,5%	83,3%	77,4%	100%	73,2%	100%	83,2%	81,6%	96,1%	75,3%	100%	93,6%	100%	93,6%	87,0%	87,0%	No aplica	89,5%	9,0%
	5.3	Comunicación dentro de plazo de requerimientos presenciales SIAU resueltos.	30%	88,1%	87,2%	78,8%	88,8%	84,6%	75,4%	82,8%	74,7%	75,8%	75,5%	93,4%	95,8%	76,1%	71,3%	72,1%	79,5%	72,1%	72,1%	49,9%	No aplica	77,5%	10,4%
	5.4	Comunicación dentro del plazo de requerimientos VIRTUAL SIAU resueltos.	(2)	100%	93,7%	86,5%	88,1%	90,7%	89,3%	100%	71,2%	100%	100%	98,8%	97,4%	99,3%	88,3%	87,2%	66,7%	87,2%	87,2%	54,9%	No aplica	88,9%	13,3%
	5.5	Respuesta a requerimientos del call center dentro del plazo (2 días hábiles).	75%(1)	97,4%	99,6%	99,6%	99,9%	99,3%	99,2%	100%	98,0%	99,1%	99,1%	98,7%	100%	97,0%	95,9%	96,2%	100%	96,2%	100%	98,8%	No aplica	97,6%	1,3%
6. Transparencia.	6.1	Solicitudes por Ley de Transparencia recibidas por el espacio presencial y respondidas dentro del plazo legal.	50%	100%	100%	83,3%	100%	50,0%	100%	90,5%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	75,0%	100%	100%	100%	100%	100%	51,0%	68,1%	14,4%
	6.2	Solicitudes por Ley de Transparencia recibidas por el espacio virtual y respondidas dentro del plazo legal.	50%	100%	100%	83,3%	100%	100%	100%	75,0%	100%	86,7%	100%	100%	100%	100%	89,2%	80,0%	80,0%	100%	100%	100%	60,4%	83,5%	8,4%
7. Reclamos.	7.1	Reclamos recibidos y respondidos dentro del plazo.	70%	83,3%	96,3%	82,4%	81,0%	94,7%	98,0%	90,2%	97,5%	46,2%	100%	100%	100%	87,8%	91,4%	96,6%	100%	96,6%	100%	97,6%	98,9%	91,5%	12,8%
8. Citados.	8.1	Usuarios citados atendidos con espera máxima de 20 minutos.	75%	92,5%	90,9%	95,2%	88,3%	84,7%	84,7%	90,2%	72,1%	91,5%	89,8%	96,5%	94,5%	83,2%	84,7%	84,3%	84,7%	84,3%	90,1%	74,1%	No aplica	86,4%	6,8%

*1. Meta Fiscales Regionales 2014.

*2. Sólo Monitoreo.

*3. Meta Fiscales Regionales 2014 y Anexo 2 (CGI)¹³ año 2014.

13 Compromisos de Gestión Institucional, que se fijan anualmente entre el Ministerio Público y el Ministerio de Hacienda, en el marco de la Ley N°20.240, y cuyo cumplimiento es evaluado por la Dirección de Presupuesto (DIPRES) y una entidad evaluadora externa, contratada para tal efecto por DIPRES, para determinar el pago de bono anual a los funcionarios y fiscales.

Análisis de los resultados de los indicadores de gestión 2014

La Fiscalía ha sido una institución capaz de crear modelos de atención, implementando nuevos procesos y protocolos de atención, con resultados de gestión satisfactorios. Debe tenerse presente que los recursos humanos con los que se cuentan para este efecto son los mismos desde el inicio de la Reforma Procesal Penal y que los recursos financieros también son limitados.

Sin perjuicio de lo anterior, al hacer un análisis simple del resultado de los indicadores 2014, se puede apreciar los siguientes elementos:

- En general, todos los indicadores se cumplen en forma satisfactoria a nivel nacional, y en la gran mayoría de las fiscalías regionales.
- Existe dispersión en el cumplimiento de indicadores a nivel regional. Acá se pueden apreciar desviaciones estándar superiores al 10% en 5 de los 18 indicadores, y entre 5% y 10% en otros 7 de los 18 indicadores.
- Para una misma fiscalía regional, se observa dispersión en el ranking de cumplimiento regional, es decir, algunas fiscalías regionales son muy buenas en algunos indicadores, pero no tanto en otros.
- En general se aprecia que hay modelos de atención relativamente consolidados, con poca varianza a nivel regional: OPA / VIF / Call Center.
- En cambio, se observa que otros modelos, como por ejemplo SIAU (especialmente virtual y sistema de reclamos, sugerencias y felicitaciones), aún falta consolidar los respectivos procesos de trabajo. Debe tenerse en consideración, no obstante, que el SIAU virtual es un espacio de atención nuevo, que lleva muy poco tiempo de implementación.
- Finalmente, pareciera que la varianza en el cumplimiento de los indicadores a nivel de fiscalía regional, está más bien relacionada con los períodos y antigüedad de implementación de los modelos, es decir, la madurez de estos. No obstante lo anterior, pareciera también que los énfasis en el control de gestión, y las acciones y decisiones de corrección correspondientes, a nivel de fiscalía regional, varían dependiendo del tipo de modelo e indicador a controlar.

C) Impacto en la satisfacción de usuarios

Tal como se mencionó en la descripción del Modelo General de Atención a Usuarios, algunos de sus objetivos específicos son el monitoreo permanente de la satisfacción de los usuarios con los servicios prestados y el mejoramiento continuo de los modelos y de la percepción de usuarios y comunidad en general en relación a la Fiscalía.

La Fiscalía comienza a realizar estudios de satisfacción de usuarios, a través del sistema de encuestas aplicadas telefónicamente por empresas externas, el año 2009, aplicado a un porcentaje de víctimas atendidas bajo el Modelo VIF.

Posteriormente se van agregando nuevos usuarios, según la incorporación gradual de los nuevos modelos descritos.

El estudio de satisfacción de usuarios 2014 fue realizado por la empresa GfK Collect Adimark y abarcó los Modelos OPA, VIF y SIAU presencial y telefónico.

Los resultados generales son los siguientes:

l) Modelo OPA

La evaluación general de la atención de usuarios víctimas y testigos que concurrieron a Fiscalía a prestar declaración se presenta en el siguiente cuadro, y responde a la consulta ¿qué tan satisfecho se siente Ud. con la atención y el servicio que recibió por parte de la Fiscalía durante su participación en el caso?, donde 1 significa muy insatisfecho y 7 muy satisfecho:

Fiscalía	% notas 5 a 7
Centro Norte	83,0%
Magallanes	82,3%
Maule	81,4%
Tarapacá	81,1%
Aysén	78,6%
Sur	78,1%
O'Higgins	78,0%
Coquimbo	77,2%
Araucanía	77,2%
Antofagasta	77,1%
Bío-Bío	76,0%
Oriente	76,5%
Atacama	75,5%
Occidente	75,2%
Valparaíso	75,0%
Los Lagos	73,1%
Los Ríos	71,7%
Arica Parinacota	57,1%

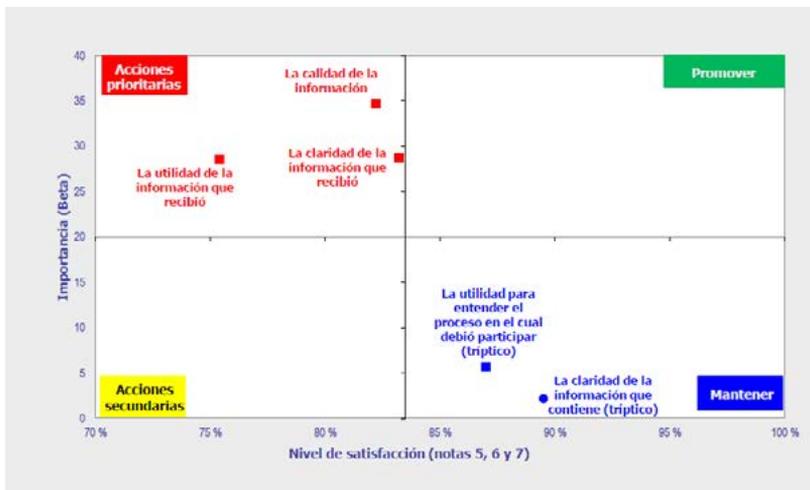
Se observa entonces un estándar de satisfacción adecuado de parte de los usuarios, donde en promedio nacional, un 77,1% de las víctimas y testigos encuestados califica con nota 5, 6 ó 7 la atención recibida (42% de los cuales califica con nota 7), lo que implica que aproximadamente 8 de cada 10 usuarios se manifiesta satisfecho o muy satisfecho. Sólo la Región de Arica Parinacota presenta un resultado más bajo, con un 57,1% de evaluaciones

positivas. Las Fiscalías más destacadas, con puntajes sobre el 80% de evaluaciones positivas son la Centro Norte, Magallanes y el Maule.

Un 66,8% se manifiestan dispuestos a recurrir nuevamente a la Fiscalía y sólo un 14,8% declara que no volverían a recurrir a la Fiscalía ni la recomendarían a sus cercanos.

En relación a los niveles de miedo de los usuarios y su satisfacción con las medidas de protección decretadas: un 48,8% declara sentir miedo antes de asistir a Fiscalía, cifra que baja a un 32,2% después de asistir. Un 60% declara haber recibido alguna medida de protección, pero sólo un 64,4% declara estar satisfecho con dichas medidas.

En el análisis multivariado realizado por la empresa consultora, para explicar la Satisfacción General con la Atención y Servicio Entregado por la Fiscalía, se concluye que fundamentalmente influyen de manera significativa la calidad (34,7%), claridad (28,8%) y utilidad (28,6%) de la información recibida, y que considerando el nivel de satisfacción obtenido de estas variables, esa debería ser nuestra área de acción prioritaria. Por otra parte, se infiere que es necesario mantener la entrega de dípticos. Lo anterior, se puede apreciar en la imagen siguiente:



II) Modelo VIF

Frente a la consulta general ¿qué tan satisfecho se siente Ud. con la atención y el servicio que recibió por parte de la Fiscalía en relación a su denuncia?, donde 1 es muy insatisfecho y 7 es muy satisfecho; los resultados desglosados por Fiscalía son los siguientes:

Fiscalía	% notas 5 a 7
Aysén	96,1%
Magallanes	95,8%
Los Lagos	93,6%
Coquimbo	93,5%
Antofagasta	92,7%
Araucanía	92,6%
O'Higgins	90,9%
Occidente	90,7%
Los Ríos	90,7%
Oriente	89,1%
Valparaíso	89,0%
Maule	88,9%
Bío-Bío	88,2%
Arica Parinacota	88,1%
Centro Norte	87,1%
Tarapacá	86,3%
Sur	85,3%
Atacama	83,9%

Un 89,7% de las víctimas de VIF atendidas bajo el modelo calificaron con nota 5, 6 ó 7 el servicio otorgado. Los principales motivos señalados para calificar positivamente son la buena atención y disposición y el interés y preocupación, constatándose que los mejores resultados se centran en la atención de los funcionarios, siendo el factor humano fundamental en el éxito del modelo.

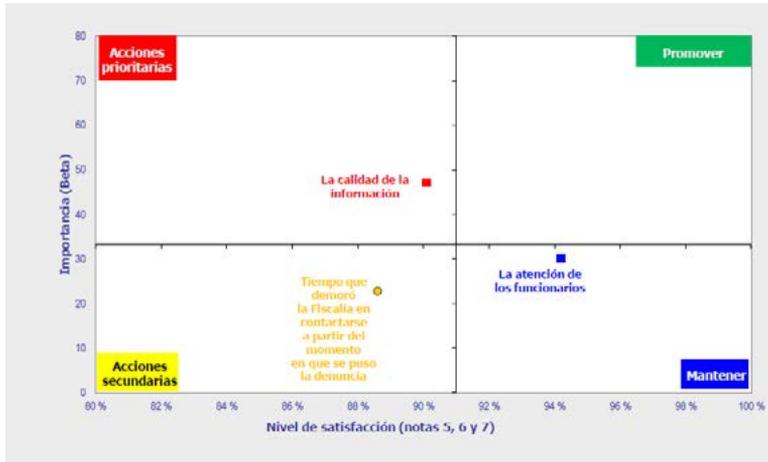
Si bien es cierto, todas las Fiscalías Regionales obtienen buenas calificaciones, hay más de 12 puntos porcentuales entre la Fiscalía mejor y la peor evaluada. Destacan las Fiscalías de las Regiones de Aysén, Magallanes y los Lagos.

También son muy bien evaluadas las medidas de protección otorgadas, un 81% declaró haber recibido alguna medida y el 88,1% se manifestó satisfecho con las medidas entregadas por la Fiscalía.

Aun con las cifras recién descritas, hay una disminución de víctimas dispuestas a volver a denunciar respecto del año anterior, 84,2%.

En el análisis multivariado realizado por la empresa consultora, para explicar la Satisfacción General con el Modelo de Atención Inmediata a Víctimas VIF, se concluye que fundamentalmente influyen de manera significativa la calidad de la información recibida (47,1%), la atención de los funcionarios (30,1%), y el tiempo que demora la fiscalía en contactarse (22,8%), a partir del momento en que se puso la denuncia. Al respecto, considerando el nivel de satisfacción obtenido de estas variables, se debe mantener la atención de los funcionarios, se debe tener como acción prioritaria la calidad de la información, y como acción secundaria, el tiempo que demoró la Fiscalía en contactarse.

Lo anterior, se puede apreciar en la imagen siguiente:



III) SIAU

Presencial

Frente a la consulta ¿qué tan satisfecho quedó Ud. con el servicio general que le entregó la Fiscalía cuando concurrió a sus oficinas?, un 71,2% de los usuarios atendidos bajo el SIAU presencial calificaron positivamente la atención (nota 5, 6 ó 7), de los cuales un 37,6% le dio la nota máxima (7).

Los resultados generales se presentan en la siguiente tabla:

Fiscalía	% notas 5 a 7
Araucanía	77,7%
Magallanes	77,4%
Atacama	76,0%
O'Higgins	74,6%
Aysén	73,5%
Occidente	72,8%
Oriente	72,1%
Sur	70,2%
Coquimbo	70,0%
Valparaíso	69,9%
Tarapacá	69,6%
Los Lagos	69,5%
Los Ríos	69,2%
Bío-Bío	68,9%
Maule	68,4%
Arica Parinacota	65,8%
Antofagasta	64,8%
Centro Norte ¹⁴	79,0%

14 Sólo considera a la FL de Chacabuco, ya que al momento de levantar la muestra, aún no partía oficialmente la operación en el Centro de Justicia.

Hay aproximadamente 13 puntos porcentuales entre la Fiscalía mejor y la peor evaluada. Destacan las Fiscalías de La Araucanía, Magallanes y Atacama.

Un 62,6% (6 de cada 10) de los usuarios manifiesta que volvería a recurrir al sistema.

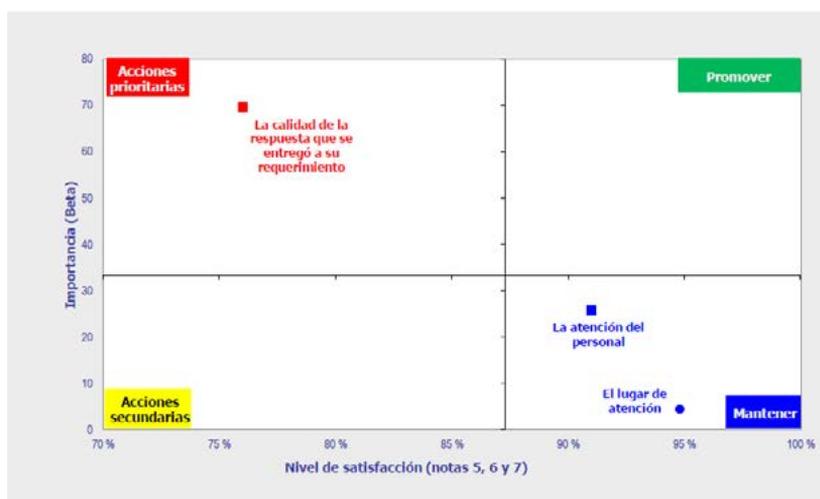
Lo mejor evaluado es la infraestructura, con un 94,8% de evaluaciones positivas, destacándose como atributos la limpieza y orden de lugar (97%), el respeto por el orden de atención (96%) y la comodidad y espacio de la sala de espera (91%). Los niveles más bajos se observan en la comodidad para personas que concurren con niños (23,1% de evaluaciones negativas) y la cantidad de funcionarios o módulos atendiendo (23,6% de evaluaciones negativas).

También está muy bien evaluada la atención del personal, con un 91% de evaluaciones positivas, sobresaliendo los atributos de presentación personal (97,5%), lo respetuoso del trato (94,3%) y la amabilidad y disposición mostrada (90,2%).

Un 79,6% evalúa positivamente la utilidad de la respuesta, un 76% evalúa positivamente la calidad y un 75,5% la claridad de la misma.

En el análisis multivariado realizado por la empresa consultora, para explicar la Satisfacción General con el Modelo de Atención SIAU Presencial, se concluye que fundamentalmente influyen de manera significativa la calidad de la respuesta entregada (69,7%), la atención del personal (25,8%), y el lugar de atención (4,5%). Al respecto, considerando el nivel de satisfacción obtenido de estas variables, se debe mantener la actual calidad de atención del personal y el lugar de atención, y se debe tener como acción prioritaria mejorar la calidad de la respuesta que se entregó al requerimiento.

Lo anterior, se puede apreciar en la imagen siguiente:



SIAU Telefónico (Call Center)

A nivel general, 8 de cada 10 usuarios calificó positivamente el servicio entregado por los distintos niveles del espacio telefónico o Call Center. Si observamos los distintos niveles de atención, el nivel 1 (atención prestada exclusivamente por los agentes del Call Center) obtuvo un 77,7% de evaluaciones positivas; el nivel 2 (agentes Call Center pertenecientes a la Fiscalía) un 83% y el nivel 3 (consultas que son planteadas a agente nivel 1 ó 2, pero escaladas a la respectiva Fiscalía Local para su resolución) un 83,4%. Las cifras se observan en el siguiente cuadro:

Fiscalía	% notas 5 a 7
Magallanes	91,9%
Antofagasta	89,9%
Coquimbo	88,6%
Araucanía	88,1%
Los Lagos	88,1%
O'Higgins	87,9%
Bío Bío	87,3%
Valparaíso	86,9%
Sur	85,7%
Talca	85,3%
Atacama	84,5%
Tarapacá	83,5%
Oriente	81,7%
Centro Norte	80,8%
Occidente	80,8%
Los Ríos	80,0%
Arica Parinacota	56,3%
Aysén ¹⁵	100%

Salvo la Región de Arica Parinacota, que presenta una evaluación más baja, todas las Regiones están sobre el 80%, destacándose las Regiones de Magallanes, Antofagasta y Coquimbo.

Los aspectos que más destacan los usuarios del Call Center son la buena atención, amabilidad y cordialidad (38%), las explicaciones claras entregadas (26%), la entrega de una respuesta al problema (20%) y la rapidez en la atención (16%).

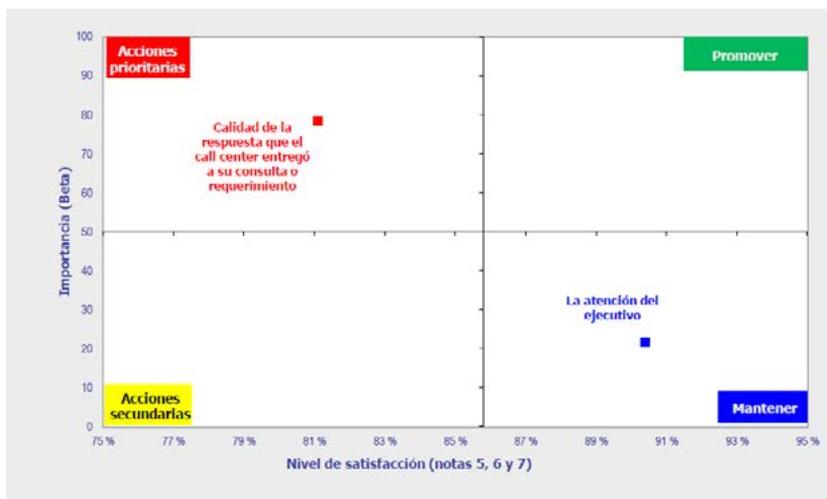
Un 71% de los encuestados se manifiesta dispuesto a recurrir nuevamente al sistema y más del 70% están conformes con los tiempos de respuesta a sus requerimientos. Un 66,3% señala que logró resolver su requerimiento a través del Call Center.

15 Base no representativa: estudio en base a sólo 8 casos de muestra real.

En conclusión, si bien el Call Center es un servicio bien evaluado en relación a la calidad, utilidad y rapidez de la respuesta, debe trabajarse en mejorar la efectividad en la resolución de los requerimientos.

En el análisis multivariado realizado por la empresa consultora, para explicar la Satisfacción General con el Modelo de Atención Call Center, se concluye que fundamentalmente influye de manera significativa la calidad de la respuesta que el Call Center entregó (78,3%), así como la atención del ejecutivo del Call Center (21,7%). Al respecto, considerando el nivel de satisfacción obtenido de estas variables, se debe mantener la actual calidad de atención del ejecutivo, y se debe tener como acción prioritaria mejorar la calidad de la respuesta que se entregó al requerimiento.

Lo anterior, se puede apreciar en la imagen siguiente:



D) Conclusiones

En virtud de los resultados observados, se puede señalar lo siguiente a modo de conclusiones:

- La Fiscalía se encuentra claramente en un camino de consolidación como institución moderna y de excelencia en el ámbito de atención de usuarios.
- Los resultados de gestión observados son en general muy satisfactorios, salvo determinadas situaciones concretas en algunas fiscalías regionales.
- La creación de modelos específicos de atención, considerando las necesidades de cada segmento de usuarios, impacta positivamente en la percepción del usuario que recibe los servicios.

- Aún existe un espacio importante para trabajar en procesos de mejora continua de los modelos y de las capacidades y aptitudes de los atendedores. Si bien la propia empresa consultora califica los resultados como “buenos”, en todos los modelos existen porcentajes de notas deficientes (1, 2, 3 y 4) e incluso de nota 5, que pueden mejorar con las medidas adecuadas.
- Es necesario orientar los procesos de selección de nuevo personal hacia la excelencia en la atención.
- Por otro lado, se debe seguir desarrollando programas de capacitación en el área de atención a usuarios, para todos los estamentos de la Institución y para el Call Center, como parte de un proceso de formación continua.
- Se debe seguir desarrollando y mejorando las tecnologías de información y comunicación, tanto aquellas que facilitan el trabajo de fiscales y funcionarios, como las destinadas a los usuarios externos.
- Dadas las diferencias y brechas que actualmente se detectan en los indicadores de gestión, que miden la aplicación de los diferentes modelos de atención de usuarios, pareciera recomendable intensificar el seguimiento y control de gestión tanto nacional como regional. Al respecto, se recomienda hacer formalmente un análisis de benchmarking regional, para cada uno de los modelos de atención, donde cada región explique sus resultados y prácticas, replicando finalmente las mejores prácticas encontradas, y descartando y eliminando aquellas no recomendables.

Bibliografía

1. Ministerio Público, *Plan Estratégico 2009-2015*, en Internet <http://www.fiscaliadechile.cl>
2. Ministerio Público, *Política General de Atención a Usuarios*, en Intranet <http://mpintra/vyt>
3. Ministerio Público, *Modelo General de Atención a Usuarios*, en <http://mpintra/vyt>
4. Ministerio Público, *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos OPA*, en <http://mpintra/vyt>
5. Ministerio Público, *Modelo Especializado en Violencia Intrafamiliar*, en <http://mpintra/vyt>
6. Ministerio Público, *Modelo Especializado de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de VIF y de Delitos Sexuales*, <http://mpintra/vyt>
7. Ministerio Público, *Modelo Especializado de Testigos de Juicio Oral*, <http://mpintra/vyt>
8. Ministerio Público, *Manual Operativo de Atención Presencial SLAU*, mayo de 2015, <http://mpintra/vyt>

9. Ministerio Público, *Protocolo Operativo Call Center-SIAU Integrado*, marzo de 2015, en <http://mpintra/vyt>
10. Estudio de Evaluación de Servicio del Ministerio Público, Objetivo N°1, Satisfacción Modelo Especializado en Toma de Declaraciones, año 2014, GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
11. Estudio de Evaluación de Servicio del Ministerio Público, Objetivo N°2, Satisfacción Modelo de Atención Inmediata a Víctimas de VIF, año 2014, GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
12. Estudio de Evaluación de Servicio del Ministerio Público, Objetivo N°3, Satisfacción, Call Center año 2014, GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
13. Estudio de Evaluación de Servicio del Ministerio Público, Objetivo N°4, Satisfacción Modelo SIAU Presencial, año 2014, GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
14. Análisis Multivariado, Objetivo N°1, año 2014; GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
15. Análisis Multivariado, Objetivo N°2, año 2014; GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
16. Análisis Multivariado, Objetivo N°3, año 2014; GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
17. Análisis Multivariado, Objetivo N°4, año 2014; GfK Adimark, en <http://mpintra/vyt>
18. Chile, Constitución Política de la República. Diario Oficial de 24 de octubre de 1980.
19. Chile, Ley 20.066, establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial de 7 de octubre de 2005.
20. “Plan General de Implementación del Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU) período 2011-2016”, Ricardo del Canto Méndez, en Revista Jurídica del Ministerio Público N°54, Santiago, Chile, marzo 2013.
21. Ministerio Público, Informes de Gestión SIAU 2014, en <http://mpintra/vyt>
22. Ministerio Público, Informes de Gestión OPA-VIF (2014), en <http://mpintra/vyt>
23. Ministerio Público, Informes de Gestión Call Center 2014, en <http://mpintra/vyt>
24. Ministerio Público, Sistema de Direccionamiento de la Gestión, PAG-QPR, en <http://fnintranet>

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN LA CAUSA CONOCIDA COMO “BICRIM PUDAHUEL”

José Luis Cortés Zepeda¹

Una causa de alta complejidad, como la que es materia de este comentario², podría ser descrita, sin temor a exagerar, como una sucesión de problemas y desafíos de la más variada índole. Estas causas –no puede ser de otra forma– contribuyen a engrosar el acervo de experiencias del Ministerio Público, lecciones que, si no son adecuadamente registradas, corren el riesgo de caer en el olvido, perdiéndose la potencialidad de ser aprovechadas en otras investigaciones.

Por supuesto que en una investigación –y esta no fue la excepción– las dificultades no son únicamente de naturaleza jurídica, comprendiendo ámbitos muy diversos, como el investigativo, el estratégico y hasta el organizacional. Empero, el propósito de este trabajo se centrará sólo en el primero, no obstante lo cual tampoco pretendemos ofrecer un análisis exhaustivo de cada una de estas cuestiones de interés jurídico, pues ello tornaría el objeto de este trabajo en inabordable, limitándonos, pues, a exponer y contextualizar las decisiones de los tribunales dispensadas a los problemas de mayor relevancia, incluyendo, en algunos casos, un comentario breve a lo resuelto.

I. La causa y sus pronunciamientos judiciales más trascendentes

Luego de siete meses de investigación reservada, el 17 de octubre de 2012 se detuvo a varios funcionarios de la Policía de Investigaciones que se desempeñaban o se habían desempeñado en la Brigada de Investigación Criminal de Pudahuel. Al día siguiente fueron formalizados, quedando sujetos a prisión preventiva durante el curso de la investigación, la que concluyó, con la formulación de acusación, el 29 de julio de 2013.

Antecedida por una suspensión de un mes, la audiencia de preparación de juicio oral terminó con el correspondiente auto de apertura de 6 de enero de 2014, para dar luego inicio –el 1 de abril siguiente– al juicio oral, el que se prolongó por más de seis meses y que culminó con el pronunciamiento del correspondiente veredicto el 12 de noviembre de 2014.

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

2 Investigación RUC 1200611251-8 de la Fiscalía Local de Pudahuel, dirigida por el fiscal Emiliano Arias Madariaga, quien, en conjunto con los fiscales María Isabel Castro Cornejo y Eduardo Baeza Cervela, sostuvieron la acción penal en el juicio oral.

La sentencia del 5 de enero de 2015 condenó a nueve de los acusados, siete de ellos al cumplimiento efectivo de la pena, por medio de un pronunciamiento que fue objeto de sendos recursos de nulidad, los cuales fueron rechazados el 24 de marzo pasado³.

Además de la sentencia definitiva y de aquella que rechazó los recursos de nulidad, en el transcurso de la litigación, esta causa dio origen numerosas resoluciones de interés, algunas de las cuales incluiremos en este comentario. Dos de ellas fueron pronunciadas por el 1° Juzgado de Garantía de Santiago⁴, el 3 de agosto de 2013 y el 23 de septiembre de 2013, vinculadas con una cautela de garantías intentada por las defensas. Asimismo, mediante resolución del mismo 1° Juzgado de 21 de noviembre de 2013, se decretó el sobreseimiento definitivo parcial de los hechos, el cual fue revocado a través de la resolución del 18 de diciembre de 2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago⁵. En el marco de la audiencia de preparación de juicio oral, el tribunal de garantía dictó resoluciones de exclusión, entre las cuales se encuentran las del 20 y 30 de diciembre. Además, a raíz de las exclusiones, la defensa intentó el sobreseimiento definitivo de algunos de los capítulos de la acusación; solicitud que fue rechazada y finalmente confirmada mediante la resolución de 18 de marzo de 2014 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago⁶.

Una vez iniciada la audiencia de juicio, el tribunal decretó la suspensión de ésta, mediante resolución de 2 de mayo de 2014, sobre la base de la cual se recurrió de amparo; acción que fue rechazada por resolución de 15 de mayo de 2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago⁷.

II. Pérdida de registros de interceptaciones telefónicas

Cronológicamente, la primera discusión planteada se originó en la interposición por parte de las defensas de una cautela de garantías, al amparo del artículo 10 del Código Procesal Penal, encontrándose presentada ya la acusación y antes del inicio de la audiencia de preparación de juicio oral. Esta alegación tuvo su origen en una situación muy delicada que ocurrió durante la investigación: la pérdida de algunos registros de interceptaciones telefónicas

3 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de enero de 2015, RUC N°1200611251-8, RIT N°17-2014 y Corte Suprema, Rol N°1323-15, respectivamente. Con posterioridad, pronunciándose respecto de los recursos de apelaciones intentados en contra de la sentencia en cuanto rechazó el cumplimiento mediante penas sustitutivas, la Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 2015, Rol N°1382-2015, confirmó la sentencia recurrida. Esta última decisión, fue objeto de recurso de queja el que fue desestimado por Corte Suprema el 25 de junio de 2015, en causa Rol N°7709-2015.

4 RIT N°4170 – 2012.

5 Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de diciembre de 2013, Rol N°3411-2013.

6 Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de marzo de 2014, Rol N°4170-2012.

7 Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2015, Rol N°843-2014.

recogidas en el curso de la investigación, a raíz de un desperfecto técnico que sufrió, entre octubre y noviembre de 2012, el sistema ETI del Departamento OS-9 de Carabineros. Tal situación –que, por supuesto, dio origen a indagatorias proporcionales a la gravedad de la situación– sirvió de base para alegar una afectación sustancial del derecho a defensa y del debido proceso, derivada de la imposibilidad de acceder a los registros íntegros de las interceptaciones de las comunicaciones, autorizadas judicialmente.

En esta oportunidad procesal, se generaron pronunciamientos judiciales a nivel de garantía, pero, materialmente, el reproche subyacente a la cautela de garantía intentada sirvió de base a sendas alegaciones vertidas ante el tribunal del juicio oral en lo penal y en sede de recurso de nulidad, por lo cual aprovechamos de hacer el seguimiento a la discusión jurídica a lo largo del juicio.

El 3 de agosto de 2013, el juez del **1º Juzgado de Garantía** de Santiago, Fernando Guzmán Fuenzalida, pronunció una resolución que **acogió en forma parcial la cautela de garantías**.

Para arribar a esta resolución, el juez de garantía –luego de “despejar” algunas cuestiones accesorias⁸– centra la controversia en la interrogante acerca de si los defectos en la recopilación de las interceptaciones telefónicas judicialmente autorizadas afectan o no el derecho de defensa.

El razonamiento judicial, en una primera instancia, rechaza la afectación, al menos, una de carácter sustancial, sin perjuicio de exigir, para sostener tal afirmación, certeza en cuanto a la imposibilidad de recuperar la evidencia perdida.

Así, en un primer momento, sostiene que la afectación no sería, en todo caso, sustancial al no impedir o limitar el derecho a defensa, puesto que este interviniente se encuentra en condiciones de conocer y controvertir las escuchas en discusiones de exclusión, en audiencia de preparación, o de valoración, en la de juicio⁹. El tribunal estima que la defensa falla en su pretensión de identificar una afectación en la imposibilidad de acreditar un patrón de investigación

8 Entre las cuales se encontraban las atribuciones de la Fiscalía Nacional para contar e implementar un sistema de respaldo de interceptaciones autorizadas judicialmente (RT).

9 “La primera aproximación, es contestar que, si bien se reconocen defectos en la recopilación de información, en concreto del contenido de las interceptaciones telefónicas autorizadas judicialmente, éstas son prueba de cargo, de las cuales solo se pretende introducir las escuchas íntegras, en la medida que pasen el “test de blancura” en la audiencia de preparación del juicio oral; que en todo caso la afectación del derecho no tendría el carácter de sustancial al punto de limitar o impedir el ejercicio de la defensa, el que se encuentra intacto para conocer y controvertir dichas escuchas; y en tercer término, cualquier alegación sobre las intervenciones telefónicas existentes deben ventilarse a propósito de la admisibilidad de la prueba en la etapa intermedia o derechamente como un tema de valoración en el juicio oral intentando de introducir una duda razonable sobre su confiabilidad y verosimilitud”.

que justifique el proceder de los imputados, por varias razones: no precisa cuáles serían las conversaciones que permitirían hacer tal cosa, la disponibilidad de las interceptaciones relativas a la investigación y la existencia de numerosos audios que permitirían justificar el pretendido patrón. Todo ello redundaría –continúa el juez de garantía– en que no se vislumbra afectación suficiente al derecho a defensa¹⁰.

El tribunal agrega que la situación no sería muy diferente a si las interceptaciones telefónicas nunca se hubieran decretado: la única perjudicada habría sido la persecución penal que se habría visto privada de un antecedente útil¹¹.

Ahora bien, el juez de garantía previene que, existiendo una mínima posibilidad de que la evidencia perdida sirva a los intereses de la defensa, el tribunal debe cuidar que se agoten los esfuerzos para recuperarla¹². Puesto que las diligencias realizadas hasta entonces, a juicio del tribunal, no habían sido suficientes, acogió en forma parcial la cautela de garantía, ordenando, como medidas para permitir el ejercicio de derecho de defensa, ordenar o contratar servicios para intentar recuperar el registro de audio de las interceptaciones y, en caso de imposibilidad, acreditarlo mediante informes técnicos pertinen-

10 “La defensa nos dice que requiere del contenido de todas las interceptaciones telefónicas pues así podrá acreditar un patrón de conducta de los agencias de persecución penal, incluida la actuación de los fiscales, justificando de ese modo el actuar de sus defendidos. El tema es que fueron incapaces, no obstante los requerimientos, emplazamientos, del Tribunal, de indicar qué llamadas específicas (entre quiénes, cuándo, tenor mismo, etc.) faltan para ponderar la magnitud de su carencia; segundo, están registradas las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas sostenidas entre los imputados y los fiscales involucrados en los procedimientos que dieron origen a esta investigación; y tercero hay miles de audios entregados con cientos de hora de grabaciones, estimándose suficiente para probar un patrón de conducta si eso es lo que quieren introducir en juicio. De allí mi inclinación inicial hacia el rechazo de las pretensiones de acceso a las interceptaciones por considerarlas innecesarias, no vislumbrando una entidad suficiente de afectación del derecho a la defensa para paralizar el proceso”.

11 “Si las grabaciones nunca se hubiesen materializado, la situación no sería muy distinta a la de si el Fiscal no se le hubiese ocurrido la utilidad, necesidad de la diligencia, o si el juez de garantía la hubiese negado. Nunca existió, no estuvo en el mundo real; luego la defensa no puede pretender suspender el procedimiento por la inactividad probatoria del Estado. El Ministerio Público verá cómo acredita los cargos en juicio... [...] En este caso pasa exactamente lo mismo, es el Ministerio Público el que solicitó que se vulnerara la intimidad, privacidad de las comunicaciones de los imputados a fin de obtener antecedentes que los perjudicara en relación con la investigación. Por tanto, el único perjudicado en este caso es el propio acusador”.

12 “Sin embargo, el Tribunal participa de la idea que el escenario cambia radicalmente si se hubiere grabado la información, y ésta fuera recuperable. Pues aun siendo escéptico acerca de la real utilidad que pudiera eventualmente significar para los imputados, habría al menos que emplear todos los medios disponibles para recuperar el contenido perdido de las comunicaciones telefónicas, privilegiando los supuestos intereses de la defensa”.

tes¹³, dejando sin efecto la audiencia de preparación de juicio oral que se había fijado.

El **1° Juzgado de Garantía de Santiago**, el **23 de septiembre de 2013**, tuvo por **cumplido íntegramente lo ordenado** en el marco de la cautela de garantías, teniendo presente que, respecto de la medida de determinar si la información era o no recuperable, se contrató el peritaje de una empresa internacional (*Seagate Technology* de Holanda) y se emitió un informe técnico sobre las falencias del sistema, ordenando reanudar el curso progresivo del proceso y rechazando el sobreseimiento solicitado por las defensas.

En la **sentencia definitiva**, el **1° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago** rechazó nuevamente esta argumentación en los siguientes términos: “Los defensores indicaron que existió una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa material, la que fundaron en la circunstancia de haberse incorporado durante la audiencia de juicio oral y ser reproducidas en ésta una serie de interceptaciones telefónicas realizadas a aparatos de telefonía celular de los acusados que representaron en estrados, en lo concerniente a los citados hechos –sin perjuicio que en no todos ellos se dictó una decisión condenatoria–, respecto a las que alegaron que a ‘todas luces carecían de integridad’, lo que agregaron obedeció a un desperfecto que ocurrió el 25 de octubre de 2012, situación que los privó según dijeron, del acceso a otras interceptaciones efectuadas a los teléfonos de los acusados”. En el considerando 81°, los jueces del fondo desecharon estas alegaciones, estimando “que la inclusión y valoración de escuchas telefónicas no violentó garantía fundamental alguna, al estarse en presencia de una prueba íntegra y en consecuencia legítima”. Para arribar a esta conclusión, tuvieron presente que la integridad de la prueba rendida efectivamente en el juicio no se vio afectada por la pérdida de interceptaciones que no se produjeron en la audiencia, puesto que aquélla fue la misma para todos los intervinientes, los cuales se vieron afectados por igual¹⁴. Al parecer destacando la mejor posición para conocer el contenido de

13 Además, ordena entregar a las defensas un informe técnico exhaustivo sobre las falencias que presentó el sistema ETI, sus causas y efectos, sin perjuicio de los avances de las investigaciones en curso, y entregar nuevos discos compactos con el registro de las llamadas interceptadas.

14 “[...] si bien se acreditó a través del suboficial mayor de carabineros Manuel Carrillo Donoso que hubo un desperfecto el día 25 de octubre de 2012 en el disco duro del servidor que registra las interceptaciones telefónicas derivadas al departamento OS7 de Carabineros de Chile, lo que provocó que las escuchas que quedaron en el disco duro no se podían ‘leer’ ni ser ‘vacías’, es menester hacer presente que la pretendida ‘falta de integridad’ de la citada prueba no es tal, pues lo que quedó en evidencia en la audiencia de juicio oral es que los referidos medios probatorios compuestos por las comunicaciones interceptadas efectuadas y recibidas correspondientes a diversos números telefónicos de los acusados [...] constituyeron una misma prueba para los intervinientes, habida consideración que el desperfecto en comento, **afectó a todas las partes que participaron en el juicio**, desprendiéndose de tal circunstancia que la **prueba compuesta por las**

las comunicaciones cuyos registros se perdieron, el tribunal indicó: “tampoco se advirtió que se vulnerara alguna garantía constitucional en relación a la integridad de las comunicaciones telefónicas interceptadas con ocasión de la investigación de los hechos que se ventilaron en juicio, teniendo presente que la supuesta pérdida de algunas escuchas se refirieron necesariamente –acorde a la identidad de los usuarios de tales aparatos de telefonía–, a comunicaciones en las que tenían intervención los propios acusados”. Asimismo, los jueces del fondo destacaron que la prueba efectivamente producida en la audiencia fue utilizada por la defensa en el juicio para construir sus alegaciones¹⁵, destacando que en esta causa no era aplicable el criterio jurisprudencial invocado en otras en vista de que todos los intervinientes tenían acceso a las interceptaciones¹⁶. Finalmente, el tribunal releva que la condena no se basa exclusivamente en esta prueba, sino también en otros antecedentes¹⁷.

La **Corte Suprema**, mediante **sentencia de 23 de marzo de 2015**, rechazó un capítulo de nulidad construido sobre esta base. En primer lugar, el máximo tribunal destacó que “tal explicitación de agravios no logra demostrar lo que pretende, esto es, la lesión a la garantía del debido proceso, por cuanto semejante

interceptaciones telefónicas fue una sola para todos, lo que acarrea que no pueda concluirse que la prueba referida pueda ser catalogada de no íntegra./ [...] debe destacarse que el desperfecto en cuestión respondió a un problema técnico, que obedeció a una cuestión fortuita o de fuerza mayor, considerando que no se estableció lo contrario, el que **afectó a todos los intervinientes por igual [...]/ [...] cada parte en el juicio tuvo a su disposición la totalidad de la reseñadas escuchas**, toda vez que **pretender que la Fiscalía Local de Pudahuel o el resto de los acusadores tuvo otras escuchas adicionales** a las que existen en la carpeta de investigación o que se incorporaron en la audiencia de juicio oral, **no fue probado en estrados**, pudiendo añadirse al respecto, que **manifestar lo contrario, constituye una especulación sin la más mínima base**”.

- 15 “Además, la propia defensa de los enjuiciados que en sus alegatos impugnó la integridad de las interceptaciones telefónicas ya singularizadas, también se valió de los referidos audios para fundamentar y motivar una parte relevante de sus argumentaciones de descargo”.
- 16 “Ahora bien, en relación a la invocación que se hizo por una de las defensas de lo que denominó la ‘doctrina Capello’, tal alcance no incidió de modo alguno en las conclusiones expuestas, toda vez que la situación jurídica en virtud de la que operó la citada decisión judicial, fue diversa a la acontecida en la especie, toda vez que en esta causa, a diferencia de lo ocurrido en aquella, toda la prueba existente quedó a disposición de la totalidad de los intervinientes, lo que acarrea que la analogía efectuada, carezca de todo sustento fáctico”.
- 17 “[...] las interceptaciones telefónicas no fueron el único antecedente que se valoró para fundar las decisiones adoptadas por el tribunal, cuyos integrantes en lo que compete a las convicciones legales de condena que se alcanzaron, tuvieron en consideración un cúmulo de elementos de prueba adicionales para pronunciarlas, lo que se constató prístinamente con motivo de la decisión del hecho N°IX, en el que si bien el contenido de las comunicaciones reproducidas con ocasión de la rendición de la prueba de tal acontecimiento daban cuenta de indicios de responsabilidad criminal de los acusados G.T., M.A. y Q.C., tales comunicaciones al no ser respaldadas por otro medio probatorio idóneo y apto, no fueron suficientes para fundar una decisión condenatoria [...]”.

acusación requiere de una fundamentación que supere el estándar propuesto, de mera afirmación, debiendo demostrar asimismo la incidencia gravitante de lo propuesto en lo decidido”¹⁸. Asimismo, el tribunal *ad quem* valida la argumentación del tribunal de juicio oral que le permite rechazar la falta de integridad sosteniendo: “los sentenciadores recurridos han asentado que las interceptaciones telefónicas aludidas han sido hechas valer por la defensa; que todo lo invocado ha estado a disposición de todos los intervinientes, de suerte tal que los referidos jueces acertadamente han descartado que ellas no sean íntegras; como que tampoco se ha demostrado la existencia de escuchas adicionales a las que obraban en la carpeta de investigación, de manera que no se divisa la conculcación alegada”. Al respecto termina señalando que la existencia de una infracción legal no es sinónimo de una afectación de derechos fundamentales: “resulta de suyo diverso imputar una infracción a la legalidad del procedimiento constitutiva de lesión de garantías constitucionales por una inobservancia a las obligaciones que gravan al Ministerio Público en la custodia de los diversos antecedentes recopilados en la investigación, toda vez que una no supone por sí la existencia de la otra y, en este caso, se ha establecido que las circunstancias fácticas que giran en torno a la pretendida falta de integridad de las interceptaciones son constitutivas de una cuestión fortuita o de fuerza mayor, que afectó a todos los intervinientes por igual”.

III. Declaración en calidad de testigo

La defensa, en la **audiencia de preparación de juicio**, solicitó la exclusión de pruebas consistentes en las interceptaciones telefónicas, previa declaración de nulidad de las autorizaciones judiciales pertinentes; requerimiento que funda en la obtención de los antecedentes con inobservancia de garantías fundamentales, concretamente, en la declaración prestada en calidad de testigo por algunos imputados, sin las advertencias de rigor. El tribunal de garantía rechazó la exclusión, luego de proclamar que los imputados tenían la calidad de tales, a través una línea argumental que en síntesis, en primer lugar, reconoce que los imputados –por su experiencia y formación como funcionarios policiales– saben del derecho a guardar silencio, no obstante lo cual no se concentra en el conocimiento, sino en el rol de las policías dentro de la configuración institucional, conforme a la cual están en posición de garante de

18 Considerando 12°. Complementa esta afirmación la reflexión décimo cuarta: “una tesis como la postulada, que reclama la protección de los derechos de su defendido ante un desconocimiento de carácter teórico, abstracto y sin asidero en hechos demostradamente lesivos, muta su carácter y lo desnaturaliza, al transformarlo en un mero ejercicio retórico, formal, que no vincula la realidad con la norma, lo que no es admisible [...] el derecho constitucional al debido proceso de los recurrentes no fue entrabado, limitado o eliminado como consecuencia de los pretendidos vicios, pues han estado en condiciones de ejercer sus derechos procesales, no quedaron en situación de indefensión con motivo de una presunta falta de integridad de la prueba de cargo, ni de maniobras investigativas falaces ni de sus pretendidos dichos en sede administrativa”.

la integridad de la investigación, lo que determina que los policías son –al menos conceptualmente– “sospechosos *per se*” de las actuaciones que practican, debiendo el fiscal ejercer un control de la actividad policial, en el marco del cual no debe advertirle a los policías que son imputados, por cuanto siempre tienen esta calidad: desde que asumen la función policial, están permanentemente en cuestionamiento porque el proceso penal supone una tensión entre las versiones contradictorias de la defensa y del órgano persecutor; así, cuando éste los interroga, lo hace respecto de su actividad policial en el caso e, implícitamente, los está cuestionando, a lo que agrega que –en concreto– no se vio afectado el derecho a no autoincriminarse porque los imputados no se inculparon en aquellas declaraciones, antes bien mantuvieron su versión, y, por otro lado, las versiones entregadas en el marco de la diligencia reprochada no son la fuente primaria de las resoluciones judiciales que autorizan las interceptaciones, sino que las contradicciones que dejan en evidencia los partes policiales¹⁹.

Los jueces del fondo, en el considerando 81° de la **sentencia definitiva**, rechazaron una alegación en este sentido en atención a que “las observaciones y alcances [...] carecieron de un adecuado fundamento, toda vez que no se avizoró la concurrencia de los supuestos alegados”. Para resolver de este modo, el tribunal destacó la falta de trascendencia de las declaraciones cuestionadas, tanto en la decisión condenatoria como en la resolución que autorizó las interceptaciones, respecto de la cual no se justificó que hayan tenido influencia. Así, en relación con las declaraciones en calidad de testigo de los acusados, declaró que “no conoció la forma en que fueron obtenidas ni mucho menos su contenido, salvo la mención acerca de su existencia y calidad en que fueron prestadas que hizo sobre ellas el acusado G.T. al efecto, considerando que no se incorporó algún medio de prueba destinado a ello, lo que impidió tener por establecido alguna vulneración al principio de autoincriminación a partir de tales testimonios prestados en la etapa de investigación, ya que la información que los acusados vertieron en esa oportunidad no fue incorporada al juicio, lo que acarreó que no fuera posible valorarla de modo alguno y en consecuencia, no se afectaron sus derechos fundamentales”. Por otra parte, sostuvo que, aun “estimando que las declaraciones de los acusados, debieron ser tomadas en calidad de imputados, pese a lo cual, lo fueron en calidad de testigos, en lo que respecta a la resolución judicial que debió autorizar las interceptaciones telefónicas que efectivamente se decretaron en esta causa o la solicitud del fiscal que motivó el pronunciamiento de esa decisión judicial, ellas no fueron incorporadas en la audiencia de juicio oral ni tampoco se rindió prueba sobre su contenido, limitándose el tribunal en relación a tales interceptaciones, a enterarse exclusivamente de las fechas en que fueron otorgadas dichas autorizaciones en base a lo expuesto por los acusados que renunciaron a su derecho

19 Se resumen las ideas expresadas en resolución de 20 de diciembre de 2012 pronunciada en audiencia y registrada en audio.

a guardar silencio, ignorándose el motivo que tuvo en consideración el Juez de Garantía correspondiente para decretarlas, lo que supone un obstáculo insalvable para estimar que tales declaraciones que habrían sido prestadas por los acusados con vulneración de garantías fueron tenidas en vista por el Juez de marras para autorizar las diligencias intrusivas referidas”²⁰.

Finalmente, este cuestionamiento fue ventilado ante el máximo tribunal con ocasión de los **recursos de nulidad**, el que también fue rechazado por la Corte Suprema en el considerando 12°. Para ello, declarando –en primer lugar– que el agravio invocado por el recurrente debe ser demostrado y superar el estándar de mera afirmación²¹, valida la decisión del tribunal *a quo* al declarar que “no ha errado el tribunal al sostener que han debido demostrarse los asertos de la defensa al postular las alegaciones sobre vulneración de garantías que se formularan, ya que el atentado que se denuncia ha de ser real, ha debido perjudicar efectivamente los derechos procesales de la parte, no ya desde el punto de vista del eventual ejercicio de las prerrogativas que, sostiene habrían sido conculcadas, sino desde la perspectiva de la lesión concreta, que ha de ser demostrada. En la especie, conforme se ha sostenido en estrados, por una parte las declaraciones vertidas en sede de investigación por los acusados sólo han sido llevadas al juicio a solicitud de las defensas; no han diferido del tenor de lo expresado en los partes policiales que dieron cuenta de los procedimientos cuestionados, ni se han apartado de aquellas prestadas por quienes decidieron renunciar a su derecho a guardar silencio”. Agrega a lo anterior que “si las referidas declaraciones prestadas como testigos, siendo en verdad imputados, no sirvieron de soporte a la condena, no puede sostenerse la infracción en carácter de sustancial de las garantías tuteladas, lo que impide su consideración a efectos de nulidad, como se pretende”.

IV. Informes policiales como prueba

En el curso de la **audiencia de preparación de juicio oral**, la defensa intentó excluir los informes policiales en que los acusados faltaron a la verdad, alegando que los registros de las actuaciones de la policía no pueden incorpo-

20 Agrega que “aun en el evento de entender –lo que no fue acreditado en todo caso–, que el Juez de Garantía que decretó las interceptaciones telefónicas consideró al efecto las declaraciones prestadas por los acusados como testigos, pese a tener la calidad de imputados –siguiendo en este punto lo expuesto por los propios encausados y uno de los letrados defensores–, dicha circunstancia tampoco alcanza a deslegitimar o viciar las autorizaciones que se otorgaron en este caso, toda vez que igualmente no se estableció si tal antecedente fue el único que tuvo en vista el citado juez de control para concederla o si contó con más elementos para ello o si dentro de los antecedentes que se pusieron a su disposición, las citadas declaraciones incidieron genuinamente de algún modo en su decisión, lo que acarrea que deba desecharse esta pretensión de la defensa por carecer de una base adecuada”.

21 *Supra* n. 18.

rarse en virtud del artículo 334 del Código Procesal Penal. El tribunal rechazó esta solicitud porque entregar la información falsa es parte del tipo penal, de suerte que la finalidad de la norma –evitar transformar el juicio oral en un juicio de actas– no estaba relacionada con el planteamiento de la defensa: la incorporación por parte del Ministerio Público no buscaba soslayar la recepción de medios de prueba en forma oral, sino perseguía acreditar la existencia de los documentos en que se entregó la información falsa, que constituye el delito del artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones²².

V. Exclusión de interceptaciones telefónicas en atención a los requisitos de procedencia

En la **audiencia de preparación de juicio oral**, el tribunal excluyó las interceptaciones telefónicas vinculadas con dos de los 14 hechos de la acusación. Para fundamentar tal decisión, entendió que el artículo 222 del Código Procesal Penal consagra el principio de proporcionalidad reglada en las interceptaciones telefónicas, con arreglo al cual sólo se permite la autorización judicial respecto de hechos que merecen pena de crimen o fueran constitutivos de simple delitos especialmente mencionados en el ordenamiento jurídico (delitos de la Ley N°20.000, algunos delitos sexuales, el tráfico de migrantes y trata de personas). Luego el tribunal declaró que, en estos casos, no está comprometido el principio de proporcionalidad puesto que hubo una causal legítima advertida por la magistrada que emitió la autorización, siendo la información adicional un producto casual de la actividad realizada con cobertura legal y constitucional, de lo que se concluye que la autorización no se obtuvo o ejecutó con infracción de derechos fundamentales, sin que concurra ninguna finalidad de la declaración de ilicitud de la prueba (no hay necesidad de desincentivar malas prácticas ni proteger la integridad del sistema). Sin embargo, el razonamiento judicial continúa destacando que únicamente puede usarse el contenido de las interceptaciones telefónicas sujeto al requisito de proporcionalidad reglada, con lo cual concluye que el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal limita el hallazgo casual sólo a hechos de la misma o mayor gravedad de los que autorizan la medida a través de una norma de clausura de la posibilidad de que el persecutor pretexate investigar crimen para obtener información para un simple delito. El tribunal agrega que aunque las penas de los hechos 4 y 5 por detención ilegal, allanamiento irregular y el delito del artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones se eleven conjuntamente a los niveles de las sanciones propias de los crímenes, la proporcionalidad reglada relaciona la naturaleza, gravedad y necesidad de

²² Se resumen las ideas expresadas en resolución de 30 de diciembre de 2012 pronunciada en audiencia y registrada en audio.

protección del bien jurídico del delito investigado con el derecho a la privacidad de las comunicaciones. Lo anterior le permite excluir la evidencia, declarando que no lo hacía porque haya sido obtenida con infracción de garantías constitucionales (que no la hubo por existir autorización judicial), sino por la prohibición de utilización de las interceptaciones telefónicas del artículo 223 y 225 del Código Procesal Penal.

VI. Sobreseimiento por falta de prueba

A raíz de las exclusiones vinculadas con hechos determinados de la acusación, se planteó una discusión que incide en la titularidad para solicitar el sobreseimiento en virtud del artículo 277 del Código Procesal Penal. La solicitud de sobreseer definitivamente, que fuera planteada por la defensa, fue rechazada por el juez de garantía; resolución que confirmó posteriormente la **Corte de Apelaciones de Santiago** con fecha **18 de marzo de 2014**. Como fundamento de esta decisión, el tribunal de alzada argumentó que los sostenedores de la acción penal dieron cuenta de medios de prueba no excluidos²³, declarando que el artículo 277 prevé una facultad propia del Ministerio Público en cuanto titular de la acción penal: “el artículo 277 inciso final del Código Procesal Penal, conforma la facultad del Ministerio Público para el caso de solicitar sobreseimiento definitivo de los antecedentes; esta situación legal, dista de los antecedentes sometidos a consideración por el ente persecutor en términos de los medios de prueba que considera esenciales para mantener la acusación fiscal. Se consagra además el carácter de titular del Ministerio Público respecto de la acción penal pública”²⁴. La Corte de Santiago, destacando las mejores posibilidades de valoración de la prueba que ofrece el juicio oral²⁵, reitera que el estándar de sobreseimiento es más alto que el de una absolución: “dicho estándar requiere que exista certeza respecto de la inexistencia del ilícito como también que fluya de los antecedentes la inocencia de los imputados que refiere el señor defensor, así, al no ocurrir, en absoluto, no puede aflorar la condición de decretar el sobreseimiento definitivo alegado”²⁶.

23 “Que, al efecto, se hace valer tanto por el Ministerio Público, como por el abogado querrelante del Ministerio del Interior y el representante del Consejo de Defensa del Estado, la existencia de otros medios de prueba que tienen, evidentemente, absoluta relación en los hechos signados con los numerales 4, 5 y dos sub hechos del numeral 9, que se consignan en la acusación deducida por el Fiscal del Ministerio Público” (considerando 2°).

24 Considerando 3°.

25 “Que debe entenderse, entonces, que el juicio oral implica a los intervinientes la posibilidad de testear –discutir– la evidencia respectiva, situación que no es dable concretar en esta instancia procesal atento a las facultades del tribunal de apelación que vela sobre la aplicación del estándar del artículo 250 del citado” (considerando 4°).

26 Considerando 5°.

VII. Suspensión del juicio por cambio de defensor

El 30 de abril de 2014, cuando ya había transcurrido alrededor de un mes de juicio oral, varios acusados manifestaron haber perdido la confianza en su defensora, lo que motivó que el tribunal designara otra representante. Así las cosas, el **1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago**, el **2 de mayo de 2014**, concedió un plazo de 30 días a la nueva defensora para interiorizarse en los antecedentes, por exigirle el irrestricto respecto del correcto ejercicio de la defensa de los acusados, entendiéndose que resultaba aplicable el artículo 286 del Código Procesal Penal; disposición que prima, por especialidad, sobre el artículo 283 del mismo cuerpo legal y que no establece límite temporal para que el defensor pueda interiorizarse de los antecedentes, por todo lo cual decretó el receso hasta el 2 de junio siguiente²⁷.

Sobre la base de lo resuelto en esta audiencia, algunas defensas recurrieron de amparo ante la **Corte de Apelaciones de Santiago**, tribunal que, por resolución de **15 de mayo de 2014**, rechazó la acción constitucional intentada, sin que fuera impugnada por vía de apelación. Como fundamento de lo resuelto, el tribunal de alzada confirma los argumentos de los jueces del fondo. Por un lado, destaca que la concesión del plazo fue solicitado por la defensoría penal pública²⁸, mientras que ratifica la interpretación dispensada al artículo 286 del Código Procesal Penal en cuanto norma de carácter especial que no regula la suspensión del juicio²⁹.

VIII. Reflexiones sobre la valoración de la prueba: credibilidad de los testigos

Las investigaciones por abusos policiales ofrecen una dificultad de base vinculada con las calidades de los ofendidos, pues habitualmente se hace víctima de esta clase de hechos a quienes previamente cuentan con “prontuario” en un sentido amplio del término. Por ello, es importante destacar las expresiones del tribunal de juicio oral sobre este punto: “las críticas formuladas por la defensa referidas a la calidad de las víctimas que comparecieron a estrados, las que fundamentó en que a éstas no podía creérselas ya que han defraudado las expectativas que se han puesto en ellas producto de las sanciones pena-

27 Se resumen las ideas expresadas en resolución de 2 de mayo de 2014 pronunciada en audiencia y registrada en audio.

28 “Que, por otra parte, no puede dejar de mencionarse que fue la propia defensoría penal pública, quien solicitó un plazo prudente, que estimó en 30 días, para asumir la defensa de algunos imputados, de lo cual se colige que ha concurrido a la materialización del vicio que luego denuncia a través de la presente acción constitucional” (considerando 6°).

29 “Que, finalmente, esta Corte estima que los jueces recurridos han hecho una correcta aplicación del artículo 286 del Código Procesal Penal, desde que éste tiene carácter especial y no regula la suspensión del juicio, como sí lo hace el artículo 283 del mismo cuerpo legal” (considerando 7°).

les que presentan en su extracto de filiación y antecedentes, deben ser desechadas del modo más rotundo, toda vez que aceptar un alcance de este tipo, implicaría efectuar *a priori* una valoración anticipada o prejuizgamiento de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral, circunstancia que repugna al ordenamiento procesal penal, considerando que en el nuevo sistema adjetivo punitivo que rige a la República, no existen testigos inhábiles, sin perjuicio de lo cual, el ordenamiento de marras ha establecido las herramientas adecuadas para apreciar la idoneidad o defecto de ella en un testigo, lo que emana de un principio constitucional básico, cual es, el consagrado en el artículo 1° de nuestra Constitución que preceptúa ‘*Las Personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*’, máxime si en el presente juicio oral, a la luz del interrogatorio y contrainterrogatorio pertinente realizado por los intervinientes, los atestados prestados en el lugar más relevante del proceso penal –la audiencia de juicio oral–, por los afectados [...] resultaron creíbles para el tribunal, al amparo de la valoración que se hizo de ellos y del resto de la prueba de cargo en general³⁰.

IX. El Ministerio Público como receptor idóneo de partes falsos

La discusión acerca de si los partes policiales remitidos al Ministerio Público configuran el delito del artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones fue introducida incluso antes del juicio, con ocasión de una solicitud de sobreseimiento de la defensa. En esta primera oportunidad, la pretensión fue rechazada, por resolución del **1° Juzgado de Garantía, de 21 de noviembre de 2013**, en atención a consideraciones formales (entenderlas de competencia del tribunal del fondo)³¹; decisión que confirma –en la misma línea– la **Corte de Apelaciones**, mediante resolución de **18 de diciembre** siguiente³².

30 Considerando 22°. Similar, considerando 30° en relación con el hecho 2, considerando 38° respecto al hecho 3.

31 “TJOP deberá establecer satisfacción de exigencias del tipo del artículo 22 DL 2460 LOC PDI, en cuanto si Ministerio Público es autoridad administrativa (personalmente no tengo dudas) o si entrega de información es a tribunales por intermedio de los Fiscales”.

32 Considerando 8°: “Que, el Defensor Penal Público, don Ricardo Flores Tapia, solicitó sobreseimiento definitivo en favor de los acusados [...], por los hechos descritos en la acusación y relativos a la infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, cuestionando que, en la especie, no habría sujeto pasivo; y respecto de los delitos de allanamientos ilegales, argumenta que se habrían efectuado con la debida autorización. El juez de primer grado rechazó tal petición, por tratarse de cuestiones y aspectos que deberán probarse y analizarse en el Tribunal de Juicio Oral, como se lee en el capítulo 4.- Hechos relativos a apremios ilegítimos, entrega de información falsa y allanamiento ilegal. Esta decisión, a criterio del Tribunal de Alzada, se encuentra ajustada al mérito de los antecedentes hasta ahora reunidos, pues los cuestionamientos deberán analizarse, como se dijo, por el Tribunal que conozca del juicio oral en que podrán replantearse los aspectos fácticos y jurídicos que los intervinientes consideren

Por su parte, para los jueces del fondo en la **sentencia definitiva**, “no se avizoró tal ausencia de tipicidad en la conducta de los acusados que en definitiva resultaron condenados en razón del ilícito de marras”³³. Como fundamento de esta conclusión, el tribunal del juicio oral cita “la claridad del contenido de la disposición contemplada en el artículo 22 del decreto ley N°2460”³⁴, entendiendo “que dentro de la expresión ‘autoridad administrativa’ se comprende a los Fiscales del Ministerio Público, no sólo porque dicha institución en lo que a su naturaleza jurídica concierne, ha sido definida y catalogada como una ‘autoridad administrativa’, lo que emana del artículo 76 y 83 de la Constitución Política de la República, en cuanto a la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los Tribunales que componen el Poder Judicial y del objeto y limitaciones de las facultades conferidas al Ministerio Público, respectivamente, sino porque su esencia de manera reiterada y uniforme ha sido refrendada en cuanto a la calidad de órgano administrativo de la Fiscalía, por el Tribunal Constitucional, lo que se desprende del fallo dictado en causa Rol N°1531-2009 del 10 de diciembre de 2009, teniendo presente que dicho organismo evidentemente no cumple ni puede cumplir jamás funciones jurisdiccionales, lo que obedece a la misión constitucional que le corresponde realizar dentro del proceso penal, en general, y, durante la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito, en particular, pues si bien su creación fue posterior al del origen de la disposición legal que nos ocupa, ello no es óbice para la inclusión del Ministerio Público en el concepto de ‘autoridad administrativa’ al que se refiere el invocado artículo 22, ya que en razón de dicho concepto, debe entenderse toda repartición del Estado que desempeñe una función en la instrucción y el enjuiciamiento criminal, lo que lleva a determinar que los Fiscales del Ministerio Público, respondan a dicha definición”³⁵. El tribunal rechazó la argumentación de la defensa, que invocaba las modificaciones a la legislación orgánica policial destinadas a adecuarlas al nuevo proceso penal, las que habían dejado incólume el tipo penal en análisis, entendiendo que ello se explica porque

pertinentes a sus posiciones acusatorias o exculpatorias, todo en relación a los hechos motivos de la acusación”.

33 Considerando 82°.

34 Considerando 82°.

35 Considerando 82°. El concepto que ofrece el tribunal está en coherencia con el que hemos ofrecido en otra oportunidad, concretamente en CORTÉS ZEPEDA, José Luis. “Consideraciones en torno a la falsedad en partes o informes policiales. Artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, p. 72, según el cual “por tal debe entenderse todo órgano del Estado que juegue un rol en la instrucción y el enjuiciamiento criminal, concepto que comprende, evidentemente, a la fiscalía”.

“el legislador no ha estimado necesario efectuar modificación alguna al contenido de la norma en cuestión, lo que encuentra su fundamento como se manifestó en un párrafo pretérito, en lo adecuado y claro del contenido del artículo 22 del cuerpo legal de marras”³⁶.

La **Corte Suprema**, rechazando el correspondiente capítulo de nulidad, ratificó las reflexiones de la sentencia, estimando que “el tribunal de la instancia ha resuelto adecuadamente el punto en debate”³⁷, para lo cual transcribe las reflexiones que se acaban de citar. En lo que constituye, sin embargo, la única decisión dividida del máximo tribunal en la sentencia comentada, declaró coherentemente que “[n]o resulta admisible, entonces, la limitación de sentido que propone la defensa sobre la base de la interpretación del tipo penal como una disposición autárquica, escindida del resto del ordenamiento jurídico, por cuanto los funcionarios condenados pertenecen a una institución que, conforme a la ley, es llamada a la colaboración en la investigación que el Ministerio Público dirige primordialmente, con potestades para impartirle instrucciones, conforme lo establece el artículo 4° de su Ley Orgánica, y cuyas infracciones acarrear la responsabilidad del Estado, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 5° de la misma ley. Por lo demás, su exclusión de las autoridades administrativas lo situaría en una especie de ‘limbo’, inaceptable en el Estado de Derecho, de la manera que la comprensión que de tales disposiciones realiza el tribunal es coherente con las restantes de rango constitucional y legal que la sentencia atacada cita y analiza y que permiten compartir lo razonado, considerando al Ministerio Público como uno de los sujetos susceptibles de protección por la disposición en estudio”³⁸.

36 Considerando 82°.

37 Considerando 24°.

38 Considerando 24 *in fine*. Con el voto en contra del ministro Dolmestch “quien estuvo por acoger la sección [...] por la que se denuncia la errónea aplicación [...] de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, al considerar que dicha disposición no resulta pertinente al caso en estudio, de manera que, previa anulación del fallo impugnado, estuvo por dictar sentencia absolutoria a su respecto [...] y, atendida la entidad de las sanciones restantes, reconocer a los acusados formas alternativas de cumplimiento de las penas privativas de libertad determinadas”, lo que fundamenta, esencialmente, en que, “reconocida como lo ha sido la decisión soberana del Poder Legislativo de no adecuar el tipo penal en comentario a las prescripciones y requerimientos del sistema procesal penal, no puede el sentenciador, mediante una interpretación de corte claramente analógico, extender la aplicación de un tipo específico a un supuesto de hecho que no ha sido establecido previamente”, “sin que sea admisible la reconducción de la persona del Ministerio Público a la referencia que la disposición analizada hace a las ‘autoridades administrativas’, al exceder su naturaleza y funciones de las aludidas en las restantes normas del mismo Decreto Ley, que permiten dotar de contenido y límites a la descripción típica aludida”.

X. Aplicabilidad de la eximente del artículo 206 del Código Penal a la falsedad en parte o informe policial

Efectuada la descripción típica, el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, remite al Código Penal, disponiendo que el autor “será castigado con arreglo a los artículos 206 y 207”. Algunas defensas argumentaron en el **recurso de nulidad** que la primera de estas disposiciones –que tipifica y sanciona el falso testimonio– contempla una exención para el caso en que se arriesgue peligro de persecución penal propia, que resultaría aplicable al caso concreto y que el tribunal habría dejado de aplicar³⁹. La **Corte Suprema** rechazó el capítulo de nulidad construido sobre este fundamento, para lo cual, en primer lugar, recordó que los “reproches [...] constitutivos de la causal de nulidad opuesta [...] deben recaer sobre lo debatido en el juicio, de manera que no resulta procedente que el tribunal sorprenda a los intervinientes asignando a los hechos establecidos una calificación que no ha sido objeto de debate, conclusión respaldada no sólo en la letra de la norma recién citada, sino también en la lógica que subyace al sistema de enjuiciamiento procesal penal, que entrega al ente acusador la decisión de determinar los extremos de lo que se lleva a juicio y a las partes la modulación del debate que recae sobre tales presupuestos”⁴⁰, siendo esta “prohibición que grava al tribunal en orden a resolver la litis sobre la base de argumentaciones que no han sido sometidas al contradictorio de las partes resulta extensiva a los intervinientes, que no se encuentran facultados para reclamar como constitutiva de error de derecho la omisión de aplicación de institutos que no han sido ventilados en el juicio, toda vez que tal conducta impide la realización del debate que es propio de la mecánica de la decisión de los asuntos previa audiencia, impidiendo la discusión sobre la concurrencia de sus supuestos. Tal es el caso de la exención cuya concurrencia se postula, la que tiene el carácter de alegación nueva para los fines de este proceso, por lo que no podrá ser atendida”⁴¹.

39 El texto del inciso final del artículo 206 del Código Penal, declara que “[e]stán exentos de responsabilidad penal por las conductas sancionadas en este artículo quienes se encuentren amparados por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal”. Esta disposición, a su vez, establece que “[t]odo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito”, agregando en el inciso segundo que “[e]l testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero”, esto es, “el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado” (entre los cuales hay algunos que son discutibles porque no tienen la calidad de parientes).

40 Considerando 31°.

41 Considerando 32°.

Aunque la Corte Suprema no entró al fondo del asunto, poderosas razones hablan a favor de rechazar la exención de no autoincriminación al delito de falsedad en parte o informe policial. Puesto que no podemos entrar a analizar a fondo cada una de ellas, sólo nos limitaremos a enunciar las más importantes, entre las cuales está, por supuesto, que la remisión se realiza únicamente para efectos de la penalidad, no para las restantes que puedan surgir allí, como lo es esta eximente. Por otro lado, la remisión no se dirige únicamente al artículo 206 del Código Penal, sino también al artículo siguiente, que contempla la presentación de medios de prueba falsos en juicio, cuya penalidad es coincidente con la del falso testimonio, mas no contempla la exención que pretendía aplicar la defensa. Por último, sea cual fuere la calificación jurídica que se pretenda atribuir a esta exención, se impone una aplicación restrictiva: si se la entiende como una causal que elimina la exigibilidad de otra conducta y la culpabilidad, no debe olvidarse que esta eximente se reserva para hipótesis extremas en que el Derecho reconoce que no puede exigirle a un sujeto que se abstenga de realizar una conducta prohibida en general a todos los ciudadanos; de interpretársela como una excusa legal absolutoria que hace desaparecer la punibilidad, dejando intacto el delito, ha de recordarse que estas excusas legales –como la aplicable al hurto, daños y defraudaciones entre parientes–, en cuanto suponen una renuncia a la pena por razones político criminales, sólo deberían ser concedidas por el titular del derecho a imponerla, esto es, el legislador.

XI. Otras consideraciones relativas al delito de falsedad en parte o informe policial

La sentencia definitiva, por su extensión, contiene múltiples reflexiones de interés, algunas de las cuales ya han sido referidas más arriba. Ahora buscaremos dar cuenta de aquellas que dicen relación con el delito del artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones⁴², fuera de la recién analizada discusión respecto al papel del Ministerio Público como receptor de partes policiales falsos, que fue uno de los temas discutidos a lo largo del juicio.

La sentencia relaciona la **conducta típica** –descrita legalmente como faltar maliciosamente a la verdad– con la especie de **falsedad ideológica**, aunque ha de reconocerse que no interpreta la norma ni le atribuye esta calificación, centrándose en el pronunciamiento en los hechos. En efecto, el tribunal entendió

42 Artículo 22.- Todo funcionario de Policía de Investigaciones de Chile que faltare maliciosamente a la verdad en los informes a sus superiores y particularmente en los partes enviados a los tribunales o a las autoridades administrativas, será castigado con arreglo a los artículos 206 y 207 del Código Penal.

que concurrían los elementos típicos porque “los sujetos activos del delito incurrieron en una falsedad ideológica [...] al faltar a la verdad [...]”⁴³.

Siguiendo con la conducta típica, la interpretación que atribuyen los juzgadores parece aceptar la posibilidad de cometer el delito mediante la **omisión de antecedentes relevantes**. Así, entiende el tribunal que las falsedades dicen relación no sólo con “la circunstancia de haber detenido al imputado [...] por un delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, sino que además, a otras tres personas, suceso que omitieron informar a la autoridad administrativa destinataria del mismo –la Fiscalía de Flagrancia de la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente”⁴⁴. Estas ideas quedan de manifiesto también cuando se analiza la participación en este delito: “la participación punible de los acusados [...], en la realización de dicho ilícito emana del propio informe policial [...], el que fue suscrito materialmente por los encausados en comento, quienes pese a que intervinieron de una manera inmediata y directa en la privación de libertad de tres personas, acorde a lo razonado en acápites anteriores, no informaron de tal circunstancia a la Fiscalía de Flagrancia de la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente, no obstante que los reseñados policía, en razón del deber legal que tenían de ser veraces en el ejercicio de sus funciones a la luz de la calidad de funcionarios públicos que detentan, tenían la obligación de consignar, lo que no efectuaron, incurriendo deliberadamente en la citada falsedad ideológica al faltar a la verdad en relación a la circunstancia de haber detenido junto al imputado [...] por un delito de tráfico de pequeñas cantidades, a otras tres personas, cuestión de la que éstos cuatro encausados no sólo tenían cabal conocimiento que ocurrió, sino que además, junto a otros dos coacusados, llevaron a cabo directamente, de lo que se desprende desde un punto de vista lógico, que al omitir tan importante antecedente en el parte policial de marras, ejecutaron dicha conducta con dolo directo de primer grado [...]”⁴⁵.

En el proceso de atribuir a los hechos esta calificación jurídica, además, el tribunal del juicio oral proclamó que el **bien jurídico protegido** es la correcta administración de justicia⁴⁶, a cuyo respecto más adelante declaró como “pilar y base primigenia de un debido proceso, el que se encuentra consagrado tanto en el artículo 1° del Código Procesal Penal, como en el artículo 19 N°3 inciso

43 Considerando 18° (letra B, *in fine*). Similar, respecto del hecho 6 el considerando 46° (letra B, *in fine*) y el considerando 48° (letra d), respecto del hecho 14 el considerando 75°.

44 Considerando 18° (letra B, *in fine*).

45 Considerando 19° (letra C). Similar, respecto del hecho 2 el considerando 27° (letra C), respecto del hecho 14 el considerando 75°.

46 “[...] afectando de un modo decisivo el bien jurídico protegido en virtud de la disposición de marras, cual es, la correcta administración de justicia” (considerando 18°, letra B, *in fine*). Similar, considerando 26° (letra C) respecto del hecho 2, el considerando 34° (letra C, *in fine*), el considerando 48° (letra d) respecto del hecho 6, el considerando 75° respecto del hecho 14.

quinto de nuestra Carta Fundamental⁴⁷. El tribunal del juicio oral describió el bien jurídico de la siguiente forma: “la Administración de Justicia’ [...] ha sido definido desde una óptica funcional como ‘la función pública cuyo contenido consiste en declarar coactivamente, con exclusividad e independencia, el derecho aplicable a un supuesto fáctico particular cuya identidad es controvertida, o respecto del cual, se discute la norma que debe regirlo o el sentido o alcance de tal norma’ (tomado de la obra ‘Delitos Contra la Función Pública’, de Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandon Widow, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, página 163)”⁴⁸. En otro lugar, recurre a otra referencia para explicitar el contenido del objeto jurídico del delito en cuestión, declarando que en los hechos se había vulnerado “de un modo irreversible en la forma descrita por el autor Javier Willenmann en su obra ‘La Administración de Justicia como un bien jurídico’, ‘la justa aplicación del derecho, connatural a la actividad jurisdiccional’, esto es, la Administración de Justicia”⁴⁹.

XII. Consideraciones relativas al delito de apremios ilegítimos del artículo 150 A

Sin elaborar mayormente, el tribunal oral en la **sentencia definitiva** resolvió conforme una interpretación que compatibiliza el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 A del Código Penal con una **privación de libertad ilegítima**. Cabe recordar que, de acuerdo con al inciso 1° de esta disposición, los tormentos o apremios han de aplicarse “a una persona privada de libertad”. Luego de declarar que una de las víctimas –A.P.P.–, se encontraba privada de su libertad arbitraria, ilegítima e ilegalmente, el tribunal estableció que ella “fue objeto y se le infligió dolosamente por agentes del Estado en el ejercicio de sus funciones, mientras estaba privada de libertad, en un contexto de amenazas y coacción, en la forma que expresamente lo tipifica el legislador punitivo, de un dolor y un sufrimiento mental [...]”⁵⁰.

47 Considerando 20 (letra c). Similar, respecto del hecho 2 el considerando 28°(letra d); en relación al hecho 4 el considerando 48°(letra d), a propósito del hecho 14 el considerando 77°.

48 Considerando 28°(letra d). Similar, respecto del hecho 4 el considerando 48°(letra d).

49 Considerando 36°(letra d).

50 Considerando 18°(letra A, *in fine*). Similar, considerando 26°(letra B, *in fine*) respecto del hecho N°2.

Respecto del hecho 3, pareciera referirse también al caso de una privación de libertad legítima: “[...] fue privado de su libertad de desplazamiento y autodeterminación, a causa de la realización a su respecto de la figura procesal del artículo 85 del Código Procesal –un control de identidad–, en virtud del cual, fue llevado a la unidad policial sin su voluntad, [...] en cuyo lugar fue objeto y se le infligió [...] un dolor y un sufrimiento mental [...]” (considerando 34°, letra A, *in fine*).

Más aún, en otro lugar y respecto de otro hecho, el tribunal parece exigir que la privación de libertad sea ilegítima, optando por rechazar la calificación de apremios ilegítimos en caso contrario. El tribunal sostuvo –junto con otras razones vinculadas con la gravedad– que el hecho 13 “se encuadra únicamente dentro de la figura típica del inciso final del artículo 85 del Código Procesal Penal y no responde a las planteadas por los acusadores –en este caso–, a la de apremios ilegítimos del inciso primero del artículo 150A del Código Penal, toda vez que no se justificó atendido la forma que el propio ofendido lo describió en la audiencia de juicio, que fuera objeto de una privación de libertad ilegítima o ilegal o que sin derecho se le hubiere detenido”⁵¹.

Con todo, esta decisión pareciera estar en contradicción con lo resuelto en la misma sentencia en el hecho 3, a cuyo respecto entendió acreditado “un delito de apremios ilegítimos del inciso tercero del artículo 150 A del Código Penal ejecutado en contra de la víctima [...], merced a cuyo testimonio, que estuvo dotado de un contundente y serio correlato probatorio, se estableció que fue privado de su libertad de desplazamiento y autodeterminación, a causa de la realización a su respecto de la figura procesal del artículo 85 del Código Procesal –un control de identidad–, en virtud del cual, fue llevado a la unidad policial sin su voluntad, en donde debió permanecer forzosamente [...]”⁵².

Por otra parte, los jueces entendieron que esta conducta afectaba “**bienes jurídicos** de la más relevante importancia como la libertad personal y la seguri-

51 Considerando 71°.

52 Considerando 34° (letra A, *in fine*). En el mismo sentido, los considerandos 35° (letra A) y 36° (letra a): “Así, el comportamiento del acusado [...], de acuerdo a la ilegítima conducta que realizó –infligir sufrimiento a una persona indefensa y que estaba privada de su libertad merced a un control de identidad que se le estaba realizando en la unidad–, da cuenta y refrenda, más allá de toda duda razonable, que llevó a cabo el tipo penal del inciso tercero del artículo 150 A del Código Penal”; “en instantes en que se encontraba, como ha sido analizado latamente, privado de su libertad en la Brigada de Investigación Criminal de Pudahuel, debido a un control de identidad en razón del cual fue conducido a dicho lugar”. Ello pareciera confirmado porque, si bien se emitió decisión condenatoria por el delito de detención ilegal, ella dijo relación con una víctima distinta (ver considerando 34°, letra B, *in fine*), rechazándose la condena a este título respecto del imputado en cuestión: “en lo que compete a un delito de detención ilegal del artículo 148 del Código Penal, que se habría cometido en contra de [...], tal imputación fue rechazada por el tribunal, toda vez que la citada atribución de responsabilidad penal no resultó justificada [...], ya que no obstante éste fue interceptado por funcionarios policiales en la vía pública y fue llevado a las dependencias de la Brigada [...], dicha actividad policial respondió a la figura contemplada en el artículo 85 del Código Procesal Penal, la que autoriza expresamente a éstos a conducir a la persona objeto del control a la unidad policial más cercana para fines de identificación, lo que si bien, en la práctica constituye una conculcación de la libertad de desplazamiento y de autodeterminación, es una facultad que está contemplada en el sistema procesal penal vigente en el territorio de la república, máxime si M.C. fue observado efectuando una transacción de drogas [...]” (considerando 37°).

dad individual”⁵³, agregando también, en otros hechos, las ideas de “integridad física y psicológica de una persona”⁵⁴ y “la seguridad individual como presupuesto de la libertad”⁵⁵.

A propósito de la participación, el tribunal realiza algunas reflexiones en la línea de entender que la **circunstancia calificante del inciso 3°**—compeler a efectuar una confesión, prestar una declaración o entregar información— constituye un elemento subjetivo del tipo, por cuanto parece entender que no es necesario que éste se realice, sino que la verificación le sirve para deducir inductivamente la concurrencia de este ánimo especial: “establecido acorde al correlato probatorio de su versión, lo que se explica, a la luz de un análisis lógico inductivo, en razón del propósito delictivo común del que se evidenció estaban imbuidos una vez que se privó ilegítimamente de libertad a las tres personas, cual era, el de obtener información acerca de un lugar en donde hubiese más droga, lo que merced a este acto de compeler a la víctima al efecto, consiguieron, aceptando y asumiendo los acusados precedentemente singularizados los medios coactivos ejecutados para concretar el fin buscado, a la luz de las acciones que realizaron ulteriormente todos ellos —acudir a allanar la casa de una traficante de drogas—, considerando que la invocada dinámica de hechos, de acuerdo a los principios de la lógica, esto es, según el Diccionario de la RAE [sic] Academia de la Lengua Española ‘lo que se dice comúnmente de toda consecuencia natural, del suceso cuyos antecedentes justifican lo sucedido’ aconteció efectivamente”⁵⁶.

Otro aspecto de interés que habitualmente se presenta en causas por apremios ilegítimos es la **relación entre las distintas figuras** que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Sobre esta cuestión, la sentencia definitiva contiene también reflexiones de interés en el marco de la recalificación que hizo respecto del hecho 13 a la figura de abuso contra particulares cometida en el control de identidad (artículo 85 inciso final del Código Procesal Penal en relación con el artículo 255 del Código Penal)⁵⁷. Un antecedente que parece ser relevante para la decisión del tribunal tiene relación con la gravedad y

53 Considerando 18°(letra A, *in fine*). Esta declaración está hecha también respecto del delito de detenciones ilegales del artículo 148 del Código Penal.

54 Considerando 26°(letra B, *in fine*). Similar, respecto del hecho 3 el considerando 34°(letra A, *in fine*).

55 Considerando 36°(letra a).

56 Considerando 19°(letra B).

57 El inciso final del artículo 85 del Código Procesal Penal es del siguiente tenor: “Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal”.

la naturaleza de los vejámenes⁵⁸. Amén de rechazar por consideraciones a la privación de libertad de la víctima, el tribunal razona de la siguiente manera: según la descripción del ofendido, “*los policías no lo trataron mal ni le dijeron algo –salvo la orden para que se desnudara–*, ni menos se sintió víctima en aquella oportunidad, añadiendo con toda lógica, que no obstante ello, lo ocurrido no le gustó ya que fue ‘fome’, descripciones que en nada se condicen con la convergencia de los requisitos contemplados por el legislador sustantivo para hacer lugar a los delitos que le fueron atribuidos al acusado de marras, en especial el tan execrable ilícito de apremios ilegítimos, lo que lleva a desechar las calificaciones primitivas planteadas [...] y, aplicar exclusivamente aquella contemplada en el referido artículo 85 del citado cuerpo legal en relación al artículo 255 del Código Penal [...]”⁵⁹.

La problemática es tributaria de la coexistencia en nuestro ordenamiento de tipos penales muy similares, los cuales, no obstante, tienen asignadas penalidades disímiles. Es el caso del delito de abuso contra particulares del artículo 255 del Código Penal, que sanciona al empleado público que *comete cualquier vejación injusta o usa apremios ilegítimos e innecesarios*, el delito del artículo 150 A que gira en torno a la idea de *aplicar tormentos o apremios ilegítimos físicos o mentales*, a lo que puede agregarse todavía la figura del artículo 19 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, construida sobre la prohibición de ejecutar *actos de violencia* destinados a obtener declaraciones. La conducta típica con que trabaja el tribunal no es directamente la de los apremios ilegítimos (cometer vejaciones injustas o usar apremios ilegítimos o innecesarios), pues se refiere al artículo 85 de la legislación adjetiva (abuso en el ejercicio de un control de identidad), que se podría interpretar como una conducta típica adicional y no como una mera remisión. Hecha esa prevención, ha de reconocerse, en primer lugar, que existen espacios de coincidencia entre las figuras del artículo 150 A y del 255, incluso literales, como la referencia “apremios ilegítimos”, aunque, del otro lado, también es posible identificar diferencias, lo que se presenta, verbigracia, en la definición del ofendido como “privado de libertad”. La sentencia en comentario arroja luces sobre un criterio delimitador (si es que hay uno), no obstante que pareciera adherirse al criterio de la gravedad –conforme al cual la primera hipótesis delictiva

58 “[...] dentro del contexto del control de identidad que le estaban realizando, [...] lo obligaron a desnudarse y efectuar sentadillas reiteradas con sus manos arriba, circunstancias en las que explicó no fue golpeado, amenazado ni insultado, las que en todo caso constituyeron acciones que excedieron con mucho las atribuciones que el legislador adjetivo otorga a las policías para llevar a cabo la actuación policial denominada ‘Control de Identidad’, [...] incurriendo el detective singularizado en lo que al ejercicio de la atribución legal concierne, en un abuso en relación al ciudadano sujeto de la actividad policial” (considerando 71°).

59 Considerando 71°. En el considerando siguiente entiende que el bien jurídico protegido por este delito es “la integridad psíquica”.

capta los hechos de mayor gravedad, el segundo, los menos intensos⁶⁰. Si así fuera, se rechazaría tanto la tesis según la cual el artículo 255 fue derogado tácitamente⁶¹, como el recurso de erigir al carácter de privado de libertad de la víctima como diferencia⁶², afirmación esta última que no puede hacerse tajantemente, ya que el tribunal –como se vio– echa mano a este criterio también. La dificultad que plantea el criterio de la gravedad –compatible con que apremios a privados de libertad sean captados por el delito del artículo 255, cuando ellos sean “menos graves”– reside básicamente en su indeterminación, amén de que desconoce la gravedad connatural derivada de la dependencia e indefensión de quien está privado de libertad ante su custodio.

XIII. Consideraciones relativas al delito de detención ilegal

Varias referencias pueden encontrarse en la **sentencia definitiva** con respecto a este tipo penal, pero aquí haremos mención únicamente a las reflexiones sobre la **relación de esta figura con el delito de secuestro**. El tribunal oral en la sentencia definitiva rechazó la calificación propuesta por el querellante institucional, decantándose por la detención ilegal invocando razones de especialidad: “se desechó la calificación jurídica alternativa propuesta al efecto por

60 Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 5 de septiembre de 2006, RUC N°0400385328-K, RIT N°083-2005: “resulta sensato y prudente abstenerse de calificar como constitutivo de ‘tormento’ o ‘apremio ilegítimo’ a cualquier conducta, sin discriminar previamente en cuanto a su mayor o menor gravedad, puesto que necesariamente hay que distinguir la intensidad o gravedad del procedimiento al que se somete al sujeto pasivo, sin que baste para el efecto, como sostuvo el fiscal acusador, que el sujeto pasivo se encuentre privado de libertad” (considerando 14°).

61 POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*. 2ª ed., reimp. 2007, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 515: “Con la actual regulación del art. 150-A CP, esta figura [del artículo 255] ha quedado completamente desplazada en lo que se refiere a los apremios ilegítimos y, en lo referido a los vejámenes, en la medida que ellos se contemplan dentro de la aplicación de tormentos a que hace referencia esta última disposición.” Ahora también MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, Tomo II, p. 309.

62 Así, Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, 6 de octubre de 2010, RUC N°0800871573-8, RIT N°82-2010 (considerando 11°). También ORTEGA FORNER, Claudia. “Abuso contra particulares, violencia innecesaria y delito de tortura”. En: *Boletín UDFPP*, N°1, págs. 19-20: “No exige privación de libertad respecto de la víctima u otras circunstancias especiales. Por consiguiente, frente a otras normas de carácter más específico, adquiere la calidad de residual, y generalmente será aplicada cuando se logren acreditar las vejaciones o apremios ilegítimos, sin las consecuencias descritas en los tipos penales que analizaremos a continuación”. En la misma línea, respecto de la figura que antecedió al artículo 150 A, ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte especial*. 3ª ed., reimp. 2010, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo IV, p. 234: “El Art. 150, que es especial con respecto al 255, sanciona especialmente a los funcionarios públicos que decretaren o prolongaren indebidamente la incomunicación de un reo, le aplicaren tormentos o usaren con él un rigor innecesario”.

el querellante Consejo de Defensa del Estado –tres secuestros del inciso primero del artículo 141 del Código Penal en relación a las víctimas que fueron singularizadas en el apartado precedente–, al estimarse que dicha proposición punitiva en virtud del principio de especialidad, fue desplazada, a la luz de la conducta, forma de comisión del ilícito y calidades de los sujetos activos del hecho punible, por otra tipo penal, cuestión que se traduce, conforme se acaba de fundamentar, en que el comportamiento ejecutado por los hechos fuera encuadrado en la figura típica del artículo 148 del Código Sustantivo ya analizada y no en la requerida por el interviniente de marras⁶³.

XIV. Consideraciones relativas al delito de allanamiento irregular

De entre las varias reflexiones que, a lo largo de la sentencia, el tribunal reserva al delito del artículo 155 del Código Penal, destacaremos las que se realizan a propósito de un hecho, el 14, por el que se absolvió, en atención al elemento subjetivo. Los jueces, a pesar de tener por acreditado que los acusados ingresaron al domicilio sin autorización judicial (porque la que tenían era para otro domicilio), absuelven porque “no fue posible establecer superando todo cuestionamiento serio, real y articulado, que los citados acusados tuvieron conocimiento que el ingreso que realizaron aquella vez, lo efectuaran a otro domicilio y en consecuencia, tuviesen conciencia que estaban cometiendo un delito –un allanamiento irregular–, lo que se desprende de la forma en que la diligencia policial se materializó”⁶⁴. Continúa el tribunal calificando la situación como un error de prohibición invencible: “no se demostró que el subinspector [...] y el detective [...], ni menos el inspector [...] actuando en calidad de encubridor, llevaran a cabo en este caso una acción penada por la ley, pues se estableció que éstos obraron erróneamente en la creencia que ejecutaban en aquella oportunidad y lugar una conducta típica que estaba cubierta por una causal de justificación –una orden judicial de entrada, registro e incautación emanada de un Tribunal de la República–, convergiendo a su respecto un error de carácter invencible sobre las circunstancias que determinaban la licitud de su comportamiento al creer que actuaban conforme a derecho, al tenor de los razonamientos y probanzas abordados antaño, lo que configuró lo que ha sido denominado por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia como un ‘error de prohibición’, lo que llevó, debido a esta falta de conciencia de la ilicitud de sus actos, a absolver a los reseñados encausados en lo que respecta a los cargos formulados en su contra por un delito del artículo 155 del Código Penal por el que fueron acusados [...]”⁶⁵.

63 Considerando 20 (letra a, *in fine*). Similar, respecto del hecho 2 el considerando 28° (letra b, *in fine*).

64 Considerando 78°.

65 Considerando 78°.

XV. Relación entre la responsabilidad penal y las decisiones en sede disciplinaria

Es habitual la pregunta acerca del efecto de las decisiones que en materia administrativa (disciplinaria) pronuncie el superior jerárquico del funcionario que, a la vez, es imputado en proceso criminal por los mismos hechos. Más allá del valor probatorio que pueda rendir (si la afirma, como prueba de cargo; en caso contrario, como arma de defensa), el pronunciamiento de la sentencia definitiva, afirmando el principio de independencia de la responsabilidad, es de primer interés: “no incidió en lo resuelto la resolución que dio cuenta del sobreseimiento definitivo que se pronunció en el sumario administrativo N°196-2012/117-2013 de 29 de octubre de 2013 de los funcionarios policiales acusados en el hecho II, según se lee en el ofrecimiento de la prueba, lo que encuentra su motivación en la naturaleza de ella, la que obviamente no guarda pertinencia ni vinculación con la decisión adoptada en este juicio oral, la que responde a una esfera procesal penal y no a una administrativa”⁶⁶.

Texto Completo de la sentencia⁶⁷

Santiago, veinticuatro de marzo de dos mil quince.

Vistos:

En estos antecedentes RUC 1200611251-8, RIT 17-2014, del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago han recurrido de nulidad las defensas de los sentenciados Godfrey Gamboa Tapia, José Luis Marquez Areyuna, Kurt Borneck Gutiérrez, Bruno Medina Blanco, Juvenal Pérez Blanco, Daniel Urrutia Arriagada y Fabián Arévalo Sepúlveda en contra de la sentencia de cinco de enero del año en curso, que está agregada de fojas 63 a 682 de estos antecedentes que los condenó a las siguientes penas privativas de libertad:

1.- al acusado **GODFREY RAFAEL GAMBOA TAPIA** a la pena de mil ochenta (1080) días de presidio menor en su grado medio, multa de dos Unidades Tributarias Mensuales y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de dos delitos de infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, cometidos los días 21 y 22 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de cuatrocientos ochenta (480) días de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión del empleo en su grado mínimo por un año y suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de ocho delitos de detención ilegal del artículo 148 del citado cuerpo legal, cometidos en contra de las víctimas A.P.P.,

⁶⁶ Considerando 31°.

⁶⁷ Corte Suprema, sentencia dictada en los autos ingreso N°1.323-2015 de fecha 24 de marzo de 2015.

M.A.U., J.P.P., V.R.R., P.G.M., R.G.M., A.M.S. y P.R.G., el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de sesenta (60) días de prisión en su grado máximo, sin costas, en calidad de autor de un delito de allanamiento ilegal del artículo 155 del citado cuerpo legal, cometido el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de tres (3) años de presidio menor en su grado medio y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso tercero del artículo 150 a del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima A.P.P. el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago.

2.- al acusado **JOSÉ LUIS MÁRQUEZ AREYUNA**, a la pena de mil ochenta y dos (1082) días de presidio menor en su grado medio, multa de dos Unidades Tributarias Mensuales y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor al tenor del artículo 15 N°1 del Código Penal, de dos delitos de infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, cometidos los días 21 y 22 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de cuatrocientos ochenta y ocho (488) días de reclusión menor en su grado mínimo, a la de suspensión del empleo en su grado mínimo por un año y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de ocho delitos de detención ilegal del artículo 148 del citado cuerpo

legal, cometidos en contra de las víctimas A.P.P., M.A.U., J.P.P., V.R.R., P.G.M., R.G.M., A.M.S. y P.R.G., el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de sesenta y un (61) días de reclusión menor en su grado mínimo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de allanamiento ilegal del artículo 155 del citado cuerpo legal, cometido el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo y a la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso tercero del artículo 150 a del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima A.P.P. el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago.

3.- al acusado **KURT GERMÁN BORNECK GUTIÉRREZ** a la pena de tres (3) años de presidio menor en su grado medio, a una multa de tres Unidades Tributarias Mensuales y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de tres delitos de infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, cometidos los días 12 y 31 de julio y 30 de agosto de 2012, respectivamente, en la ciudad de Santiago; a la pena de ciento ochenta (180) días de reclusión menor en su grado mínimo, a la de suspensión del

empleo en su grado mínimo por el mismo periodo de tiempo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de tres delitos de detención ilegal del artículo 148 del citado cuerpo legal cometidos en contra de las víctimas C.C.E. y de A.M.S. y J.A.G., los días 12 y 31 de julio de 2012, respectivamente, en la ciudad de Santiago; a la pena de ciento veinte (120) días de reclusión menor en su grado mínimo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de dos delitos de allanamiento ilegal del artículo 155 del citado cuerpo legal, cometidos los días 12 y 31 de julio de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de tres (3) años de presidio menor en su grado medio y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso tercero del artículo 150 A del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima P.M.C. el día 12 de julio de 2012 en la ciudad de Santiago.

4.- al acusado **DANIEL MOISÉS URRUTIA ARRIAGADA**, a la pena de trescientos cinco (305) días de presidio menor en su grado mínimo, a una multa de cinco Unidades Tributarias Mensuales y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de cinco delitos de infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía De Investigaciones de Chile, cometidos los días 21 y 22 de marzo, 12 y 31 de julio y 30 de agosto, todos de 2012, respec-

tivamente, en la ciudad de Santiago; a la pena de trescientos (300) días de reclusión menor en su grado mínimo, a la de suspensión del empleo en su grado mínimo por el mismo periodo de tiempo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor, de once delitos de detención ilegal del artículo 148 del citado cuerpo legal cometidos en contra de las víctimas A.P.P., M.A.U., J.P.P., V.R.R., P.G.M., R.G.M., A.M.S. y P.R.G. el día 21 de marzo de 2012 y en contra de C.C.E. y de A.M.S. y J.A.G., los días 12 y 31 de julio de 2012, respectivamente, en la ciudad de Santiago; a la pena de sesenta y un (61) días de reclusión menor en su grado mínimo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de tres delitos de allanamiento ilegal del artículo 155 del citado cuerpo legal, cometido los días 21 de marzo, 12 y 31 de julio, todos de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de quinientos cuarenta (540) días de presidio menor en su grado medio y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso primero del artículo 150 A del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima V.R.R. el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de tres (3) años de presidio menor en su grado medio y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso ter-

cero del artículo 150 a del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima A.P.P. el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago.

5.- al acusado **JUVENAL ANTONIO PÉREZ BLANCO** a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, a una multa de cuatro unidades tributarias mensuales y a la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, sin costas, en calidad de autor de cuatro delitos de infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, cometidos los días 21 y 22 de marzo, 12 y 31 de julio, todos de 2012, en la ciudad de Santiago; a la pena de quinientos cuarenta y un (541) días de reclusión menor en su grado medio, a la de suspensión del empleo en su grado mínimo por un año y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor al tenor del artículo 15 n°1 del código penal, de once delitos de detención ilegal del artículo 148 del citado cuerpo legal, cometidos en contra de las víctimas A.P.P., M.A.U., J.P.P., V.R.R., P.G.M., R.G.M., A.M.S. y P.R.G. el día 21 de marzo de 2012 y en contra de C.C.E. y de A.M.S. y J.A.G., los días 12 y 31 de julio de 2012, respectivamente, en la ciudad de Santiago; a la pena de ciento ochenta y tres (183) días de reclusión menor en su grado mínimo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de tres delitos de allanamiento ilegal del artículo 155 del citado

cuerpo legal, cometido los días 21 de marzo, 12 y 31 de julio, todos de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, a la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso tercero del artículo 150 a del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima A.P.P. el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago.

6.- al acusado **BRUNO SEBASTIÁN MEDINA BLANCO** a la pena de quinientos cuarenta y un (541) días de presidio menor en su grado medio, a una multa de una unidad tributaria mensual y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, cometido el día 22 de marzo de 2012, en la ciudad de Santiago; a la pena de cuatrocientos ochenta y ocho (488) días de reclusión menor en su grado mínimo, a la de suspensión del empleo en su grado mínimo por un año y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de ocho delitos de detención ilegal del artículo 148 del citado cuerpo legal, cometidos en contra de las víctimas A.P.P., M.A.U., J.P.P., V.R.R., P.G.M., R.G.M., A.M.S. y P.R.G., el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de sesenta y un

(61) días de reclusión menor en su grado mínimo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de allanamiento ilegal del artículo 155 del citado cuerpo legal, cometido el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de cuarenta y un (41) días de presidio menor en su grado medio y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso primero del artículo 150 a del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima V.R.R. el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, a la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso tercero del artículo 150 a del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima A.P.P. el día 22 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago.

7.- al acusado **FABIÁN ANDRÉS ARÉVALO SEPÚLVEDA** a la pena de mil ochenta y dos (1082) días de presidio menor en su grado medio, a una multa de dos unidades tributarias mensuales y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de dos delitos de infracción al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, cometidos los días

22 de marzo y 31 de julio de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de trescientos cinco (305) días de reclusión menor en su grado mínimo, a la de suspensión del empleo en su grado mínimo por el mismo periodo de tiempo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de cinco delitos de detención ilegal del artículo 148 del citado cuerpo legal, cometidos en contra de las víctimas A.P.P., M.A.U. y J.P.P. y de A.M.S. y J.A.G., los días 21 de marzo y 31 de julio de 2012, respectivamente, en la ciudad de Santiago; a la pena de ciento veintidós (122) días de reclusión menor en su grado mínimo y a la de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, sin costas, en calidad de autor de dos delitos de allanamiento ilegal del artículo 155 del citado cuerpo legal, cometidos los días 21 de marzo y 31 de julio de 2012, respectivamente, en la ciudad de Santiago; a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, a la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, sin costas, en calidad de autor de un delito de apremios ilegítimos del inciso tercero del artículo 150 a del citado cuerpo legal, cometido en contra de la víctima A.P.P. el día 21 de marzo de 2012 en la ciudad de Santiago; a la pena de sesenta y un (61) días de suspensión del empleo en su grado mínimo y a una multa de una unidad tributaria mensual, sin costas, en calidad de autor de un

delito de abusos contra particulares previsto en el artículo 85 del código procesal penal en relación al artículo 255 del código penal, cometido en contra de la víctima L.S.A. el día 17 de agosto de 2012 en la ciudad de Santiago.

El referido fallo no dispone para los sentenciados recurrentes penas alternativas, ordena su cumplimiento efectivo una a continuación de la otra, principiando por la más grave, reconociéndoles como abono el período de privación de libertad experimentado por cada uno de ellos desde el 17 de octubre de 2012, según da cuenta el Auto de Apertura, y les exime de todo apremio por vía de sustitución en el caso de no poder pagar las multas impuestas, en atención al quantum de las sanciones impuestas en definitiva.

Contra este dictamen, las defensas de los sentenciados indicados precedentemente dedujeron recursos de nulidad invocando todos ellos, en forma principal, la causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal. Asimismo, los condenados Urrutia, Pérez, Arévalo, Gamboa y Medina dedujeron subsidiariamente la causal consagrada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por los motivos que indican. Los sentenciados Marquez y Borneck, a su turno, invocaron también la causal contemplada en la letra e) del artículo 374 del Código adjetivo, recursos que fueron declarados admisibles y se ordenó pasar estos antecedentes al señor Presidente para que fijase audiencia con el objeto de conocer de ellos.

A fojas 925 y 926 corren actas levantadas con ocasión de la celebración de las audiencias de la vista, fijándose fecha de lectura de sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que sin perjuicio de la forma y oportunidad en que han sido deducidos los recursos de autos, por razones de orden se abordarán las causales de nulidad esgrimidas en forma temática, esto es, analizando en primer término aquella que da competencia a este tribunal y que ha sido invocada por todas las defensas, para proseguir con las que miran a la forma de la sentencia, finalizando con las de carácter sustantivo, invocadas por las defensas de Urrutia, Pérez, Arévalo, Gamboa y Medina por distintos fundamentos.

SEGUNDO: Que en su primer segmento, todas las defensas alegan, en carácter de principal, la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, que durante el desarrollo del juicio oral se vulneraron garantías constitucionales de los imputado, en particular las previstas en los artículos 19 N°2, 3 y 7 de nuestra Constitución Política, en relación con los artículos 5° inciso segundo; 7°; 8°; 93 letras a), b) y g); 194 y 195, todos del Código Procesal Penal, invocando también en apoyo de sus recursos los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Detallando la forma en que tal conculcación se habría realizado, indican que, en circunstancias que

los acusados Daniel Urrutia, Juvenal Perez, Fabián Arevalo, Godfrey Gamboa y Jose Luis Marquez tenían la calidad de imputados, fueron citados a declarar como testigos ante el Fiscal Emiliano Arias Madariaga a la Fiscalía local de Pudahuel, actividad vulneradora de los derechos y garantías procesales más básicos, ya que a esa data existían antecedentes otorgados por las declaraciones de A.P.L. de fecha 11 y 15 de mayo de 2012, prestadas ante el mismo Fiscal Arias, en que se les atribuye hechos que constituirían delitos. La misma situación ocurre en relación a la víctima M.P. y al testigo Pablo Sánchez en las fechas que citan, sujetos que también imputan la comisión de distintos ilícitos a los policías condenados. Con tales antecedentes, el 19 de junio de 2012 el fiscal solicita al 1º Juzgado de Garantía de Santiago la interceptación telefónica de los teléfonos celulares de Urrutia, Perez y Arévalo, (entre otros), lo que avala su tesis sobre la calidad que ostentaban sus representados a esa fecha. Ahora bien, la actividad del persecutor –aprovechada por todos los demás acusadores– fue contumaz, ya que no solo se recibieron las aludidas declaraciones en calidad de testigos de los imputados Daniel Urrutia Arriagada, Juvenal Perez Blanco y Fabián Arévalo Sepúlveda, Sebastian Alvarez Valdovinos, Godfrey Gamboa Tapia y José Luis Márquez Areyuna, sino que esto se hizo durante toda la investigación y con casi todos los funcionarios policiales imputados, de acuerdo a la cronología de hechos que describen.

En segundo término, las defensas denuncian que el Fiscal del Ministerio Público señor Arias, teniendo ya sus representados la calidad de imputados, desplegó un método de investigación consistente en mentirle a los funcionarios policiales sobre una situación ficticia, todo ello para “ganar la confianza” de los funcionarios que, a la sazón, ya tenían la calidad de imputados, mecanismo expresamente proscrito por el artículo 195 del Código Procesal Penal, que prohíbe todo método de interrogación o investigación que afecte la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado y, en especial, “cualquier forma de [...] engaño”, que es lo que ocurre en el presente caso.

Indican que, aunque los policías no entregaran la confesión que el fiscal buscaba, como ocurrió, con ese método extremo puso a los policías imputados en un escenario en que sus dichos pasaban a ser confrontados con lo que sostenían los imputados en el caso de tráfico de estupefacientes, agudizando las contradicciones con los acusadores de los funcionarios.

La situación que se denuncia les ha perjudicado por cuanto las expresiones vertidas como testigos sirvieron de base para la actividad investigativa de los funcionarios policiales que cita, los que comparecieron a declarar en el juicio, además de servir de base para las interceptaciones telefónicas dispuestas, siendo desestimadas sus alegaciones por la sentencia atacada, al considerar que su parte no probó su sustento. Esta

afirmación resulta incomprensible, en su concepto, ya que no acierta a entender cómo debió demostrar sus extremos, sin perjuicio de hacer presente que sus representados se refirieron profusamente a las fechas y circunstancias descritas, ilustrando al tribunal sobre el punto.

TERCERO: Como fundamento diverso de la misma causal, las defensas alegan también vulneración de garantías constitucionales durante el procedimiento, ya que el Primer Juzgado de Garantía de Santiago autorizó la interceptación telefónica de 29 números celulares asociados a los funcionarios policiales que participaron en la detención de P.G. y su familia. Sin embargo, al pedir examinar las transcripciones y grabaciones obtenidas, se descubrió la pérdida de parte importante del referido material que era prueba de cargo, lo que infringe los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, disposiciones que deben ser relacionadas con los artículos 5° inciso segundo; 7°, 8°; 93 letra e), 180, 181, 222, 223, 227, 260 todos del Código Procesal Penal y que dan cuenta de la obligación que tiene el acusador de mantener a disposición de la defensa todos los antecedentes que haya recopilado durante la etapa de investigación.

Asimismo, denuncian que la infracción de derechos constitucionales también se ha producido en la sentencia ya que tal alegación fue desestimada por motivos que califica de errados. En primer término, porque conforme a la prueba que detallan, se ilustró al tribunal sobre la circuns-

tancia que el Ministerio Público, a través del oficial de escuchas, tenía la obligación de recoger diariamente cada 12 horas las interceptaciones telefónicas, por lo que al momento de producirse la “falla” el Ministerio Público, a través de su oficial del caso, tenía copias de dicho material probatorio. En segundo lugar, porque al validar tal procedimiento, se hizo comunicable a la defensa la desidia y negligencia del Ministerio Público al no cumplir con lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 223 en relación al artículo 227 y 260 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Como tercer fundamento de la causal de nulidad que se revisa, las defensas de Márquez, Borneck, Gamboa y Medina invocan la vulneración de garantías constitucionales configurada por la imposibilidad de acceder a la evidencia incautada relativa a los computadores de los imputados, ya que al pretender su examen por parte de peritos de la defensa se constató que el respaldo de los mismos dispuesto por el Ministerio Público había sido parcial, procediendo el persecutor a devolverlos a la institución propietaria de tales máquinas, de manera que se tornó imposible que su parte accediera en igualdad de condiciones al referido material probatorio ya analizado por el Ministerio Público, vulnerando con ello su derecho a cotejar todo el material que sirvió para la investigación.

En razón de todo lo expuesto, las defensas solicitan la invalidación de la sentencia y del juicio que le prece-

dió, excluyendo la prueba que detallan, por ilícita.

QUINTO: Que la defensa de los sentenciados Márquez y Borneck postula que la sentencia impugnada incurre, además, en la causal consagrada en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 del Código Procesal Penal, por cuatro situaciones.

En relación a la condena por el delito de apremios ilegítimos cometido en contra de A.A.P.P., se denuncia que el fallo que se impugna hace suyo el relato de la víctima indicada, sin que exista ningún otro medio de prueba que dé cuenta de la conducta que ella dice haber sufrido, ya que no existe ningún mecanismo de acreditación vinculado a la participación de los condenados en el delito de apremios ilegítimos. Esta sola infracción al principio de la lógica de la razón suficiente trae como consecuencia necesaria la anulación de la sentencia que contiene el vicio denunciado y necesariamente la anulación del juicio de la que ella emana.

En relación a la valoración de las declaraciones de A.P.P. y P.G.M., como de la investigación realizada por la capitana Irlanda Crespo, sostiene que en las audiencias respectivas se ha rendido prueba que contradice abiertamente los elementos de juicio tenidos en consideración por el tribunal, lo que impide su valoración positiva. Señala que ante tal situación, dos tesis no pueden subsistir sin que una destruya a la otra, por lo que las conclusiones de los juzgadores no son admisibles,

de modo que esta sola infracción al principio de la lógica de la no contradicción trae como consecuencia necesaria la anulación de la sentencia que contiene el vicio denunciado así como del juicio de la que ella emana.

Por otra parte, denuncia infracción del principio de la lógica de la razón suficiente, ya que no existe una de tal carácter para condenar por el delito de apremio ilegítimo en la persona de P.M.C., toda vez que no existe certificado de lesiones, la distancia temporal entre la comisión del supuesto hecho investigado y su primera declaración así como la forma en que se produce la declaración permiten sustentar que la información entregada por M.C. no pueda ser valorada de forma negativa para los intereses de la defensa, de manera que ello demuestra que el tribunal incurre en afirmaciones que carecen de fundamentación suficiente.

Por último, indica como sustento de la causal que se analiza, la infracción verificada al omitir la solicitud de la defensa de no valorar las escuchas telefónicas sustentada en la falta de concurrencia de criterios de proporcionalidad, ya que ninguno de los delitos que el tribunal tuvo por establecidos tiene el rango de pena mínimo (de crimen) que habilita para determinar la procedencia de dicha medida intrusiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 222 del Código Procesal Penal, yerro que ha influido en la decisión a la que arriba el tribunal y que puede salvarse únicamente con la nulidad del fallo y consecuentemente del juicio sobre este hecho, denominado N°6.

Termina solicitando, respectivamente, la nulidad de la sentencia y del juicio que le ha precedido para que se disponga la realización de uno nuevo por el hecho 1 (primer capítulo), por los hechos 1 y 2 (segundo apartado), por el hecho N°3 (tercer acápite) y hecho N°6 (cuarta sección).

SEXTO: Que, por otra parte, la defensa de Urrutia, Pérez y Arévalo, esgrime la configuración de la causal signada letra b) del artículo 373, por dos motivos. En primer término, sostiene la errónea aplicación del Derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, ya que se ha calificado de delito un hecho que la ley no considera tal porque la norma no contempla a los fiscales como las autoridades destinatarias de los informes en los que se ha faltado maliciosamente a la verdad. Sin embargo, el tribunal zanja el punto señalando que el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad administrativa, afirmación que el recurso cuestiona sobre la base de analizar disposiciones de la Ley Orgánica que consagran la forma en que la Policía de Investigaciones se vincula administrativamente con las autoridades que cita (artículo 1), que distingue entre autoridades administrativas, judiciales y el Ministerio Público (artículo 5), las entidades a las que presta auxilio y apoyo (artículo 22), prescripciones que demuestran que a ojos de la ley, no son lo mismo.

SÉPTIMO: Que, en segundo lugar, la misma defensa, así como la de Gamboa y Medina, someten a la decisión de esta Corte como fundamento de esta causal, el que la sentencia ha incurrido en errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con los artículos 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones; 148, 155 y 74, todos del Código Penal; así como también de los artículos 305 y 351 del Código Procesal Penal, al entender que existe un concurso material de delitos, en circunstancias que se trata de un concurso aparente, por lo que se ha impuesto una pena superior a la que legalmente correspondía conforme lo establece el artículo 385 del Código Procesal Penal. Indica que es errado considerar que existe concurso material entre los delitos de allanamiento ilegal que se consignan en los diversos hechos de la acusación y sentencia, con los delitos de detención ilegal que se señalan en los mismos capítulos, ya que lo que se reprocha es haber detenido a las personas en los respectivos domicilios, de manera que se allanan tales moradas precisamente para provocar o incurrir en la detención ilegal de quienes se encontraban en tales viviendas, de manera que resultaba inherente a los delitos de detención ilegal la comisión previa de los de allanamiento ilegal.

Tal como se formuló el reproche, parece evidente que existe una unidad delictiva entre ambos ilícitos, quedando claramente establecida en la sentencia la existencia de una

vinculación fáctica, temporal y espacial en cada uno, así como la evidente conexión ideológica entre ellos, atribuidos a los mismos sujetos y que se encuentran reunidos por un mismo propósito, provocar la detención de las personas que en la sentencia se indican.

Asimismo, señalan que también en la especie se reclama de la aplicación errónea del artículo 22 del DL 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, disposición que debe ser complementada con lo que señala el artículo 206 del Código Penal, por remisión expresa de la primera norma citada. Indica que el artículo 206 citado no solo contempla el régimen de pena que debe seguirse en el caso de la falsedad en los informes en que podría incurrir un funcionario policial, sino que además contempla una hipótesis de exención de pena para esos mismos casos, según reza el inciso final del precepto sustantivo que se ha infringido por falta de aplicación, puesto que la sentencia ha impuesto condena por presuntas falsedades en los informes policiales respecto de los sentenciados, en circunstancias que ellos versan precisamente sobre los hechos que, de haberse señalado sin incurrir en la falsedad que se imputa, habrían significado incurrir en autoincriminación por parte de los acusados (referidos a las detenciones ilegales o los apremios ilegítimos omitidos en los partes policiales).

Los errores de derecho denunciados han tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que, de haberse aplicado correctamente

los artículos 22 del DL 2460 y 206 del Código Penal, sin dejar de lado la hipótesis legal que exime de toda pena, no se habrían impuesto condena alguna por esos dos cargos a los recurrentes, lo que habría significado que no se habría impuesto, respectivamente, la penas ya referidas y para cada delito.

Del mismo modo, de no haberse aplicado las reglas de un concurso real entre los delitos de allanamiento ilegal y los de detención ilegal, aplicando correctamente el derecho, se habría declarado concurrente una unidad delictual regida por el principio de consunción, en especial por la regla de inherencia, que debió llevar al tribunal a no establecer pena alguna por los delitos de allanamiento ilegal a los acusados.

OCTAVO: Que por último, sólo respecto de Juvenal Pérez y Fabián Arévalo, se postula, en subsidio de las anteriores causales, la misma hipótesis de nulidad por infracción del artículo 11°N°10, en relación con los artículos 68 y 69, todos del Código Penal, ya que fue pretensión de la defensa que se hiciera lugar a la minorante del N°10 del artículo 11 del código del ramo, por que a su juicio sus defendidos obraron por celo de la justicia, no obtuvieron beneficio pecuniario alguno y trataron de hacer un bien al intentar la incautación de droga. Pese a ello, el tribunal desestimó tal atenuante “al no acreditarse a la luz de la prueba rendida que los acusados actuaron por “celo de la justicia”, sino que por el contrario, derechamente lo que se evidenció en estrados —en palabras

de un interviniente—, fue que obraron derechamente “contra la justicia”. Postula que se han equivocado los sentenciadores al pensar que hay una contradicción entre el celo a la justicia y el respeto a las normas, puesto que de ser así jamás podría darse esta modificatoria de responsabilidad penal. Lo exigido es un elemento subjetivo del agente: si está o no tratando de cumplir el propósito público de su cargo, como se da en este caso, en que se perseguía sacar la droga de la circulación en las poblaciones vulnerables.

Termina solicitando se acoja el recurso, ya que en este caso se ha impuesto una pena superior a la que legalmente correspondía a sus representados, toda vez que de haberse reconocido la circunstancia modificatoria, serían dos las atenuantes que les beneficiarían sin que le perjudique agravante alguna, por lo que procedería que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, se les rebajase la pena en un grado a lo menos.

NOVENO: Que, como se advierte, los recursos deducidos denuncian en primer término la configuración de hipótesis de nulidad fundadas en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, en sus aristas de respeto de la legalidad del procedimiento y derecho a defensa, a una decisión fundada en prueba efectivamente ofrecida y rendida de acuerdo a la ley, en un procedimiento legalmente tramitado.

Al respecto, esta Corte ya ha señalado que es un derecho asegurado

por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, N°3°, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, este tribunal ha sostenido que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que se dicten veredictos motivados o fundados, etcétera. Así, entonces, no hay discrepancias en aceptar que el derecho al debido proceso está integrado por la obligación de respetar los procedimientos fijados en la ley, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente de acuerdo a una serie de actos de carácter formal y preestablecidos, que den garantías del respeto de la presunción de inocencia, la independencia del tribunal, la igualdad entre las partes y la protección de los intereses del afectado. Este interés debe ser tutelado por el Ministerio Público como

órgano predisposto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa;

DÉCIMO: Que, por otra parte, los elementos del debido proceso también han sido desarrollados mediante la incorporación al procedimiento de una serie de resguardos tendientes a garantizar que el imputado goce, desde el momento en que se le atribuya participación en un hecho punible, de una serie de derechos que garanticen el respeto de la presunción de inocencia que lo ampara y la igualdad de armas, entre los cuales se encuentra –como se ha dicho– el ser oído, que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan para ejercer adecuadamente su derecho a defenderse de todos los hechos y circunstancias que se le imputan y formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa, el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo, a probar los hechos que él invoca, y la prohibición de ser sancionado por presupuestos diversos de los contenidos en la formalización y en la acusación, aspectos –entre otros– que han sido consagrados en los artículos 8, 93, 229, 259, 270 y 341 del Código Procesal Penal;

UNDÉCIMO: Que, sin embargo, esta Corte también ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas, de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS 2866-2013, 4909-2013, 21408-2014 entre otras);

DUODÉCIMO: Que analizando los capítulos referidos a la vulneración del derecho de defensa, por haberse tomado declaración a los condenados en calidad de testigos, en circunstancias que ya revestían en esos momentos la de imputados, por haberlos sometidos a maniobras engañosas como método de interrogación o investigación, por haber admitido prueba de cargo no íntegra (tanto en lo referido a las interceptaciones telefónicas dispuestas como en relación a los computadores incautados a los acusados) es preciso señalar que tal explicitación de agravios no logra demostrar lo que pretende, esto es, la lesión a la garan-

tía del debido proceso, por cuanto semejante acusación requiere de una fundamentación que supere el estándar propuesto, de mera afirmación, debiendo demostrar asimismo la incidencia gravitante de lo propuesto en lo decidido.

Lo anterior da cuenta que no ha errado el tribunal al sostener que han debido demostrarse los asertos de la defensa al postular las alegaciones sobre vulneración de garantías que se formularan, ya que el atentado que se denuncia ha de ser real, ha debido perjudicar efectivamente los derechos procesales de la parte, no ya desde el punto de vista del eventual ejercicio de las prerrogativas que, sostiene habrían sido conculcadas, sino desde la perspectiva de la lesión concreta, que ha de ser demostrada. En la especie, conforme se ha sostenido en estrados, por una parte las declaraciones vertidas en sede de investigación por los acusados sólo han sido llevadas al juicio a solicitud de las defensas; no han diferido del tenor de lo expresado en los partes policiales que dieron cuenta de los procedimientos cuestionados, ni se han apartado de aquellas prestadas por quienes decidieron renunciar a su derecho a guardar silencio. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta en el análisis del capítulo respectivo que si las referidas declaraciones prestadas como testigos, siendo en verdad imputados, no sirvieron de soporte a la condena, no puede sostenerse la infracción en carácter de sustancial de las garantías tuteladas, lo que impide su consideración a efectos de nulidad, como se pretende.

A su turno, los sentenciadores recurridos han asentado que las interceptaciones telefónicas aludidas han sido hechas valer por la defensa; que todo lo invocado ha estado a disposición de todos los intervinientes, de suerte tal que los referidos jueces acertadamente han descartado que ellas no sean íntegras; como que tampoco se ha demostrado la existencia de escuchas adicionales a las que obraban en la carpeta de investigación, de manera que no se divisa la conculcación alegada, sin perjuicio de resultar llamativa la nula impugnación de los recurrentes de cada uno de los aspectos que el tribunal echa en falta para establecer la vulneración de garantías constitucionales en el motivo Octogésimo Primero de la sentencia atacada.

Por lo demás, resulta de suyo diverso imputar una infracción a la legalidad del procedimiento constitutiva de lesión de garantías constitucionales por una inobservancia a las obligaciones que gravan al Ministerio Público en la custodia de los diversos antecedentes recopilados en la investigación, toda vez que una no supone por sí la existencia de la otra y, en este caso, se ha establecido que las circunstancias fácticas que giran en torno a la pretendida falta de integridad de las interceptaciones son constitutivas de una cuestión fortuita o de fuerza mayor, que afectó a todos los intervinientes por igual.

En relación a la presunta falta de integridad de la evidencia incautada consistente en los computadores de los imputados, nada dice el recurso respectivo sobre la forma en que

tal presunto quebrantamiento de la legalidad procedimental se ha reflejado en las posibilidades de defensa de sus representados, ni menos sobre las razones dadas por el tribunal para desestimar la prueba rendida al efecto, su falta de idoneidad y conexión con los hechos cuya acreditación pretendía, expuestas en el fundamento Octogésimo Tercero, de manera que la impugnación que se ha sostenido también carece de sustrato argumentativo y fáctico tendiente a su demostración, por lo que tampoco podrá ser atendida.

DÉCIMO TERCERO: Que, a su turno, el otro motivo fundante de la misma causal, esto es, el recurso de métodos prohibidos de investigación por parte del Fiscal señor Emiliano Arias, no ha sido asentado en el proceso ni se ha explicitado la forma en que tal maniobra –en caso de ser efectiva– habría lesionado efectivamente las garantías constitucionalmente protegidas. Por el contrario, tanto en los recursos como ante este tribunal se ha dejado meridianamente claro por las defensas que ninguno de los acusados y recurrentes habría caído en la referida artimaña, de manera que no sólo es posible extender a su respecto el reproche formulado precedentemente de falta de fundamentación en la motivación de la hipótesis de nulidad alegada, sino que se refuerza la convicción sobre su impertinencia a la luz de su nula incidencia en una eventual conculcación de los intereses de los acusados.

DÉCIMO CUARTO: Que corrobora lo razonado la comprensión

que ha de tenerse del sistema de protección de garantías constitucionales integrante del haz de derechos que conforman el debido proceso, por cuanto una tesis como la postulada, que reclama la protección de los derechos de su defendido ante un desconocimiento de carácter teórico, abstracto y sin asidero en hechos demostradamente lesivos, muta su carácter y lo desnaturaliza, al transformarlo en un mero ejercicio retórico, formal, que no vincula la realidad con la norma, lo que no es admisible.

La conclusión que precede se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 160 del Código Procesal Penal que sólo establece una presunción de perjuicio en la que se alude al “pleno ejercicio de los derechos”, prescripción que evidencia la necesidad de ligar indisolublemente la norma protectora con la materialidad de la infracción, esto es, con la perturbación efectiva en el ejercicio de la garantía mas no con su potencialidad. En otras palabras, ha sido correctamente decidido el rechazo de las alegaciones que se han renovado en esta sede de nulidad, ya que el derecho constitucional al debido proceso de los recurrentes no fue entrabado, limitado o eliminado como consecuencia de los pretendidos vicios, pues han estado en condiciones de ejercer sus derechos procesales, no quedaron en situación de indefensión con motivo de una presunta falta de integridad de la prueba de cargo, ni de maniobras investigativas falaces ni de sus pretendidos dichos en sede administrativa.

DÉCIMO QUINTO: Que, entonces, cabe concluir que la infracción a las garantías constitucionales invocadas no se subsume en los hechos que han expuesto los recurrentes, pues de los fundamentos de los recursos no se divisa ni en el procedimiento ni en la actuación del tribunal manobra o resolución que haya privado a la defensa de los acusados de la tutela de los derechos que la ley y la Constitución Política de la República les reconocen.

DÉCIMO SEXTO: Que en lo tocante al motivo de nulidad explicitado a través de la proposición de la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación al artículo 342 letra c) del mismo cuerpo de leyes, hecha valer por la defensa de Márquez y Borneck, ella se refiere a la omisión, en la sentencia, de alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 del mismo cuerpo de leyes, indicando que ello ocurre en relación a los elementos que la letra c) de esta última disposición ordena observar, esto es: “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y la valoración de los medios de prueba que fundamentare dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;”. A su vez, esta última norma dispone “*Valoración de la prueba. 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.*”

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

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 utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, al efecto, es preciso tener en consideración que este tribunal ya ha señalado en sucesivos fallos que toda sentencia condenatoria debe ser, por imposición del artículo 340 del Código Procesal Penal, el fruto de la convicción del tribunal sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral que conduzca a los jueces a la certeza, más allá de toda duda razonable, que en los hechos ilícitos ha correspondido a los acusados una participación culpable y penada por la ley. “En este orden de ideas, es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el litigio acompañó a los enjuiciados.” (SCS, 13.07.2004, Revista Procesal Penal Nro. 25, págs. 17 y s.s.)

Así, la salvaguardia esencial del derecho a una sentencia fundada y motivada encuentra consagración en el

artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, que impone a los sentenciadores la obligación de exponer de manera clara, lógica y completa, cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo ordenamiento. Tal disposición establece un sistema de libertad en la valoración de la prueba, el que sólo reconoce como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. De esta manera, el proceso de clausura de un procedimiento legalmente tramitado lo constituye una sentencia que se ciñe a los parámetros citados;

DÉCIMO OCTAVO: Que se desprende de la simple enunciación de estos preceptos que nuestra legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces un trabajo de elaboración cuidadoso en la concepción de sus fallos. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieron por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del cuerpo de leyes ya citado.

Al efecto, esta Corte Suprema ha declarado que el fin de la fundamentación que exige la norma que sustenta el recurso por la causal que se analiza, no es otro que permitir la reproducción y fijación del razo-

namiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia, carga que se ve reforzada por lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 del Código procesal aludido, aplicable en la especie por ser común a todo tipo de resoluciones dictadas en el juicio oral, que declara que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno aquella debida fundamentación, debiendo entonces dar cuenta de lo escuchado en audiencia y, en base a ello, razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir un medio respecto del otro o para darle preeminencia, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciar la prueba y llegaron a dar por acreditados los acontecimientos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente (Rol Corte Suprema N°3873-2011, Rol Corte Suprema 21.408-2014, entre otras). Lo anterior evidencia, en concepto de Daniela Accatino (“El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en “Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”, Abeledo Perrot, 2010, p.122), la opción de nuestro sistema procesal penal por un modelo analítico de fundamentación del juicio de hecho.

Estas exigencias no están desprovistas del correspondiente respaldo constitucional, ya que el inciso 6° del

numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República declara que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, por lo que las señaladas normas reglamentan la forma cómo los jueces deben dar por acreditados los hechos y, si no son respetadas, permite la anulación correspondiente;

DÉCIMO NOVENO: Que, en cuanto al punto abordado en primer término en el motivo subsidiario de nulidad propuesto, esto es, la ausencia de razón suficiente para asentar la decisión de condena por el delito de apremio ilegítimo cometido contra A.P.P., lo cierto es que la sentencia establece los hechos materia de la decisión de condena, abordando exhaustivamente la información recibida sobre la forma de determinar su secuencia, la identidad, tipo y grado de participación de los acusados y otros involucrados en los motivos 17°, 18° y 19°, considerando elementos de convicción en carácter de múltiples, dando cuenta de un proceso dotado de reflexión suficiente, acucioso e imparcial, orientado por los datos aportados por los testigos que cita y la evidencia documental aportada, de manera que no resulta efectivo que la decisión gravosa para los intereses del recurrente haya sido adoptada sobre la base de un antecedente singular, sin respaldo por otros elementos de convicción.

VIGÉSIMO: Que, a su turno, el segundo y tercer fundamento del mismo motivo de nulidad se encontraría en la infracción del princi-

pio de la no contradicción, lo que advierte de los testimonios que cita, y cuyas inconsistencias no han sido adecuadamente valoradas por el tribunal en el asentamiento del hecho signado como N°II; y del principio de la razón suficiente en relación al hecho signado N°III.

Sin embargo, al respecto es necesario puntualizar que la impugnación que se efectúa dice relación con la falta de ponderación de los aspectos que destaca en el recurso, acusando una falta de valoración íntegra y efectiva de ellos, desatendiendo que la exigencia legal de análisis de toda la prueba y explicitación de las motivaciones que sostienen la decisión judicial no es un requerimiento meramente formal, sino que encuentra su fundamento en razones de carácter sustantivo como es la cautela de la coherencia del razonamiento que se explicita en el fallo, como garantía consagrada en favor de las partes que se someten a la decisión judicial asistida por el derecho a realizar su reproducción para alcanzar las conclusiones a que llegó la sentencia, conjurando así la arbitrariedad en la decisión de absolución o condena que se emita.

Por ello, la carga que grava a los jueces en orden a analizar toda la prueba tiene ese sentido: velar porque la decisión jurisdiccional obedezca a una operación racional, motivada en elementos de prueba legítimos que justifiquen racionalmente sus afirmaciones. Tal sistema, en todo caso, no puede llevar al extremo de pretender el análisis de todas y cada una de las afirmaciones vertidas por los declarantes en el juicio y el pro-

nunciamento detallado sobre todos y cada uno de los puntos levantados por las defensas, por cuanto ello significaría imponer a los jueces una carga imposible de satisfacer, en circunstancias que las exigencias contenidas en la ley sólo buscan garantizar la exposición de razones en la construcción de las premisas que sustentan el establecimiento de los hechos de la causa, que en el caso en estudio descartan cada uno de los elementos planteados.

Así, entonces, los aspectos omitidos por los jueces del fondo, carecen de la relevancia pretendida al amparo de la pluralidad de elementos de convicción tenidos en consideración para concluir la participación de los recurrentes en el hecho signado II, como se lee en los motivos 24°, 25°, 26° y 27°, y de los fundamentos 32°, 33°, 34° y 35°, en lo relativo al hecho III de la sentencia que se revisa, que dan cuenta del proceso de formación de la convicción condenatoria de tales jueces, trabajo de análisis realizado en forma razonada y reflexiva, que sustenta la decisión adoptada y que las falencias anotadas no mina.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que el cuarto fundamento de la misma causal, consistente en la valoración indebida que el tribunal efectuara de los antecedentes obtenidos en las interceptaciones telefónicas dispuestas por infracción al principio de proporcionalidad en razón de que ninguno de los delitos que se han tenido por establecidos permite la autorización de la medida intrusiva de que se trata, no podrá ser atendido por su defectuosa formulación,

por cuanto su sustrato corresponde a una hipótesis de nulidad diversa, que no ha sido propuesta en este caso. En efecto, una lectura detenida del motivo de invalidación que se analiza permite colegir que lo que se sostiene es que el tribunal no debió valorar prueba obtenida al margen de la ley, al acusar que las interceptaciones telefónicas fueron dispuestas fuera de los casos que dispone el artículo 222 del Código Procesal Penal, motivo que corresponde a una de las hipótesis del recurso de competencia privativa de este tribunal y no al absoluto deducido.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, entonces, en oposición a lo explicitado en el recurso que se revisa, la sentencia atacada permite reconstruir el razonamiento desplegado por los jueces en el establecimiento de los hechos y justifica las opciones asumidas entre las teorías del caso propuestas por los intervinientes, aspectos todos que satisfacen sobradamente las prescripciones del legislador procesal en la materia, por lo que la omisión circunstancial en la reproducción y transcripción de los elementos de convicción recibidos en las sucesivas audiencias del juicio, ni el valor asignado a los otros elementos denunciados, ni la valoración de prueba incorporada en el correspondiente auto de apertura, no constituyen en el presente caso el motivo de nulidad alegado;

VIGÉSIMO TERCERO: Que tal como se reseñara en el fundamento Sexto que precede, la defensa de los acusados Urrutia, Pérez y Arévalo formalizaron como causal sub-

sidiaria de nulidad la prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, reclamando que en el pronunciamiento de la sentencia que impugna se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que se ha sancionado a sus representados como autores del delito consagrado en el artículo 22 del Decreto Ley 2460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, en circunstancias que en la especie el Ministerio Público no es sujeto de protección de la referida norma.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, sin embargo, esta Corte considera que el tribunal de la instancia ha resuelto adecuadamente el punto en debate, al sostener en el considerando Octogésimo Segundo que *“dentro de la expresión “autoridad administrativa” se comprende a los Fiscales del Ministerio Público, no sólo porque dicha institución en lo que a su naturaleza jurídica concierne, ha sido definida y catalogada como una “autoridad administrativa”, lo que emana del artículo 76 y 83 de la Constitución Política de la República en cuanto a la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los Tribunales que componen el Poder Judicial y del objeto y limitaciones de las facultades conferidas al Ministerio Público, respectivamente, sino porque su esencia de manera reiterada y uniforme ha sido refrendada en cuanto a la calidad de órgano administrativo de la Fiscalía, por el Tribunal Constitucional, lo que se desprende del fallo dictado en causa Rol N°1531-2009 del 10 de diciembre de 2009, teniendo presente que dicho*

organismo evidentemente no cumple ni puede cumplir jamás funciones jurisdiccionales, lo que obedece a la misión constitucional que le corresponde realizar dentro del proceso penal, en general, y, durante la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito, en particular, pues si bien su creación fue posterior al del origen de la disposición legal que nos ocupa, ello no es óbice para la inclusión del Ministerio Público en el concepto de “autoridad administrativa” al que se refiere el invocado artículo 22, ya que en razón de dicho concepto, debe entenderse toda repartición del Estado que desempeñe una función en la instrucción y el enjuiciamiento criminal, lo que lleva a determinar que los Fiscales del Ministerio Público, respondan a dicha definición”.

No resulta admisible, entonces, la limitación de sentido que propone la defensa sobre la base de la interpretación del tipo penal como una disposición autárquica, escindida del resto del ordenamiento jurídico, por cuanto los funcionarios condenados pertenecen a una institución que, conforme a la ley, es llamada a la colaboración en la investigación que el Ministerio Público dirige primordialmente, con potestades para impartirle instrucciones, conforme lo establece el artículo 4° de su Ley Orgánica, y cuyas infracciones acarrearán la responsabilidad del Estado, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 5° de la misma ley. Por lo demás, su exclusión de las autoridades administrativas lo situaría en una especie de “limbo”, inaceptable en el Estado de Derecho, de la manera que la comprensión que de tales disposiciones realiza el tribu-

nal es coherente con las restantes de rango constitucional y legal que la sentencia atacada cita y analiza y que permiten compartir lo razonado, considerando al Ministerio Público como uno de los sujetos susceptibles de protección por la disposición en estudio.

VIGÉSIMO QUINTO: Que en relación al fundamento esgrimido por las defensas de los acusados Urrutia, Pérez, Arévalo, Gamboa y Medina, como constitutivo de la misma causal de nulidad, esta vez al entender que existe un concurso material de delitos, en circunstancias que se trata de un concurso aparente entre los delitos de allanamiento ilegal con los de detención ilegal, resulta imprescindible considerar que dicha alegación fue desestimada por la sentencia de autos en el motivo Octogésimo Quinto, señalando que *“en cuanto a la forma de aplicación de las sanciones penales, ésta se hará al amparo del artículo 74 del Código Penal, sin perjuicio de la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal... toda vez que las conductas típicas que en su caso los encausados ejecutaron de un modo inmediato y directo, respondieron a hechos diversos entre sí, que dañaron en cada suceso criminal y en forma independiente el bien jurídico protegido respectivo, lo que lleva a desechar la pretensión de una de las defensas referida a determinar la sanción al tenor del artículo 75 del Código del Ramo, máxime si... se acreditó por sobre toda duda razonable, el dolo con el que los sujetos activos obraron en los respectivos delitos en los que intervinieron en calidad de auto-*

res del artículo 15 N°1 del citado cuerpo legal”.

Así, entonces, la sentencia aludida, en cuanto a la existencia de un conflicto aparente de leyes penales, llega a la conclusión que entre los hechos de allanamiento y detención ilegal – que es lo propuesto en la causal en estudio –, se presentan dos delitos que se deben castigar separadamente de la manera que indican los artículos 74 del Código Penal o 351 del Código Procesal Penal.

VIGÉSIMO SEXTO: Que en lo pertinente a las conductas establecidas en la sentencia, en los motivos 28° y 35° respectivamente, los jueces del fondo asentaron el ingreso abusivo y forzado de los querellados a los inmuebles allí aludidos en ejercicio de sus funciones, sin fundamento legal alguno, fuera de las hipótesis de los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal; así como la privación de libertad de las personas que detallan, ejecutadas en ejercicio de sus funciones, en forma arbitraria y carente de motivación legal, conductas que calificaron como constitutivas de los ilícitos consagrados en los artículos 155 y 148 del Código Penal que, respectivamente, establecen:

Artículo 148: *“Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios.”*

Artículo 155: *“El empleado público que abusando de su oficio, allanare un templo o la casa de cualquiera persona o hiciere registro en sus papeles, a no*

ser en los casos y forma que prescriben las leyes, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o con la de suspensión en cualquiera de sus grados.”

Justificando dicha calificación con los antecedentes de la tipicidad que le son concurrentes, agrega la sentencia que, en relación al delito de allanamiento ilegal, con tal conducta se ha conculcado lo que la doctrina nacional describe como “*el interés de cada persona de reservar para sí el espacio físico donde tiene su morada, de la intervención de terceros que pudieran limitar su autodeterminación*”, el que se encuentra garantizado en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República; indicando que las detenciones ilegales consumadas que se establecieron han conculcado bienes jurídicos de una relevancia tal que exceden el ámbito meramente legal, afectando garantías constitucionales como son las consagradas en las letras a) y b) del numeral 7° del artículo 19 de la misma carta fundamental.

VIGÉSIMO SEPTIMO: Que respecto de la institución del concurso aparente de leyes penales, este tribunal ha señalado que debe tener una aplicación lo más restrictiva posible (Rol Corte Suprema 21.408-2014, entre otras), porque desde luego nuestro Código Penal sólo advierte las posibilidades de concurso de manera general en los artículos 74 y 75, ya sea para la situación real o ideal, respectivamente, para imponer las penas y, en lo que se refiere a la apariencia de concurso, la doctrina en realidad trata el tema

desde el punto de la interpretación de la norma penal, como lo refiere Eduardo Novoa en su “Curso de Derecho Penal. Parte General Tomo II” (Editorial Jurídica de Chile, págs 247 a 258), definiendo dicho concurso cuando una conducta puede ser encuadrada aparentemente en dos o más tipos penales, de los cuales uno sólo resulta apto para captarla, agregando que, a diferencia del concurso ideal de delitos, que existe en los casos en que un solo hecho cae simultáneamente bajo distintos tipos penales, todos los cuales le resultan aplicables en forma conjunta, en el concurso aparente de leyes al hecho único le conviene tan solo un tipo, pero varios aparecen apropiados para tipificarlos a la vez. Sostiene asimismo algunos criterios útiles para su aplicación, dentro de ellos el que si hay un tipo que por su amplitud, finalidad de protección, entidad de su pena puede estimarse que comprende y abarca la conducta que otro describe, en términos que para el criterio legislativo será suficiente la imputación por la vía de aquél para considerar también debidamente sancionada la última, debe entenderse que el primero prevalece y excluye por innecesario, al otro.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que así las cosas, no podrá ser atendida la alegación planteada por la defensa, porque conforme lo expuesto el concurso aparente dice relación con una sola valoración jurídica –“hecho único”– que podría encuadrarse en diversos tipos legales y, en realidad, la situación en análisis dice relación con una multiplicidad de hechos, distinguibles unos de otros y que

pueden ser apreciados separadamente, de manera que este no es un problema de un único hecho que podría encuadrar en diversos delitos. En consecuencia, no existe la unidad de acción, requisito esencial del concurso aparente, toda vez que cada una de las conductas se ha ejecutado y agotado secuencialmente, sin que su ejecución dinámica en una serie de hechos complejos y sucesivos pueda alterar lo concluido, lo que lleva a determinar que la apreciación de un concurso material es correcta desde el momento que no se aprecia la unidad de acción pretendida y que justifica el capítulo en análisis.

VIGESIMO NOVENO: Que del modo propuesto la sentencia recurrida al condenar separadamente por los delitos de allanamiento y detención ilegal no ha infringido las normas que sancionan dichas conductas ni tampoco se ha hecho una interpretación equivocada para desestimar la existencia del concurso aparente de leyes penales que se ha alegado y sirve de sustento a la vulneración de los preceptos penales que se han denunciado.

TRIGÉSIMO: Que asimismo, las defensas referidas precedentemente postulan también como configurativa de la causal de nulidad consagrada en la letra b) del artículo 373, la circunstancia que el tribunal no atendió la existencia de una exención de responsabilidad penal que favorece a sus representados, conclusión a la que arriban al analizar el artículo 22 del DL 2.460, que debe ser complementado con lo que señala el artículo 206 del Código

Penal, por remisión expresa de la primera norma citada y cuyo inciso final consagra la disposición liberatoria cuya aplicación reclaman.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que previo el análisis que demanda la causal en comento, resulta necesario puntualizar que el artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, para la cuestión debatida, cuando en el pronunciamiento del fallo, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. En consecuencia, este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y en particular, respecto de las consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea también al fijar la naturaleza y el grado de la pena. En resumen, el reproche debe estar referido a la ley sustantiva penal que mire a calificaciones jurídicas que constituyen un reproche penal, una participación culpable o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las imputaciones que se dirigen contra un sujeto.

Tales reproches, en cuanto constitutivos de la causal de nulidad opuesta y conforme lo dispone el artículo 341 del Código Procesal Penal,

deben recaer sobre lo debatido en el juicio, de manera que no resulta procedente que el tribunal sorprenda a los intervinientes asignando a los hechos establecidos una calificación que no ha sido objeto de debate, conclusión respaldada no sólo en la letra de la norma recién citada, sino también en la lógica que subyace al sistema de enjuiciamiento procesal penal, que entrega al ente acusador la decisión de determinar los extremos de lo que se lleva a juicio y a las partes la modulación del debate que recae sobre tales presupuestos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que la prohibición que grava al tribunal en orden a resolver la litis sobre la base de argumentaciones que no han sido sometidas al contradictorio de las partes resulta extensiva a los intervinientes, que no se encuentran facultados para reclamar como constitutiva de error de derecho la omisión de aplicación de institutos que no han sido ventilados en el juicio, toda vez que tal conducta impide la realización del debate que es propio de la mecánica de la decisión de los asuntos previa audiencia, impidiendo la discusión sobre la concurrencia de sus supuestos. Tal es el caso de la exención cuya concurrencia se postula, la que tiene el carácter de alegación nueva para los fines de este proceso, por lo que no podrá ser atendida.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que por último, sólo respecto de Juvenal Pérez y Fabián Arévalo se postula, en subsidio de las anteriores causales, la misma hipótesis de nulidad por infracción del artículo 11°N°10,

en relación con los artículos 68 y 69, todos del Código Penal, sosteniendo que sus defendidos obraron por celo de la justicia, no obtuvieron beneficio pecuniario alguno y trataron de hacer un bien al intentar la incautación de droga, lo que fue desestimado indebidamente ya que lo exigido es un elemento subjetivo del agente: si está o no tratando de cumplir el propósito público de su cargo, como se da en este caso.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que tal como han destacado las defensas en estrados, los jueces del fondo desestimaron la minorante en discusión en el fundamento 86°, señalando que lo acreditado es que los acusados obraron derechamente “contra la justicia”, afectando bienes jurídicos protegidos constitutivos de uno de los pilares básicos del debido proceso, como lo es la correcta administración de justicia, sin que se demostrara que su actuación fuera por móviles justos o de ecuanimidad.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que el objetivo de la causal de nulidad en estudio y que se consignara en el fundamento 31° que precede, supone forzosamente que, frente a la hipótesis invocada y los fundamentos que la justifican, los hechos del proceso resultan inamovibles para esta Corte de nulidad. Así, entonces, no resulta posible desatender lo que se ha asentado en el fallo, esto es, que no se demostró que los móviles de los acusados tenidos en cuenta en su proceder, fueran de justicia o de ecuanimidad, situación que desde ya frustra la consideración de la minorante que se revisa.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte estima necesario puntualizar que –aunque no se encontrara constreñida por el referido límite fáctico– los hechos asentados no permiten el reconocimiento de la atenuante invocada, toda vez que en la especie no se aprecia el exceso en las atribuciones que el ordenamiento jurídico entregó a los referidos funcionarios públicos y que es consustancial a ella, sino una distorsión de su sentido, resultando conveniente recordar que esta atenuante está basada en el aprecio que demuestre el hechor por la justicia, ya que debe pretender con su actuación la primacía de la legalidad (Ortiz-Arévalo “Las Consecuencias del Delito”, Editorial Jurídica, 2013, pag. 383). En el caso en estudio no se trata, en palabras de don Enrique Cury Urzúa (Derecho Penal, Parte General, pag 488) que el agente “se ha dejado determinar por un mandato del derecho más allá de lo que éste mismo desea”, sino que, por el contrario, se han quebrantado aquellos que vertebran el sistema de persecución penal, lesionando la legitimidad de las decisiones que, a partir de tales procedimientos, se adoptaron, exponiendo al Estado y sus agentes a una crisis de confianza que perjudica la mantención de la paz social, fin último del ejercicio de la jurisdicción, olvidando que la realización de la justicia no puede lograrse a cualquier costo y menos sacrificando derechos esenciales de la persona humana.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que por las razones expuestas, los recursos serán rechazados.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342 letra c), 372, 373 letra a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZAN LOS RECURSOS DE NULIDAD** deducidos por Ricardo Flores Tapia y doña Andrea Quinteros Saldías, en representación de Daniel Urrutia Arriagada, Juvenal Pérez Blanco y Fabián Arévalo Sepúlveda; por don Sergio Contreras Paredes en representación de José Luis Márquez Areyuna y Kurt Borneck Gutiérrez; y por el mismo abogado en representación de Godfrey Gamboa Tapia y Bruno Medina Blanco, respectivamente, en contra de la sentencia de cinco de enero del año en curso, que está agregada de fojas 63 a 683 de este legajo, dictadas en estos antecedentes RUC 1200611251-8, RIT 17-2014, del Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, los que en consecuencia, **no son nulos.**

Acordado el rechazo del recurso deducido por los condenados Urrutia, Pérez y Arévalo con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch, quien estuvo por acoger la sección fundada en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal por la que se denuncia la errónea aplicación al caso que se revisa, de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, al considerar que dicha disposición no resulta pertinente al caso en estudio, de manera que, previa anulación del fallo impugnado, estuvo por dictar sentencia absolutoria a su respecto en relación a los hechos signados I,

II, III, IV y XIV, extendiendo sus efectos a los demás condenados para cada uno de los hechos en los que se les aplicó erradamente la sanción que dicha norma consagra, conforme lo prevé el artículo 360 del Código Procesal Penal y, atendida la entidad de las sanciones restantes, reconocer a los acusados formas alternativas de cumplimiento de las penas privativas de libertad determinadas, por las siguientes razones:

1° Que la disposición en comento, artículo 22 del DL 2460, establece “Todo funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile que faltare maliciosamente a la verdad en los informes a sus superiores y particularmente en los partes enviados a los tribunales o a las autoridades administrativas, será castigado con arreglo a los artículos 206 y 207 del Código Penal”.

Al respecto, la sentencia recurrida – además de no compartir la tesis de la defensa en orden a que el Ministerio Público no puede ser considerado de aquellas autoridades administrativas que la norma alude por las razones que expresa– sostuvo que “*no resulta banal recordar, conforme lo señaló el letrado defensor, que si bien el Decreto Ley N°2460 ha sido objeto de una serie de modificaciones legales a partir del año 2002 en virtud de la promulgación de la ley 18.906, por la que se adecuó la legislación chilena al nuevo sistema procesal penal que comenzó a entrar en vigencia en el territorio de la república a partir del 16 de diciembre de 2000, junto a otras normas dictadas en tal sentido posteriormente, lo cierto es que el invocado artículo 22 se ha man-*

tenido incólume, no obstante haberse promulgado, como se indicó, una serie de normas adecuatorias al efecto que han incidido directamente en la disposición que nos ocupa, circunstancia de las que es posible inferir que el legislador no ha estimado necesario efectuar modificación alguna al contenido de la norma en cuestión, lo que encuentra su fundamento, como se manifestó en un párrafo pretérito, en lo adecuado y claro del contenido del artículo 22 del cuerpo legal de marras”.

2° Que sin embargo, tal razonamiento –sin perjuicio de dar cuenta de un contrasentido al reconocer la inexistencia de adecuación normativa de la norma punitiva a los requerimientos del sistema procesal penal imperante desde el año 2000, que precisamente innova introduciendo un nuevo actor en el diseño de la persecución de los delitos y que es precisamente la autoridad administrativa que la defensa denuncia, no está considerada en el tipo penal aplicado– pasa por alto que el principio de legalidad es una consecuencia del principio más general de seguridad jurídica, por el cual toda decisión estatal debe basarse en las leyes y no en la voluntad arbitraria de los funcionarios gubernamentales. En materia penal este principio se concreta en el aforismo “*no hay crimen ni pena sin ley que previamente lo haya contemplado como tal*”, encontrándose consagrado en los incisos 7° y 8° del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, con arreglo a los cuales “ningún delito se castigará con otra pena que la que le señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos

que una nueva ley favorezca al afectado” (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) y “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que sanciona esté expresamente descrita en ella” (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta et certa*), disposiciones que también tienen recepción legal, en los artículos 1° y 18° del Código Penal.

3° Que la norma penal sea estricta se refiere a la prohibición expresa de analogía, conforme a la cual no se permite al juez recurrir a ninguna clase de prescripciones que no estén contenidas en la ley. No puede, entonces, a través de un razonamiento analógico, aplicar una pena, si la conducta no se encuentra expresamente prevista en todos sus elementos, ni aun mediante el recurso a una norma que se le parece, lo que justifica el carácter de estricto que se exige a los tipos penales (Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, Santiago de Chile, página 168). Este requerimiento, denominado también mandato de determinación o taxatividad, se vincula con el tipo penal ya que sólo al legislador le corresponde tipificar el delito, para lo cual debe describir los elementos subjetivos, objetivos o normativos que conforman la conducta conminada con la sanción penal (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2001, Santiago de Chile, página 33).

4° Que de acuerdo a los parámetros antes descritos, reconocida como lo ha sido la decisión soberana del

Poder Legislativo de no adecuar el tipo penal en comento a las prescripciones y requerimientos del sistema procesal penal, no puede el sentenciador, mediante una interpretación de corte claramente analógico, extender la aplicación de un tipo específico a un supuesto de hecho que no ha sido establecido previamente. Dicha actividad torna en letra muerta el principio de legalidad penal, base del Estado de Derecho y escudo ante la arbitrariedad, sin que sea admisible la reconducción de la persona del Ministerio Público a la referencia que la disposición analizada hace a las “autoridades administrativas”, al exceder su naturaleza y funciones de las aludidas en las restantes normas del mismo Decreto Ley, que permiten dotar de contenido y límites a la descripción típica aludida.

5° Que en razón de lo expresado, al no encontrarse el Ministerio Público dentro de las autoridades aludidas en el referido artículo 22, este disidente fue del parecer de acoger el recurso por la causal señalada, toda vez que se ha calificado como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, de manera que en su concepto procede anular parcialmente el fallo impugnado y, en su reemplazo, dictar sentencia absolutoria respecto de los recurrentes por el delito antes referido, efecto que ha debido hacerse extensivo a los restantes acusados, atento a lo que prescribe el artículo 360 del Código Procesal Penal.

Regístrese y devuélvanse, con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro señor Cisternas y el voto en contra, de su autor.

Rol N°1323-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. No firman los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas, no obs-

tante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y con licencia médica, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticuatro de marzo de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

COMENTARIO A SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA DICTADA POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE LOS ÁNGELES EN CONTRA DEL JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE MULCHÉN CONDENÁNDOLO POR DELITO DE PREVARICACIÓN

Rodrigo Durán Fuica¹

I. Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles

Con fecha 9 de marzo de 2015, el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, integrado por los Jueces Antonia Flores Rubilar, Christian Osses Baeza y Juan Pablo Lagos Ortega, dictó sentencia definitiva² condenando al entonces Juez Titular del Juzgado de Policía Local de la comuna de Mulchén, don Rindolfo Eduardo Barra Navarrete, imponiéndole la pena de dos años de suspensión de cargo y oficio público en su grado máximo, y cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, con su accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad como autor del delito de prevaricación, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 224 N°7 del Código Penal en relación al artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, perpetrado en Mulchén en día indeterminado comprendido entre el 16 de enero 2009 al 17 de noviembre de 2010.

El siguiente trabajo analiza algunos aspectos jurídicos y procesales de la investigación y fallo.

II. Antecedentes

Los hechos objeto de condena se ejecutan en el contexto de la tramitación, ante el Juzgado de Policía Local de Mulchén, de la causa civil Rol N°84.503-P, sobre lesiones leves y daños en choque, derivados de un accidente de tránsito ocurrido en el territorio jurisdiccional de dicho tribunal, y en el cual uno de los intervinientes, específicamente la empresa aseguradora ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A. compareció como demandante, representada por el abogado E.F.P.

Así, en el año 2008 (y en los años anteriores), durante la tramitación de este expediente y encontrándose ya afinada la indagatoria, el referido abogado F.P.

1 Fiscal Adjunto, Fiscalía Local de Los Ángeles, Fiscalía Regional VIII Región del Biobío, Ministerio Público.

2 Fallo que se encuentra ejecutoriado por cuanto la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción rechazó con fecha 24 de abril de 2015 (Rol 199-2015) el recurso de nulidad intentado en su contra por la defensa del condenado.

y otros abogados de la causa efectúan presentaciones ante el Tribunal solicitando se dictara fallo en la misma, peticiones que por diversas razones son rechazadas por el juez titular don Rindolfo Barra Navarrete.

En ese contexto, el abogado F.P. insiste verbalmente y por escrito al referido Juez para que fallara la causa, y ante esta insistencia, el juez Barra Navarrete, el día 16 de enero de 2009, envía un correo electrónico al abogado aludido, correo que contenía un archivo adjunto con un borrador de la sentencia definitiva que se dictaría en la causa con fecha posterior, mensaje en el cual invitaba al referido abogado a hacer comentarios u observaciones al fallo. Todo ello en desconocimiento de los demás intervinientes en la causa.

Los antecedentes llegan a conocimiento del Ministerio Público, remitidos desde la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, órgano que durante la tramitación de una queja disciplinaria –derivada del retardo en dictar el fallo– tuvo noticia de ellos (Rol Corte 3-2011).

El Ministerio Público, una vez efectuadas las diligencias indagatorias correspondientes, y dada la investidura del imputado, dedujo en su contra querrela de capítulos conforme al artículo 424 y siguientes del Código Procesal Penal, la cual fue acogida parcialmente³ por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción⁴, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema⁵, ordenándose la continuación de la causa por los delitos de prevaricación del artículo 224 N°7 del Código Penal y falsificación de instrumento público sancionado en el artículo 193 N°5 del Código Penal (falsedad en la fecha de la sentencia definitiva).

Luego vino el juicio oral, celebrado en marzo de 2015, instancia en la cual, una vez rendidas las pruebas, se dicta sentencia condenatoria por el delito de prevaricación, y absolutoria por el delito de falsificación de instrumento público, sentencia condenatoria que a la fecha se encuentra ejecutoriada.

Durante este trabajo, dado lo relevante e inédito del pronunciamiento, comentaremos lo que dice relación con la condena por el delito de prevaricación.

III. Hechos que el Tribunal Oral tuvo por acreditados y su calificación jurídica

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

- 3 Se rechazó continuar causa respecto del delito de prevaricación culposa sancionado en el art. 225 N°3 del Código Penal, imputación que el Ministerio Público efectuó derivado del retardo en dictar sentencia por parte del juez imputado.
- 4 Sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 27 de junio de 2014, Rol 311-2014.
- 5 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 31 de julio de 2014, Rol 21.395-14.

“Con fecha 1 de agosto del año 2002, ante el Juzgado de Policía Local de Mulchén, integrado por el Juez Rindolfo Barra Navarrete y la Secretaria G.M.S., comenzó la tramitación del proceso Rol N°84.503-P, materia lesiones leves y daños en choque, derivado de accidente de tránsito ocurrido en el territorio jurisdiccional de dicho Tribunal. En dicho proceso intervino como uno de los abogados demandantes el profesional E.F.P., en representación de la empresa aseguradora ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A.

Ante la insistencia del referido abogado E.F.P., el imputado Barra Navarrete, en desconocimiento de los demás intervinientes en el proceso, el día 16 de enero del año 2009, remitió desde su correo electrónico personal (cuenta xxx) al correo electrónico personal del abogado E.F.P. (cuenta yyy) un archivo contenedor del borrador de la posterior sentencia definitiva que se dictó en la causa. Mediante la conducta anterior, el imputado Barra Navarrete anticipó la decisión judicial que adoptaría, la cual era favorable a los intereses de la parte representada por el Sr. F., señalándole en dicho correo: “Adjunto lo acordado, le introduciré mayores correcciones y lo envío afinado el lunes 19, por cualquier comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular”. De esta manera, al anticipar su decisión y, con posterioridad, dictar sentencia definitiva en la causa, el imputado Barra Navarrete lo hace encontrándose en manifiesta implicancia, que le era conocida y sin haberla hecho saber previamente a los intervinientes del caso”⁶.

Se recuerda que el artículo 224 N°7 del Código Penal establece el delito de prevaricación dolosa, sancionando al miembro de un tribunal de justicia que con manifiesta implicancia, que le sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil. Por su parte, dentro de las causas de implicancia establecidas por el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales se encuentra, en el N°8, el hecho de haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.

Estimó el Tribunal que al enviar el acusado un proyecto de fallo a uno de los abogados litigantes, manifestó su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia, conducta que lo comprometió en la causal de implicancia prevista en el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales. Luego, al dictar el fallo bajo ese supuesto se configuró el tipo penal de prevaricación.

IV. Sobre el tipo penal de prevaricación del artículo 224 N°7 del Código Penal, en relación con el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales y sus supuestos fácticos

El delito de prevaricación es una figura de mera actividad y de infracción de deber⁷, constituido en este último caso por la prohibición absoluta de

6 Considerando 34° de la sentencia comentada.

7 Al respecto ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, p 213.; y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y

fallar una causa si se sabe manifiestamente implicado, conforme lo dispone el artículo 224 N°7 del Código Penal, figura que no requiere que se produzca perjuicio para algún sujeto pasivo.

Sus elementos con los siguientes:

1.- Que se trate de un miembro de tribunales de justicia colegiado o unipersonal

En este sentido, el artículo 79 de la Constitución Política de la República señala que los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Por su parte el artículo 76 del mismo cuerpo legal establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley.

En lo que dice relación con el carácter de tribunal de los Juzgados de Policía Local, el mismo se desprende, entre otras normas, de los artículos 3, 5, 7 y 8 del D. S. N°307 del Ministerio de Justicia, año 1978, que fija el texto refundido de la Ley N°15.231 sobre Organización y Atribuciones de los Juzgado de Policía Local⁸.

Este carácter no fue objeto de debate en el respectivo juicio oral.

Sin perjuicio de lo anterior, en el juicio respectivo, el Ministerio Público para efectos de acreditar la calidad de Juez Titular del Juzgado de Policía Local de Mulchén, que detentaba el acusado a la época de los hechos, incorporó copia

OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. *Delitos Contra La Función Pública*, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 181.

8 Para desempeñar el cargo de Juez de Policía Local se exigen las calidades y requisitos para ser Juez de Letras (art. 3°).

Los Jueces de Policía Local tienen derecho a percibir una asignación mensual por Responsabilidad Judicial y tienen una Asignación de Incentivo por gestión jurisdiccional, que se concede teniendo como base los resultados de la calificación que efectúe la Corte de Apelaciones respectiva (art. 5°).

Los Jueces de Policía Local deben presentar ante el Alcalde el juramento prevenido en el art. 304 del Código Orgánico de Tribunales y les es aplicable lo dispuesto en el art. 323 bis del mismo Código (art. 7°).

A los Jueces de Policía Local les es aplicable lo dispuesto en los artículos 84, 85 y 86 de la Constitución Política de la República; duran, por consiguiente, indefinidamente en sus cargos y no pueden ser removidos ni separados por la Municipalidad. Además están directamente sujetos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la respectiva Corte de Apelaciones y deben informes de gestión a dicha Corte cada tres meses (art. 8°).

del Decreto de nombramiento N°00790, de fecha 17 de junio de 1998, emitido por Alcalde de la Municipalidad de Mulchén y copia de Acta de Juramento, de fecha 17 de junio de 1998, relativo al nombramiento del acusado como Juez Titular de Juzgado de Policía Local de Mulchén.

2.- Que el sujeto activo se encuentre en situación de implicancia, en este caso, en la establecida en el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales

Esta norma establece que es causal de implicancia haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para dictar sentencia.

Lo primero que debemos señalar en este tópico es que dentro de la prueba incorporada en juicio se puso especial énfasis en el hecho que era necesario acreditar que la causa civil Rol 84.503-P estaba “en estado de dictarse fallo”, es decir, que se habían cumplido con todas las etapas procesales correspondientes, en términos de período de discusión y rendición de todas las pruebas pertinentes y necesarias para efectos de estimar que el expediente estaba “afinado”, y que solo faltaba en él la dictación de la sentencia respectiva. De esta forma, se incorporó íntegramente el expediente 84.503-P mediante la lectura de cada una de las piezas relevantes para acreditar estos puntos (parte policial que dio inicio a la causa, demandas civiles y querellas infraccionales, declaraciones indagatorias, declaraciones de testigos, comparendos, absolución de posiciones, peritajes evacuados, etc.).

Lo segundo, el hecho de haberse manifestado el dictamen, situación que se acreditó incorporando copia del correo electrónico remitido el día 16 de enero de 2009 por el acusado desde su cuenta de correo personal a la cuenta de correo del abogado F.P., e incorporando mediante lectura una impresión del archivo adjunto a dicho correo, archivo que era precisamente un borrador casi idéntico de la sentencia definitiva que luego fue dictada en el expediente. Estos antecedentes habían sido presentados en el año 2011 a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción por el abogado E.F.P. durante la tramitación del expediente de queja disciplinaria Rol 3-2011, el cual también fue incorporado mediante lectura en el juicio oral.

En tercer lugar, se hizo mención con bastante relevancia al contenido de este “borrador de fallo”, el cual efectivamente podía ser estimado como un verdadero dictamen desde el punto de vista jurisdiccional, por los siguientes aspectos:

- a) Contenía todos los requisitos de una sentencia definitiva: parte expositiva, considerativa y resolutive.
- b) Al comparar este “borrador” con la sentencia definitiva agregada finalmente en el expediente Rol 84.503-P era posible concluir que eran casi

idénticas, teniendo como diferencias principalmente 3 aspectos, que fueron precisamente los que hizo mención el abogado F.P. al acusado en un correo de respuesta enviado el 19 de enero de 2009, y que fue rescatado desde el computador del Sr. F.P. por peritos del Cibercrimen que expusieron en el juicio oral⁹.

3.- Que encontrándose manifiestamente implicado, el sujeto activo fallare en causa criminal o civil, sin haber hecho saber la implicancia en forma previa a las partes

Al respecto, se acreditó que efectivamente se dictó por parte del acusado sentencia definitiva en la causa 84.503-P.

Ahora bien, uno de los aspectos debatidos en el juicio fue qué día específico se dictó esta sentencia, toda vez que no era discutido el hecho que el día en que aparecía fechado el fallo (9 de enero de 2009) no era el día en que realmente tuvo vida jurídica (recordemos que el correo electrónico se envió el día 16 de enero de 2009, hecho no discutido en el juicio). Al final, el Tribunal Oral, ponderando las pruebas rendidas dio por establecido que dicho fallo se pronunció en día indeterminado comprendido entre el 16 de enero de 2009 al 17 de noviembre de 2010¹⁰.

Por último y, por cierto, uno de los aspectos determinantes para la concurrencia de este ilícito, se acreditó que la implicancia existió sin que a las partes del proceso (con excepción, por supuesto, del abogado F.P.) se les hiciera saber por parte del acusado. En efecto, en el respectivo juicio oral, declararon como testigos los abogados de las otras partes de dicho proceso, quienes ratificaron el hecho que la comunicación del dictamen por parte del juez al abogado F.P. vía correo electrónico, fue algo ignorado por ellos¹¹.

V. Principales aspectos planteados por la defensa del condenado y su resolución por parte del Tribunal Oral

Para finalizar, comentaremos dos aspectos planteados por la defensa como parte de su teoría del caso.

1. Infracción al principio del non bis in idem

La defensa sostuvo que de condenarse al acusado por el delito de prevaricación se estaría infringiendo el principio de *non bis in idem*, debido a que el acusado ya había sido sancionado por estos mismos hechos por la vía discipli-

9 Al respecto ver considerando noveno del fallo en comento.

10 Considerandos vigésimo segundo y siguientes.

11 Considerandos décimo y decimonoveno.

na (expedientes disciplinarios Rol 3-2011 y Rol 39-2011. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción).

Al respecto, el Ministerio Público sostuvo los siguientes planteamientos:

1. En primer lugar, se hizo presente que hay diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico que contemplan la distinción entre responsabilidad administrativa y responsabilidad penal, entre ellas, el artículo 20 del Código Penal y el artículo 537 del Código Orgánico de Tribunales, el último de los cuales establece la facultad correctiva y disciplinaria de las Cortes respecto las faltas o abusos de los jueces, y que en su inciso final señala: “[...] lo dicho en este artículo se entiende solo respecto de aquellas faltas o abusos que las leyes no califiquen de crimen o simple delito”. Es decir, esta norma deja salva la persecución y juzgamiento penal de los jueces por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, independiente de la facultad sancionatoria disciplinaria de los tribunales superiores. Confirma lo anterior la propia Constitución Política de la República, que señala en su artículo 79 que los jueces son personalmente responsables de los delitos de cohecho, “[...] y en general de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”.
2. Se expuso, además, que en el caso concreto tampoco podía sostenerse que haya infracción al principio de *non bis in idem*, toda vez que la conducta delictiva imputada al Juez Barra Navarrete como constitutiva del delito de prevaricación consistía en haber fallado, en causa civil, con manifiesta implicancia, conocida de él, y sin habérselo hecho saber a las partes. Por su parte, la sanción administrativa aludida decía relación con el envío por parte del juez de un correo electrónico con el borrador del fallo, supuesto fáctico distinto a la prevaricación imputada cuya ejecución se realiza cuando el juez dicta fallo, es decir, en un momento posterior. En este sentido, se sostuvo que no hay identidad de hecho, por lo tanto no hay infracción al principio del *non bis in idem*.
3. Por otro lado, se expuso que no había coincidencia en el bien jurídico protegido por las normas cuya colisión se acusaba. En efecto, la sanción administrativa se impone por estimar que el juez había infringido su deber de reserva, establecido en el artículo 320 del Código Orgánico de Tribunales, que establece que los jueces deben abstenerse de expresar y aun de insinuar privadamente su juicio respecto de los negocios que por la ley son llamados a fallar.

En cambio, el delito de prevaricación lesiona la probidad, la correcta administración de justicia, la igualdad ante la ley, el debido proceso, y el igual acceso a la justicia¹².

12 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. Ob. citada, p. 192 y p. 179 y ss.

4. Se señaló que no existía tampoco coincidencia en cuanto a proporcionalidad, ya que no es posible comparar la sanción administrativa de suspensión de funciones con la sanción de presidio que impone el tipo penal de prevaricación.

En definitiva, el tribunal desechó los planteamientos de la defensa en este sentido, acogiendo todos los planteamientos del Ministerio Público y agregando otros, contenidos en los considerandos 29 y 30 del fallo.

2. Que la conducta del imputado y constitutiva de prevaricación no era lesiva en los términos exigidos por la doctrina de la teoría general del delito

La defensa al respecto indicó que en relación al bien jurídico protegido, lo actuado por el juez sería atípico, por cuanto no se habría afectado gravemente la imparcialidad o independencia del juez, dado que sólo se había tratado de una actuación desafortunada, que no tendría la trascendencia que el tipo penal requiere, ya que la sentencia estaba prácticamente terminada, y en nada había cambiado el sentido de lo decidido, los condenados eran los mismos y los absueltos eran los mismos. Además sostuvo que su defendido no había recibido dádivas o pago alguno. Por ello, no se habría afectado la imparcialidad o la independencia. De modo tal que no habiéndose afectado algún bien jurídico no procedía dictar sentencia condenatoria.

Dichos planteamientos fueron desestimados por el Tribunal Oral, que en el considerando 33 refiere los fundamentos de dicha decisión señalando los siguientes puntos de interés, los cuales reproduciremos textualmente:

1. Refiere en primer lugar que, tal “(...) como se analizó en el considerando 7°, la prevaricación consiste en faltar un magistrado gravemente por dolo o culpa a sus deberes funcionarios, en especial por denegación de justicia o torcida administración de justicia. Se trata de una grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por las personas especialmente obligadas a ello, de modo que desde el punto de vista de la tipicidad la conducta del acusado satisface plenamente el tipo penal, como ya se argumentó latamente a partir del considerando 8°, se trata de un delito de mera actividad y de infracción de deber, constituido en este caso por la prohibición absoluta de fallar una causa si se sabe manifiestamente implicado, conforme lo dispone el artículo 224 N°7 del Código Penal, figura que no requiere que se produzca perjuicio para algún sujeto pasivo, como expresamente se exige en el caso del número 6 del código punitivo el que señala: “los que den auxilio o consejo a cualquiera de las partes los intervinientes en perjuicio de la otra”, caso en el cual parte de la doctrina sostiene que se trata

de un delito de resultado¹³, pero que es un delito de prevaricación distinto al materia de este juicio”.

2. Agrega que “(...) tales infracciones a diferencia de lo que opina la defensa, ciertamente que son de carácter grave, puesto que independientemente de la presión que puedan ejercer las partes, o de los problemas de salud hechos valer por el acusado, no es aceptable que un juez envíe un borrador de fallo al abogado de una de las partes para que éste le exprese anticipadamente su opinión sobre el mismo, y consienta en que le efectúe correcciones a espaldas de los demás intervinientes, pues con ello se socaba la esencia misma de la función jurisdiccional, como es el principio de la imparcialidad, y se genera desconfianza en la ciudadanía sobre la idoneidad de los jueces para resolver sus conflictos, de quienes se espera que garanticen la recta aplicación de la ley y se alejen de todo atisbo de corrupción”.

“Lo dicho se relaciona también con el principio de lesividad que la defensa estima ausente, ya que no cabe duda que el bien jurídico protegido, esto es, la recta administración de justicia se ha visto gravemente comprometida, puesto que cuando un juez deja de ser imparcial no tiene lugar una verdadera administración de justicia”.

3. “(...) que no se comparte la opinión de la defensa en el sentido de que la afección al bien jurídico sería inexistente, ya que la sentencia estaba prácticamente terminada, porque en nada habría variado el sentido de lo decidido, o que el abogado F. habría incidido en cuestiones meramente formales sin causar perjuicios a las partes intervinientes, o que no se invalidara la sentencia; porque el punto no es ese, lo reprochable es que un juez comprometido en su imparcialidad por su vinculación con una de las partes dicte sentencia en la misma causa, es eso lo que el legislador quiere evitar al establecer la norma penal prohibitiva que encierra el tipo penal de prevaricación...”.
4. “(...) Ahora bien, desde el punto de vista de los directamente involucrados en el juicio tampoco la solución propuesta por la defensa pareciera ser aceptable, ya que la parte demanda apeló del fallo, por lo tanto, sí le causó perjuicio, inclusive la sentencia de segunda instancia de fecha 4 de septiembre de 2014 revocó la condena en costas que había sufrido, y revocó las indemnizaciones otorgadas a Buses Bio Bio por los conceptos por desvalorización del bus que ascendía a \$3.000.000 pesos, y lucro cesante que había sido concedida por la suma de \$9.000.000. (Documental A-31 y A32)...”.

13 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. Ob. citada., p. 214.

5. “(...) Con ello se quiere demostrar que la infracción deber del juez implicado, sobre todo en la forma en que lo ha sido el acusado, de todas maneras causa un daño a la legitimidad del fallo, a la legitimidad del juez, a la recta administración de la potestad jurisdiccional y la confianza ciudadana en los tribunales de justicia”.

VI. Palabras finales

Sin duda, lo tratado en este artículo constituye una materia poco desarrollada a nivel jurisprudencial, lo que transforma en relevante este fallo por constituir uno de los pocos pronunciamientos judiciales sobre este especial delito y sus interesantes matices.

Texto completo sentencia

Los Ángeles, nueve de marzo de dos mil quince.

VISTOS:

Que, ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, integrada por los Jueces Titulares doña Antonia Flores Rubilar, como Presidenta de Sala, don Juan Pablo Lagos Ortega como integrante, y don Christian Osses Baeza, como redactor, tuvo lugar la audiencia de juicio oral en antecedentes RIT N°3-2015 en relación con la querrela de capítulos deducida por el Ministerio Público en contra del acusado **RINDOLFO EDUARDO BARRA NAVARRETE**, Cédula Nacional de Identidad N°8.769.349-K, abogado, domiciliado en Gana N°877 de Mulchén, acción procesal previa al juicio oral que fue declarada admisible por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en causa por sentencia de fecha 27 de junio de 2014, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 31 de julio de 2014.

Por la defensa compareció por el abogado defensor particular don Nelson Villena Castillo.

Sostuvo la acusación el Fiscal Adjunto del Ministerio Público don Rodrigo Durán Fuica.

Se presentó como querellante el Consejo de Defensa del Estado, representado por el abogado don Gastón Barril Molina, el cual presentó acusación particular.

Los hechos en que se fundó la acusación fiscal, según se leyó en el auto de apertura, fueron los siguientes:

“Con fecha 1 de agosto del año 2002, ante el Juzgado de Policía Local de Mulchén, integrado por el Juez Rindolfo Barra Navarrete y la Secretaria G.M.S., comenzó la tramitación del proceso Rol N°84.503-P, materia lesiones leves y daños en choque, derivado de accidente de tránsito ocurrido en el territorio jurisdiccional de dicho Tribunal. En dicho proceso intervino como uno de los abogados demandantes el profesional E.F.P., en representación de la empresa aseguradora ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A.

Una vez rendidas las pruebas pertinentes para la adecuada resolución del caso, el referido proceso judicial quedó en estado de dictarse sentencia definitiva aproximadamente en el mes de julio del año 2005.

Que consecuentemente con lo anterior, el abogado F.P. comenzó en el año 2005 a solicitar formalmente al Sr. Juez Rindolfo Barra Navarrete que dictara sentencia definitiva en la causa, peticiones que también formularon otros abogados intervinientes en la misma.

Ante la insistencia del referido profesional abogado E.F.P., el imputado Barra Navarrete, en desconocimiento de los demás intervinientes en el proceso, el día 16 de enero del año 2009, remitió desde su correo electrónico personal (cuenta xxx) al correo electrónico personal del abogado E.F.P. (yyy) un archivo contenedor del borrador de la posterior sentencia definitiva que se dictó en la causa. Mediante la conducta anterior, el imputado Barra Navarrete anticipó la decisión judicial que adoptaría, la cual era favorable a los intereses de la parte representada por el Sr. F., señalándole en dicho correo: "Adjunto lo acordado, le introduciré mayores correcciones y lo envío afinado el lunes 19, por cualquier comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular". De esta manera, al anticipar su decisión y, con posterioridad, al dictar sentencia definitiva en la causa, el imputado Barra Navarrete lo hace encontrándose en manifiesta implicancia, que le era conocida y sin haberla hecho saber previamente a los intervinientes del caso.

Sin perjuicio de lo anterior, el imputado Barra Navarrete, siendo contumaz en

su retardo, no dictó la sentencia en las épocas siguientes, lo que motivó que el abogado F.P. volviera a insistir, y ante la inactividad del referido Juez, el día 3 de enero del año 2011 interpuso en su contra un recurso de queja.

Con posterioridad a la interposición del recurso de queja, y durante la tramitación del mismo, apareció incorporada en el expediente en cuestión, una sentencia definitiva firmada por el imputado Barra Navarrete, y datada al 09 de enero del año 2009, fecha que no corresponde a la realidad, y que el imputado, con abuso de su oficio, incorporó en el documento judicial, lo que se desprende —entre otros antecedentes— del hecho que sólo el 16 de enero de ese mismo año el imputado Barra Navarrete remitió vía correo electrónico antes referido al Abogado F.P. un borrador de dicho fallo". (sic)

A juicio de la Fiscalía estos hechos configuran los delitos de prevaricación dolosa, previsto y sancionado en el artículo 224 N°7 del Código Penal, en relación con el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, y el delito de falsificación de instrumento público, previsto y sancionado en el artículo 193 N°5 del Código Penal, ambos en grado de desarrollo consumado, atribuyéndole al acusado participación en calidad de autor en los mismos.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en concepto del ente persecutor concurre para ambos ilícitos la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, sin que concurren agravantes, solicitando, en definitiva, la imposición de

las penas de 5 años de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos, y 400 días de presidio menor en su grado mínimo, por el ilícito de prevaricación dolosa; y de 4 años de presidio menor en su grado máximo por el delito de falsificación de instrumento público, en ambos casos más las accesorias legales y las costas de la causa.

Que el Consejo de Defensa del Estado, como parte querellante, dedujo acusación particular en contra del acusado, en base a los mismos hechos ya referidos, entendiendo idéntica calificación jurídica, iter críminis, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y participación que el ente persecutor penal; más, requirió la imposición de mayor pena corporal por el ilícito de prevaricación dolosa, esto es, 540 días de presidio menor en su grado mínimo.

Los intervinientes no acordaron convenciones probatorias.

Y CONSIDERANDO:

1°.- Antecedentes previos. Para mejor comprensión del caso en estudio partiremos por reseñar brevemente la génesis de esta causa en cuanto a su contexto temporal y hechos relacionados más relevantes.

Se debe decir que el primer hito de importancia viene a ser el recurso de queja o queja disciplinaria que el abogado señor F.P. presentó en contra del acusado ante la I. Corte de Apelaciones de Concepción en el mes de enero del año 2011, por haber –a su juicio– incurrido en grave falta o abuso de sus obligaciones funcio-

narias al no haber dictado fallo en la causa ROL 84.503-P del Juzgado de Policía Local de Mulchén, que databa del año 2002, siendo el acusado el juez titular de dicho juzgado, acción administrativa por medio del cual pedía la aplicación de sanciones disciplinarias en contra del magistrado. Todo aquello rola a fs.12 de copia de expediente recurso de queja disciplinaria, Rol Corte 3-2011 seguida ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, incorporado como prueba documental A-3 del Ministerio Público.

A fs. 66 de la documental A-3 el juez recurrido, señor Barra, el 27 de enero de 2011 informa al tenor de la queja presentada indicando que *“en la causa ROL 84.503-P se dictó sentencia con anterioridad a la interposición del recurso de queja del abogado don E.F.P. (sic)”*. Afirmó, además, que el propio recurrente había sido notificado del fallo el 2 de abril de 2010, acompañando a fs. 29 copia de la sentencia de fecha 9 de enero de 2009 y acta de notificación personal del abogado F. a fs. 64 de fecha 2 de abril de 2010.

A fs. 123 del expediente de queja disciplinaria, documental A-3, el abogado F. presentó un escrito en el cual manifiesta que tanto el hecho de haberse dictado sentencia en la causa, como el haber sido notificado de la misma no eran efectivos, ya que el propio juez, ante sus reiteradas peticiones escritas y verbales para que dictara fallo, le había enviado un borrador de la sentencia el día 16 de enero de 2009, por lo que no podía ser cierto que hubiere dictado fallo el

día 9 de enero de 2009 como decía la sentencia. Acompañando al efecto a fs. 75 y 76 y siguientes, copia del referido mail y del borrador de la sentencia recibida de parte del juez de la causa.

A fs. 149 del expediente de queja disciplinaria Rol 3-2011, (documental A-3) la I. Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 18 de abril de 2011, impone al juez Rindolfo Eduardo Barra Navarrete, la sanción disciplinaria de amonestación privada debido a (considerando 6°) *“su conducta negligente en el cumplimiento de su deber de fallar el asunto de que se trata dentro de plazo legal”* (sic), infringiendo los artículos 319 y 544 N°3 del Código Orgánico de Tribunales.

Adicionalmente, se ordena de oficio abrir investigación sumaria administrativa *“por la disconformidad que se advierte entre las versiones del quejoso, del Juez de Policía Local y don Rindolfo Eduardo Barra Navarrete, y de la secretaria de dicho tribunal doña G.M.S., en cuanto a la autenticidad del testimonio de notificación de fs.377 y el envío por correo electrónico de un proyecto de fallo al recurrente”* (sic).

Igualmente, se resolvió remitir los antecedentes al Ministerio Público, *“apareciendo antecedentes que los hechos reseñados en el párrafo precedente relativos a la notificación del fallo, pudieran ser constitutivos de delito, remítanse, en su oportunidad, las piezas pertinentes para que inicie la investigación correspondiente al Ministerio Público”* (sic)

De esta forma, el 4 de mayo de 2011 se inicia la investigación adminis-

trativa ROL 39-2011, en contra del acusado y la secretaria del tribunal G.M.S., cuyo expediente fue incorporado por el Ministerio Público como prueba documental A-4.

A fs. 97 de la investigación administrativa ROL 39-2011, se sobresee a la secretaria del tribunal doña G.M.S. por no ser funcionaria del Poder Judicial.

A fs. 101 con fecha 15 de septiembre de 2011 la I. Corte de Apelaciones de Concepción impuso a don Rindolfo Eduardo Barra Navarrete, la medida disciplinaria de suspensión de funciones por el término de un mes por infringir el artículo 320 del Código Orgánico de Tribunales. Al efecto, la resolución en su considerando 8° señala: *“Que, en consecuencia, el juez Sr. Barra Navarrete, infringió la prohibición que le impone el artículo 320 del Código Orgánico de Tribunales en la forma ya descrita, conducta que en opinión de esta Corte es gravísima, pues no puede aceptarse que un juez envíe un borrador de fallo al abogado de una de las partes para que éste le exprese anticipadamente su opinión sobre el mismo, ni que se entreviste con el letrado en la oficina de este último, para debatir sobre el contenido de la sentencia”*. (sic)

A fs. 133 con fecha 23 de enero de 2012, se confirma por la Excma. Corte Suprema la resolución apelada, y en la misma resolución se dejó constancia de algunas disidencias, como que los Ministros señores Juica, Oyarzún, Rodríguez, Muñoz, y Pierry, y las Ministras señoras Araneda y señora Saldoval y los

Suplentes señores Escobar y Pfeiffer estuvieron por elevar la sanción a cuatro meses de suspensión de funciones; los Ministros señores Juica, Oyarzún, Rodríguez, Muñoz, y Pierry, y las Ministras señora Araneda y los Suplentes señores Escobar y Pfeiffer estuvieron por abrir un cuaderno de remoción; mientras que los Ministros señores Oyarzún, Rodríguez, Muñoz, y Pierry, señora Araneda y Suplentes Escobar y Pfeiffer fueron de la opinión de que se investigue la eventual perpetración del delito de prevaricación descrito en el artículo 224 N°7 del Código Penal.

Finalmente, el Ministerio Público en conocimiento de los antecedentes enviados por la I. Corte de Apelaciones de Concepción según resolución de fs.149 de los antecedentes administrativos sobre queja disciplinaria ROL 3-2011, decidió formalizar investigación y deducir la correspondiente querrela de capítulos en contra del Juez Titular del Juzgado de Policía Local de Mulchén don Rindolfo Eduardo Barra Navarrete, la que fue declarada admisible por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de fecha 27 de junio de 2014, y que fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 31 de julio de 2014.

2°.- Teorías del caso. Que, en su alegato de apertura el Ministerio Público reiteró el contenido de la acusación, señalando que los delitos materia de este juicio comprometían el principio de la legalidad, la fe pública, la imparcialidad y el principio de la probidad, al introdu-

cir incertidumbre sobre la legalidad de las actuaciones judiciales, que es donde, precisamente, no debe haber ningún tipo de incertidumbre.

Refirió que los delitos se habían cometido por el acusado en su calidad de Juez Titular del Juzgado de Policía Local de Mulchén, durante la tramitación de la causa por daños en choque y lesiones, Rol: 84502-P, la que se refería a una colisión múltiple en la cual un camión había colisionado a diversos vehículos que transitaban por la ruta 5 Sur, entre ellos, un bus de la empresa Bio-Bio. Indicó que la causa se inició en el año 2002, y habiendo quedado en estado de ser fallada en el año 2005 el acusado no había dictado sentencia, pese a las reiteradas solicitudes escritas y verbales del abogado de una de las partes demandantes, E.F.P., quien actuaba en representación de la empresa aseguradora ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A. (en adelante, la aseguradora), el que había terminado por presentar una queja en contra del acusado en el año 2011, por no haber dictado nunca sentencia en la referida causa.

Agregó, que al evacuar su informe el juez recurrido aseguró haber dictado sentencia el día 9 de enero de 2009, la que se habría notificado al abogado F. el día 2 de abril de 2010. Sin embargo, aquello era imposible, puesto que acreditaría que el acusado el día 16 de enero de 2009 había enviado al abogado F. un correo electrónico en el cual le adjuntaba un borrador de la sentencia –que todavía no se dictaba a esa

fecha— adelantando a una de las partes la decisión del asunto que como juez estaba conociendo. A todo lo cual se sumaba que la notificación de la sentencia al abogado F. tampoco había sido real.

De esta forma, el acusado había incurrido en el delito de prevaricación dolosa, dado que había dictado sentencia a sabiendas que estaba manifiestamente implicado al fallar un asunto sobre el cual ya había adelantado una decisión, infringiendo con ello lo prevenido en el artículo 224 N°7 del Código Penal en relación con el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales.

Pero además, el acusado al datar la sentencia con una fecha distinta a la real, con el único objeto de eludir su responsabilidad funcionaria, pues estaba siendo investigado disciplinariamente por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, cometió un segundo delito, el de falsificación de instrumento público, lo que en ningún caso podría atribuirse a un simple error tipográfico, como sostuvo la defensa, en atención al cúmulo de antecedentes que demostrarían las numerosas irregularidades cometidas en la tramitación de la causa 84.503-P del Juzgado de Policía Local de Mulchén.

Argumentos que reiteró y profundizó en su alegato de clausura.

3°.- La parte querellante hizo suyas las legaciones de la fiscalía, haciendo referencia a que, según su parecer, el juez había faltado al principio de la independencia judicial, y al principio de la responsabilidad de los jue-

ces, sucumbiendo ante los legítimos reclamos del abogado F. para que dictara fallo. Indicó que prevaricar significa “ir por el mal camino” lo que se evidenciaba en esta causa al demorar injustificadamente la dictación del fallo; al no dar curso progresivo a los autos; al decir la secretaria del tribunal que se había equivocado al notificar al abogado F., y había entregado información no real en los estados bimensuales, al certificar que la causa estaba fallada cuando en realidad no lo estaba; además, de que había un receptor ad hoc que habiendo sido designado para efectuar las notificaciones no las había hecho en su momento.

Finalmente sostuvo que el juez, señor Barra, prácticamente había delegado sus funciones jurisdiccionales a una de las partes y que había incurrido en el delito de falsificación de instrumento público al fechar la sentencia el 9 de enero de 2009 cuando en realidad no se había dictado en tal fecha.

4°.- Que, la defensa pidió la absolución para su representado para ambos capítulos de la acusación, pues el envío del borrador de la sentencia al abogado F., el cual era un hecho reconocido por su representado, no fue estimado como constitutivo de delito por parte de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, la que conoció de estos hechos, tanto a través del recurso de queja, como por medio de la investigación sumaria que también se siguió en contra de su defendido, sin enviar los antecedentes al Ministerio Público para que investigara un eventual

delito de prevaricación o de falsificación, a pesar de estar en la obligación de denunciarlos si tomaba conocimiento de estos ilícitos. Por el contrario, sólo se remitieron los antecedentes al Ministerio Público para que investigara si se había cometido algún delito al notificar la sentencia al abogado F., por parte de la Secretaria del tribunal, hecho que no estaba incluido en la acusación, ni menos se le había imputado a su defendido.

Inclusive, la propia Excm. Corte Suprema al conocer de las sanciones administrativas que se le impusieron a su representado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, había confirmado las sanciones impuestas, siendo, en todo caso, minoritaria la opinión al interior de la Corte Suprema de que se podría estar frente a un delito de prevaricación.

Como segundo argumento, sostuvo que habiéndose ya sancionado al acusado por estos mismos hechos por la vía disciplinaria, debía dictarse sentencia absolutoria en esta causa penal, en consideración al principio del non bis in idem.

En tercer lugar, indicó que desde el punto de vista del principio de lesividad en relación al bien jurídico protegido, tampoco se habría afectado gravemente la imparcialidad o independencia del juez, dado que sólo se había tratado de una actuación desafortunada por parte de su defendido, que no tenía la trascendencia que el tipo penal requería, ya que la sentencia estaba prácticamente terminada, y en nada había cambiado el sen-

tido de lo decidido, por lo que no se había causado perjuicios a las partes intervinientes.

Que por su parte, en cuanto al tipo de falsificación por el cual se formuló acusación no se encuadraba típicamente a los hechos del juicio, dado que el tipo penal del artículo 193 N°5 del Código Penal, exigía que se tratara de una falsificación material abusando de su oficio, y aquí su representado no había efectuado falsificación material alguna, ni había abusado de su ministerio, ya que sólo se habría tratado de un error de copia, y si se estimare que el tipo penal también podía incluir una falsificación de tipo ideológica, tampoco habría delito, ante la ausencia de dolo en el actuar de su representado. Desde el punto de vista del tipo subjetivo calificó de meras conjeturas los argumentos de la fiscalía en cuando afirmaba que el acusado habría actuado dolosamente al consignar la fecha de la sentencia, por el contrario, su defendido siempre había afirmado que había incurrido en un error al datar la sentencia con una fecha distinta de la real, y el tipo penal de falsificación por el cual se le había acusado exigía dolo directo.

En su alegato de clausura, reiteró los argumentos referidos precedentemente, agregando que de los hechos de la acusación no se había logrado probar por parte de los acusadores que la causa haya quedado para fallo en el mes de julio de 2005, (párrafo segundo) y menos que su representado hubiera dictado el fallo después de presentada la queja (párrafos quinto y sexto).

Por otra parte –precisando el alcance de los hechos no controvertidos– señaló que aceptaban la ocurrencia de todo lo descrito en el primer párrafo de los hechos de la acusación. Además, reconocían que efectivamente el día 16 de enero de 2009 su defendido había enviado al abogado F. el referido correo electrónico con un borrador de la sentencia, y que realmente el fallo no se había dictado el día 9 de enero del 2009, aunque si lo había sido el día 19 de enero de 2009. Sin perjuicio de lo cual, todo aquello no acreditaba, necesariamente, la existencia de los delitos imputados por las razones antes expuestas.

PRIMER CAPITULO DE LA ACUSACION.

En cuanto al delito de prevaricación.

5°.- Hechos no discutidos. Que, conforme a las teorías del caso expuestas por los intervinientes en los respectivos alegatos de apertura y clausura, y que se plasmaron en los considerandos 2°, 3° y 4° precedentes; el expreso reconocimiento de la defensa letrada, así como del propio acusado, y en concordancia con las pruebas de cargo que se indicarán en cada caso, desde ya se pueden dar por establecidos los siguientes hechos:

A) Que, con fecha 1 de agosto del año 2002, ante el Juzgado de Policía Local de Mulchén, integrado por el Juez Rindolfo Barra Navarrete y la Secretaria G.M.S., comenzó la tramitación del proceso Rol N°84.503-P, materia lesiones leves y daños en choque, derivado de accidente de

tránsito ocurrido en el territorio jurisdiccional de dicho Tribunal. En el cual intervino como uno de los abogados demandantes el profesional E.F.P., en representación de la empresa aseguradora ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A. (párrafo primero de la acusación)

a.1) Lo que se acreditó, además, con la copia del expediente de la causa Rol 84.503-P (cuaderno principal) del Juzgado de Policía Local de Mulchén, incorporado como prueba documental A-27.

a.2) La calidad de juez titular del Juzgado de Policía Local de Mulchén que detentaba el acusado a la época de los hechos, se acreditó, asimismo, con la copia del Decreto de nombramiento N°00790, de fecha 17 de junio de 1998, emitido por Alcalde de la Municipalidad de Mulchén, signado como prueba documental A-10.

a.3) Y con la copia de Acta de juramento, de fecha 17 de junio de 1998, relativo a nombramiento del acusado como Juez Titular de Juzgado de Policía Local de Mulchén. Prueba documental A-11.

B) Que, día 16 de enero de 2009 el acusado envió al abogado F. un correo electrónico adjuntando un borrador de la sentencia que él iba a dictar en la causa Rol 84.503-P, desde su correo electrónico personal xxx, al correo electrónico personal del abogado señor F.P. yyy, señalándole en dicho correo: *“Adjunto lo acordado, le introduciré mayores correcciones y lo envío afinado el lunes 19, por cualquier*

comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular”. (párrafo cuarto de la acusación)

b.1) Hecho que se dio por acreditado en primer término con la declaración del acusado en estrados, **Rindolfo Barra Navarrete**, quien, en lo pertinente, señaló que a principios de enero de 2009 ante la insistencia del abogado F. para que dictara sentencia, el cual inclusive le dijo que iba a quejarse ante la I. Corte por esta situación, y condicionado por un estado de salud quebrantado, lo que a la postre le significó sufrir un infarto cardiaco, le señaló: *“sabe que más, para que usted me crea que la tengo prácticamente lista, le voy a mandar copia del borrador del fallo, le parece? -ya envíemelo- pero lo único que le voy a pedir es que no me haga ningún tipo de alcance ni se meta en el tema de fondo, porque eso me compete a mí, compruebe que lo que yo le estoy diciendo es cierto, y si tiene alguna observación de tipo formal o algún error de omisión que usted observe, ya dígamelo...”* (sic). Más adelante señaló que efectivamente el viernes 16 de enero llegó a su casa y le envió el correo *“conforme a lo acordado”* (sic) pues a diferencia de lo que decía F. esto lo habían acordado, *“no era que a él se le había simplemente ocurrido mandar el fallo”* (sic). Que no pensó o no calibró las consecuencias ulteriores que eso tenía, lo hizo simplemente, contando que con ello aliviaría la presión a la que el abogado F. lo estaba sometiendo, *“para que se quedara tranquilo, abí está su fallo”* (sic). También el acusado reconoció que efectivamente en el referido correo se mencionaban las palabras *“Conforme a lo acordado”, “le adjunto”*

y que *“cualquier cosa que estime pertinente hágamela presente y llámeme al celular”,* y que también decía que *“el día lunes lo tengo afinado”*.

Ante las preguntas del fiscal también reconoció que el referido mail contenía la oración: *“Adjunto lo acordado, el fallo lo tendré afinado el lunes 19 y que cualquier cosa que lo llamara al celular”.* (sic)

Admitió, también, que el borrador que le envió al abogado F. contenía prácticamente toda la sentencia, con la parte expositiva, considerativa y resolutive, en la cual se acogían las querellas infraccionales y las demandas civiles interpuestas por las partes con sus respectivos montos.

Finalmente, reconoció que el abogado F. respondió su correo, y que a través de este medio *“se permitía”* (sic) indicarle algunas modificaciones formales, como que había un error en la parte resolutive, específicamente en el nombre de la compañía de seguros, y que, además, se explayara en la responsabilidad del conductor del camión. Sin embargo, señaló que no vio ese mail, sino días después de dictado el fallo, de modo que no es que haya seguido las instrucciones del abogado, puesto que él ya había hecho las mismas modificaciones de mutuo propio.

b.2) Además, el Ministerio Público para probar este hecho incorporó la prueba documental A-3 consistente en copia autorizada de expediente de recurso de queja disciplinaria, ROL Corte 3-2011, seguida en contra del acusado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, en cuya foja

75 se contiene una copia de impresión digital del correo electrónico de fecha 16 de enero de 2009, el que aparece enviado desde el correo xxx, correspondiente a Rindolfo Eduardo Barra Navarrete, para el correo electrónico del abogado F.P., yyy, enviado el día viernes 16 de enero de 2009, el que contenía un archivo adjunto titulado “Sent def Bio-Bio en confecc (1).doc”; correo que decía textualmente:

“Adjunto lo acordado, le introduciré mayores correcciones y lo envío afinado el lunes 19, por cualquier comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular”.

b.3) El Ministerio Público incorporó también la documental A-4 consistente, como ya dijimos, en el expediente de la investigación administrativa ROL 39-2011 de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, en cuya fs. 3 se contiene declaración indagatoria del acusado, que en lo pertinente señala: “Que es efectivo que el 16 de enero de 2009, desde el computador de mi casa, le envié al Sr. E.F., a su correo electrónico, un borrador del proyecto de fallo sobre el cual estaba trabajando;”

Asimismo declara: “Entonces, como forma de corroborarle el avance del fallo, acordé con él, de enviarle el proyecto de fallo por correo electrónico, para el solo fin de que tuviera conocimiento del estado, casi terminado, en que se encontraba, lo que hice el día 16 de enero de 2009, indicándole que iba a estar afinado el lunes 19. Es cierto que le agregué que me hiciera saber cualquier comentario, pero todo ello, en el

entendido que se refería al convencimiento de que la sentencia estaba casi terminada. Reconozco que fue un error enviarle dicho proyecto, como asimismo indicarle que cualquier comentario me lo hiciera saber, pero todo ello en el bien entendido de que el fin era solo que tuviera conocimiento del estado del fallo”. (sic)

Y en sus descargos de fs.72 declaró: “debo reconocer lo que hice, me equivoque, le di conocimiento del fallo al abogado don E.F.P. antes de estar éste totalmente afinado y debidamente firmado”.

En el mismo expediente a fs.7 consta la declaración del abogado E.F., el cual coincide en lo sustancial con lo dicho por el acusado, señalando: *Puedo agregar que, a raíz de mis constantes requerimientos para que dictara fallo, a principios de enero del año 2009 recibí una llamada telefónica del Sr. Juez Titular del Juzgado de Policía Local, comunicándome que me enviaría un correo electrónico con el borrador del fallo, respondiéndole para qué me iba a mandar un borrador si lo que correspondía era que dictara el fallo, no obstante lo cual, el 16 de enero de 2009, mediante correo electrónico me llegó el borrador del fallo que rola a fs. 76 y siguientes de este cuaderno de fotocopias. Leí el referido documento y lo llamé por teléfono diciéndole que el fallo estaba bien pero que en el considerando 55°, había que cambiar el nombre de “Compañía Magallanes” por “ABN Amro”. (sic)*

b.4) También se consideró el testimonio del mencionado abogado E.F.P., recibido como prueba anti-

cipada mediante audio y video de la audiencia de prueba rendida ante el Juzgado de Garantía de Mulchén.

En dicha declaración el abogado F. corroboró su versión de los hechos en el sentido que ante las reiteradas peticiones para que dictara fallo, y no habiendo logrando que lo hiciera, le advirtió que sino dictaba sentencia le presentaría una queja. Lo cual finalmente hizo en el mes de enero de 2011 por no haber dictado sentencia todavía, y que al enterarse de que el juez había informado a la I. Corte que había dictado sentencia el día 9 de enero de 2009, le dijo al Presidente de la Corte que aquello no era cierto, ya que él había recibido del propio juez un correo electrónico el 16 de enero de 2009, el cual contenía una minuta del fallo que todavía estaba en redacción, indicando que se trataba de un segundo correo porque antes, a principios de enero le había enviado otro. El testigo corroboró el contenido del mensaje leyéndolo en la audiencia, el que decía:

“Adjunto lo acordado, le introduciré mayores correcciones y lo envío afinado el lunes 19, por cualquier comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular”. (sic)

Sobre el archivo adjunto también ratificó que se trataba del borrador de la sentencia de la causa ROL 84.503-P en la cual él representaba a la aseguradora. El documento contenía una parte expositiva, la parte considerativa y la fase resolutive, en la que se dictaminaba la responsabilidad infraccional del chofer del camión en el choque por

alcance, perteneciente a la empresa de Transportes Don Basilio Ltda., parte demandada en dicho juicio, y también se acogían las demandas civiles interpuestas por su parte y la empresa de buses Bio-Bio.

El testigo admitió que le contestó el correo al juez señor Barra, enviándole otro correo electrónico en que le decía que había detectado dos errores, *“que se había equivocado en el nombre de la compañía de seguros,.... y que hiciera un considerando aparte donde se refiriera de manera específica a la responsabilidad del conductor del camión”.* (sic)

Como se podrá apreciar, el testigo F. básicamente dice lo mismo que declaró en el sumario administrativo ROL 39-2011, sólo que en lugar de llamarlo por teléfono, en el juicio oral dijo que la respuesta fue por escrito.

b.5) En relación con el párrafo anterior, el Ministerio Público ordenó periciar el computador del testigo F. y rindió al efecto prueba pericial por parte de un especialista en computación de la PDI, **Javier Rodríguez Segovia**. El perito señaló que al revisar la bandeja de elementos recibidos, constató que estaba vacía, puesto que habían borrado todos los correos. Sin embargo, al analizar la “bandeja de elementos enviados” pudo constatar que aparecía un correo de fecha 19 de enero de 2009, emanado del mail del abogado F., yyy, el cual iba dirigido al correo del acusado, xxx, en respuesta a otro recibido desde ese mismo correo con

anterioridad el día 16 de enero de 2009.

Con el apoyo de la prueba documental A-24 consistente en cinco fotografías de la pantalla del computador, el perito explicó lo antes señalado y leyó el contenido del correo de 19 de enero de 2009 que aparecía enviado a las 13:32 horas y que decía textualmente:

“Estimado colega:

He leído el fallo y me parece correcto, salvo dos aspectos, a saber.

1.- *Al término del Considerando 19o, estimo que sería más conveniente colocar el párrafo de la responsabilidad del conductor del camión J.M.S.M.V., como un considerando aparte, como número 200, cambiando la numeración de los demás considerandos, a fin de destacar en mayor forma la culpabilidad de este chofer.*

2.- *En la parte resolutive del fallo, en el No II, habría que cambiar la frase “a pagarle a la demandante la Empresa de Transportes “Buses Bio Bio Limitada”, también ya individualizada en autos, las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que se indican” por “a pagarle a la demandante “ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A.”, también ya individualizada en autos, la siguiente suma de dinero y por el concepto que se Indica:*

Atentamente,

E.F.P.

Abogado” (sic)

Asimismo el perito se refirió al documento encontrado en el PC del abogado F. en la carpeta JURISPRUDENCIA y signado como **Sent. JPL. Mulchén** el cual contenía un documento en Word con un proyecto de la sentencia de la causa ROL 84.503, lo que se pudo constatar de su simple lectura, ya que se incorporó como prueba documental A-23.

Pese a que el perito no pudo afirmar si este proyecto de sentencia era el mismo que habría sido enviado al abogado F. por el acusado en el correo original del 16 de enero de 2009, como hizo ver la defensa, ya que inclusive el archivo aparecía creado el 19 de noviembre de 2009, al analizar en detalle el documento, todo parece indicar que se trataba de un segundo proyecto, puesto que contiene el mismo considerando 20 que aparece en la sentencia. Ello demuestra que dicho borrador es necesariamente posterior al que el acusado le envió en el correo del 16 de enero de 2009, pues, por simple lógica, si el abogado le hizo el alcance de dividir el considerando 19 y dejar el 20 exclusivamente para fundamentar la responsabilidad de la parte demandada, es que aquel borrador no tenía el considerando 20 como lo quería el abogado F. Con ello se acredita, además, que fue más de un borrador el que terminó en manos del abogado F., lo que por lo demás es concordante con la promesa del juez contenida en el mail de 16 de enero de 2009 de enviar otro proyecto más afinado, y confirma lo señalado por la secretaria del abogado F., doña M.C., en el

sentido de que recibieron dos borradores, y que el segundo borrador contenía las correcciones que ellos le habían indicado al juez.

Otra cosa es que el perito no haya encontrado el archivo enviado el 16 de enero de 2009, puesto que había sido borrado de la bandeja de correos recibidos, según explicó.

Peso a todo, lo anterior carece de mayor relevancia para los efectos de la acreditación del tipo penal, porque tanto el acusado como el testigo F. coinciden en que efectivamente el primero le envió por correo electrónico un proyecto de sentencia al segundo, y precisamente, se encontró en el computador del abogado F. un proyecto de dicha sentencia.

b.6) También declaró como testigo de cargo en el juicio oral, **M.C.D.**, secretaria del abogado F., quien ratificó que efectivamente a principios del año 2009 éste recibió de parte del acusado un correo electrónico que contenía el borrador del fallo, con todas las partes de la sentencia, pero sin fecha, y que contenía errores en el nombre de la compañía de seguros que representaba su empleador. Agregó que le respondieron el correo por la misma vía con las correcciones que ellos detectaron, y recibieron del juez un nuevo borrador, ya corregido, como una semana después.

Además, señaló que una vez que presentaron la queja, la secretaria del tribunal la llamó insistentemente para que su empleador, el abogado F., recibiera al juez en su oficina.

Reunión que finalmente se concretó, pero en “*que no llegaron a nada*” (sic).

C) Que el tercer hecho no discutido por los intervinientes fue que pese a que la sentencia definitiva en autos ROL 84.503 del Juzgado de Policía Local de Mulchén, aparecía fechada el 9 de enero de 2009, aquella no correspondía a la fecha real de la sentencia.

Esto es así, por cuanto es un hecho de la causa que al 16 de enero de 2009 la sentencia no estaba dictada, conforme al tantas veces mencionado correo electrónico que el propio juez envió al abogado F., entregándole un borrador de la sentencia y diciéndole que el 19 de ese mismo mes le enviaría otro proyecto más afinado. El propio acusado reconoció, tanto en los expedientes administrativos a que fue sometido como en el juicio oral, que había cometido un error en la fecha de la sentencia, al confundirse con los archivos que tenía en el computador del tribunal y en su computador personal, pero que realmente la había dictado no sabía si el 19 o el 20 de enero de 2009.

Volveremos sobre este hecho probado cuando analicemos el capítulo por la falsificación de instrumento público.

6°.- Que, habiendo delimitado los hechos probados y no controvertidos, en especial, el que se menciona en la letra B del considerando precedente, en lo que atañe al capítulo de la prevaricación, corresponde ahora determinar si el acusado con su conducta cometió el delito de prevaricación por el cual fue acusado.

7°.- Concepto de prevaricación y bien jurídico protegido.

La ley penal chilena no define el delito de prevaricación, por lo que su entendimiento pasa por lo que la doctrina ha señalado al respecto. El significado etimológico de prevaricar significa “*caminar con paso torcido, ir por el mal camino*”, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como “*Delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario*”. Según los autores Politoff Matus y Ramírez la prevaricación consiste en “*faltar un magistrado gravemente por dolo o culpa a sus deberes funcionarios, en especial por denegación de justicia o torcida administración de justicia. Es el reverso o contrapartida de la independencia judicial.*”¹⁴

El autor Alfredo Etcheverry¹⁵, en una precisa y clara visión del concepto, la caracteriza como “*la grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por las personas especialmente obligadas a ello*”. En tanto el autor Juan Bustos la define como “*aplicar torcidamente el derecho*”.

Se trata, entonces, de un delito de infracción de deber, el cual, como dice el profesor Etcheverry, envuelve un grave quebrantamiento de los deberes propios del cargo que desempeña el sujeto activo, cuyo bien jurídico protegido, tratándose de

la prevaricación judicial, no es sino la recta administración de justicia, vale decir, el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional caracterizada por el sometimiento de los jueces a la ley, valor de fundamental importancia para la existencia misma del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, la antijuricidad en el delito de prevaricación estaría conformada por la vulneración por parte del juez de su deber asumido frente al Estado de juzgar conforme a derecho.

Los autores Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow¹⁶, señalan en relación a la administración de justicia como bien jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial, que “*la esencia misma de este ilícito reside en la infracción de deber institucional del juez de garantizar la propia existencia de dicho bien*”, e inclusive van más allá, y siguiendo a Jakobs, agregan que cuando un juez incurre en un delito de prevaricación al dictar una sentencia “*no lesiona la administración de justicia como bien jurídico, sino que en este caso no tiene lugar una verdadera administración de justicia*”. En otras palabras, la función del juez es garantizar la propia existencia del bien jurídico protegido, función que se ejerce no solo al servicio de la institución, sino que al servicio de todos los ciudadanos, ya que son ellos los que en definitiva recurren ante los tribunales de justicia confiando en que el juez

14 Politoff Matus y Ramírez Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial Pág. 527

15 Alfredo Etcheverry, Derecho Penal Parte Especial, T IV; Pág. 213

16 Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow; Delitos Contra La Función Pública, Pág. 181

fallará respetando la ley. Como dice Maurach, citado por el autor Cerezo Mir¹⁷, “*el bien jurídico protegido radica en la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa*”.

8°.- Concurrencia de los elementos del tipo penal. Que la responsabilidad de los jueces, en el desempeño de sus funciones, está establecida en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, al señalar que son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

El delito de prevaricación que nos ocupa en este juicio se denomina por la doctrina como “torcida administración de justicia” que son formas de prevaricación de tipo procesal, en donde lo concretamente protegido es la legalidad del proceso, que constituye un presupuesto básico para la legalidad del fallo, y que se encuentran establecidas en los números 2 a 7 del artículo 224 y 2 a 5 del artículo 255 del Código Penal.

En el caso de autos la figura por la cual se acusó al magistrado, señor Barra, fue la contenida en el artículo 224 N°7 del Código Penal, el que señala:

“Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y

la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

7°. *Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.*

A su turno el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales señala: “*Son causa de implicancia:*

N°8 Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.”

En este tipo específico de prevaricación lo que se sanciona es la infracción al deber de imparcialidad e independencia del juez, que antes de dictar sentencia adelanta su decisión en forma concreta y manifiesta, y aun así, de todas formas dicta sentencia.

De esta manera lo primero que se debe analizar es si el juez acusado se colocó en situación de implicancia manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente y con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia, antes de dictarla.

9°.- Pues bien, conforme a lo señalado en el considerando 5°letras A) y B) se encuentra acreditado que el acusado, siendo el juez titular del Juzgado de Policía Local de Mulchén y substanciador de la causa Rol 84.503-P, el día 16 de enero de 2009 envió al abogado de una de las partes de ese juicio, E.F.P., un correo electrónico adjuntando un borrador

17 José Cerezo Mir; Obras Completas Derecho Penal Parte General Pág. 84

de la sentencia que él debía dictar en la causa, que lo hizo desde su correo electrónico personal xxx, al correo electrónico personal del abogado señor F.P. yyy, señalándole en dicho correo:

“Adjunto lo acordado, le introduciré mayores correcciones y lo envié afinado el lunes 19, por cualquier comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular”.

A su vez, se encuentra acreditado también que el abogado F., respondió este correo, el día 19 de enero de 2009 en donde le decía al juez que había leído el fallo y que le parecía correcto, salvo dos aspectos a saber.

1.- *Al término del Considerando 19°, estimo que sería más conveniente colocar el párrafo de la responsabilidad del conductor del camión J.M.S.M.V., como un considerando aparte, como número 20, cambiando la numeración de los demás considerandos, a fin de destacar en mayor forma la culpabilidad de este chofer.*

2.- *En la parte resolutive del fallo, en el No II, habría que cambiar la frase “a pagarle a la demandante la Empresa de Transportes “Buses Bio Bio Limitada”, también ya individualizada en autos, las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que se indican” por “a pagarle a la demandante “ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A.”, también ya individualizada en autos, la siguiente suma de dinero y por el concepto que se Indica:*

10°.- Asimismo, del tenor de lo transcrito se observa un acuerdo

entre el juez y el abogado de una de las partes para que éste último conociera el fallo antes de que naciera a la vida del derecho. Fluye de este pacto que se trataba del proyecto de la sentencia que el abogado F. estaba esperando que se dictare, y que contiene la promesa de enviar un segundo proyecto más afinado el día lunes 19 de enero 2009.

Además, se evidencia de la frase “por cualquier comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular,” que el referido abogado estaba siendo autorizado por el juez para hacer cualquier comentario al fallo en redacción ¿de qué índole? no se explicita, pero del tenor literal de lo transcrito se desprende que pudiera ser de cualquier tipo y no solamente de orden formal o para que tuviera conocimiento del estado de avance, como dijo, después, el acusado tanto en la investigación administrativa (documental A-4 fs.5 vta) como en el juicio oral.

No obstante lo anterior, lo que sí se puede concluir es que el juez con toda esta actuación infringió su deber de imparcialidad e independencia.

11°.- En relación a este acuerdo para que el juez enviara el borrador de la sentencia, que se expresa en su correo del 16 de enero de 2009, no fue un hecho que en el juicio el testigo F. haya reconocido directamente, pues según sus dichos, el juez le envió el borrador del fallo sin que él se lo pidiera, ya que lo que él quería era el fallo y no un borrador del mismo; pero al menos el testigo F. reconoció que respondió el

correo aceptando la sugerencia de hacer cualquier comentario al proyecto de fallo que le hizo el juez de la causa, proposición que el acusado en su declaración judicial reconoció haber hecho, como se dijo en el considerando 5°b.1 de este fallo, aunque sólo sobre aspectos formales. Razón por la cual, resulta fuera de lugar el reproche que el acusado hizo a la actuación de abogado al decir que *se había permitido* hacerle correcciones formales, cuando el mismo ha reconocido que le permitió hacerlo. Con todo, en cualquier caso negó haber leído dichas correcciones, ya que aseguró que leyó el correo de respuesta del abogado días después haber dictado la sentencia, pese a que, como veremos a continuación, la sentencia oficial contiene todas las observaciones y peticiones enviadas por el abogado F..

12°.- En efecto, si bien se admite que las observaciones señaladas en el N°2 del correo del abogado F., se tratan de meras correcciones de copia, fáciles de subsanar con una atenta lectura por parte del propio juez, la observación contenida en el N°1 no es de esa clase; pues coincidentemente con lo pedido por el abogado F., el considerando 20° se trata, precisamente, de un considerando de carácter conclusivo en que se analiza y fundamenta en forma exclusiva la responsabilidad del conductor del camión en el accidente, como se puede leer de la sentencia que rola a fs. 343 y sgtes. del expediente Rol 84.503-P prueba documental A-4, específicamente de fs. 366 a 368.

13°.- A mayor abundamiento la copia del borrador del fallo encontrada en el computador del abogado F., documental A-23, contiene el mismo considerando 20° que aparece en la sentencia. Ello demuestra que dicho borrador es necesariamente posterior al que el acusado le envió en el correo del 16 de enero de 2009, pues por simple lógica si el abogado le hizo el alcance de dividir el considerando 19 y dejar el 20 exclusivamente para fundamentar la responsabilidad de la parte demandada, es que aquel borrador no tenía el considerando 20 como lo quería el abogado F.. Con ello se acredita, además, que fue más de un borrador el que terminó en manos del abogado F., lo que por lo demás es concordante con la promesa del juez contenida en el mail de 16 de enero de 2009 de enviar otro proyecto más afinado, y confirma lo señalado por la secretaria del abogado F., doña M.C., en el sentido de que recibieron dos borradores, y que el segundo borrador contenía las correcciones que ellos le habían indicado al juez.

14°.- Todo este análisis evidencia que el grado de compromiso que había entre el juez, señor Barra, con el abogado F. en lo relativo a la confección de la sentencia era mayor del que ambos reconocieron en estrados, y acredita que el acusado abandonando su posición de juez imparcial no sólo le anticipó de manera expresa y manifiesta el contenido de la decisión a una de las partes del juicio, sino que permitió que ésta interviniera activamente en el proceso de redacción del fallo afectando también su independencia.

15°.- En otro orden de ideas, según se lee del expediente Rol 84.503-P, (prueba documental A-4) la causa quedó para fallo a fs. 342 vta. Por resolución de fecha 28 de noviembre de 2008, razón por la cual aparece claro que a la fecha del envío del referido mail de 16 de enero de 2009, el juez contaba con todos los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.

16°.- En consecuencia, se puede dar por acreditado que efectivamente el acusado se encontraba en situación de implicancia al haber manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.

17°.- Habiéndose establecido que el acusado se encontraba en situación de implicancia, corresponde, ahora, analizar si se cumplen los requisitos de la segunda parte del tipo penal, esto es, cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.

18°.- En este sentido no cabe duda que la implicancia era manifiesta, vale decir, objetivamente apreciable, por cuanto el acusado le anticipó el contenido de su dictamen a una de las partes del juicio enviándole un borrador de la sentencia por correo electrónico, con lo cual hizo patente su implicancia; además, se allanó a que le hicieran cualquier comentario sobre el contenido de la misma, lo cual en definitiva ocurrió.

Esta implicancia le era conocida, con lo cual el tipo penal quiere significar que en cuanto al tipo subjetivo es necesario dolo directo, el cual concurre en el caso de autos, ya que como juez el acusado sabía que no podía anticipar su decisión a una de las partes, pues le estaba prohibido, así lo reconoció en su declaración judicial al señalar que cometió un grave error, que no pensó o no calibró bien las consecuencias de ese acto, pero admite que el envío del correo lo hizo en forma voluntaria.

Además, en el expediente administrativo ROL 39-2011 (documental A-4) en sus descargos de fs.72 reconoció expresamente que le dio conocimiento del fallo al abogado F., y que había sido una equivocación, “debo reconocer lo que hice, me equivoque, le di conocimiento del fallo al abogado don E.F.P. antes de estar éste totalmente afinado y debidamente firmado”.

Todo, lo cual, demuestra que era plenamente consciente del deber de reserva que demandaba su obligación de imparcialidad, de modo que al actuar de la forma descrita y reconocer después que se había equivocado, está dejando en claro que sabía que aquello era indebido y que en consecuencia su conducta era ilícita.

19°.- Esta implicancia no fue informada a las partes, salvo claro está, al abogado F., el que como receptor beneficiario de la información indebida que constituye la implicancia, su conocimiento sobre la misma no puede considerarse para los efectos de la configuración del tipo penal.

La otra parte demandante en el litigio era la empresa de buses Bio Bio representada en la causa por el abogado don **Enrique Veloso Schlie**, según fs.89 y 196 del expediente Rol 84.503-P. (documental A-4)

Dicho abogado declaró como testigo en el juicio oral, y en lo pertinente, señaló que no tuvo conocimiento del fallo antes que se dictara o que alguna de las otras partes del juicio hubiere recibido un borrador de la sentencia.

Por último declaró en el juicio oral el abogado de la tercera parte involucrada en el juicio infraccional-civil don **Jhannz Oberg Medina** abogado de la parte demandada, Transportes Don Basilio Teno Ltda., y cuyo patrocinio y poder rola a fs. 341 del expediente Rol 84.503-P (documental A-4).

El cual, sobre el punto en cuestión, declaró que no tuvo acceso a un borrador de la sentencia, ni fue consultado acerca del contenido de la misma antes de que se dictara.

20°.- En consecuencia, también concurre el requisito de no haber el juez comunicado a las partes la situación de encontrarse implicado en la causa, la cual, obviamente, no se hizo constar en ninguna parte del expediente.

21°.- Por último, resta referirnos al último requisito del tipo penal, esto es, que el juez, encontrándose en situación de implicancia, manifiesta, conocida, y no informada a las partes, dicte sentencia en la causa.

22°.- Sobre este hecho no hubo controversia, todos los intervinientes coincidieron en que la sentencia finalmente se dictó, esta rola a fs. 343 del expediente Rol 84.503-P (documental A-4) se encuentra debidamente firmada por el juez y la secretaria del tribunal, y de ella se dio por notificado el abogado Enrique Veloso, según declaró, por medio de un escrito que rola a fs. 375 del mencionado expediente, razón por la cual no vio la sentencia personalmente, lo cual tendrá importancia para los efectos de determinar la fecha cierta de su existencia, como se dirá. El abogado Jhannz Oberg declaró haberse notificado personalmente de ella ante la secretaria del tribunal, según depuso en estrados, cuyo atestado consta a fs. 380 de fecha 17 de noviembre de 2010 del expediente Rol 84.503-P (documental A-4), el cual apeló de la misma a fs.381 el 22 de noviembre de 2010. Además, fue complementada por orden de la I. Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 19 de octubre de 2012, según rola a fs. 445 del expediente. Inclusive, el propio abogado F. quien alegaba su inexistencia reconoció no haber apelado de la misma cuando supo de ella.

23°.- El problema está en que la sentencia aparece fechada el día 9 de enero de 2009, y sabemos que esa no corresponde a la realidad como se indicó en el considerando 5°C) que es otro de los hechos que fueron reconocidos por la defensa y por los demás intervinientes. Esto es así, por cuanto es un hecho de la causa que al 16 de enero de 2009 la sentencia no estaba dictada, conforme al

correo electrónico que el propio juez envió al abogado F., entregándole un borrador de la sentencia y diciéndole que el 19 de ese mismo mes le enviaría otro proyecto más afinado.

El propio acusado reconoció tanto en los expedientes administrativos a que fue sometido como en el juicio oral, que había cometido un error en la fecha de la sentencia al confundirse con los archivos que tenía tanto en el computador del tribunal como en su computador personal, pero que realmente la había dictado no sabía si el 19 o el 20 de enero de 2009. Lo que en todo caso no pudo demostrar más allá de sus propios dichos.

¿Cuándo se dictó la sentencia? No se supo a ciencia cierta, sólo se tiene como elemento de convicción más objetivo, que el abogado de la parte demandada se notificó el 17 de noviembre de 2010, testigo que se consideró veraz, ya que explicó que aunque sabía que la sentencia se había dictado evitó notificarse, porque no le convenía a los intereses de su mandante, pero que finalmente lo hizo en la fecha indicada, porque tenía que irse de vacaciones y temía ser notificado durante su ausencia, y que le empezara a correr el plazo para presentar su recurso de apelación. De hecho, según consta del expediente se notificó y presentó luego la apelación dentro de plazo.

En tanto el abogado Enrique Veloso, aparece notificándose de la sentencia a fs. 375 con fecha 18 de marzo de 2009, por medio de un escrito, y luego presentando diversos escritos en la causa, así el día 15 de julio de

2009 fijó domicilio y pidió a fs. 376 la designación de un receptor ad hoc para “realizar cuando sea necesario todas las actuaciones o diligencias en que sea necesario un receptor” (sic) sin mencionar explícitamente la sentencia. A fs.378 fijó nuevo domicilio, y recién el 27 de octubre de 2010 a fs. 379 pidió oficios para notificar la sentencia.

Sin embargo, el mismo abogado reconoció en estrados que sólo “prestaba la firma” (sic) y no era él quien llevaba realmente el caso, que nunca fue personalmente al tribunal, sino que lo hacían su hermano e hija que también eran abogados, los que no declararon en el juicio oral; inclusive ante la fiscalía durante la investigación, llegó a decir que la firma no era suya, como le reconoció al fiscal en la audiencia. Por ende, se concluye que el conocimiento que tenía el testigo del hecho de haberse dictado sentencia era más bien de tipo general e incierto, así como lo es el grado de fiabilidad de los escritos que aparecen con su nombre y firma si el propio testigo depone que terceros se la imitaban bajo su autorización.

Razones por la cuales, no se le otorgarán valor probatorio a los documentos presentados bajo su nombre y firma, y que rolan a fs. 375, 376, 378, y 379 del expediente Rol 84.503-P (documental A-4).

En el caso del documento de notificación de la sentencia del abogado Enrique Veloso de fs.375, pese a que fue resuelto por el juez de la causa y autorizado por la secretaria titular, con un “téngase por notificado

de la sentencia definitiva de autos para todos los efectos legales....”, tampoco aquello da plena fiabilidad sobre la efectividad de lo allí señalado, pues no se señala la foja en que rola la sentencia que se da por notificada, y se trata de la actuación del propio acusado que ha sido cuestionado por sus actuaciones en el orden judicial, el que, además, reconoce que la fecha de la sentencia no es la real, y precisamente se le imputa en este juicio haberla falsificado.

En el caso de la secretaria subrogante del tribunal señora **G.M.S.**, (testigo de la defensa) ésta reconoció en el juicio oral que había cometido un error en la fecha del estampe de la notificación de la sentencia al abogado E.F. –cuya efectividad éste siempre negó–, ya que la fecha de 2 de abril de 2010 no correspondía a la realidad, no pudiendo decir a ciencia cierta en qué día lo había notificado, sólo que suponía que lo había hecho en los días posteriores, atribuyendo lo ocurrido a un error, porque estaba nerviosa producto del terremoto, y que esa fecha coincidía con una fecha de relevancia familiar. Motivo por el cual se le siguió investigación administrativa, en la que fue sobreseída por no ser funcionaria del Poder Judicial, (fs. 97 documental A-4) y se le abrió una causa penal por el delito falsificación de instrumento público, la que luego se le suspendió condicionalmente, según declaró en estrados.

Asimismo, durante su declaración en el juicio oral reconoció que en la elaboración de los estados bimensuales de la causa Rol 84.503-P

correspondiente al mes de agosto de 2003 y noviembre de 2003 se había consignado información que no era la real, al informarse bajo su firma a la I. Corte de Apelaciones que la causa estaba “para fallo” o “fallada con citación” cuando en realidad no lo estaba, lo que se acreditó también con los oficios N°1625 y N°2119 de la prueba D-4. Ante lo cual se justificó en que si bien ella firmaba los estados, otra persona los hacía materialmente.

Todo lo cual atenta contra su fiabilidad como ministro de fe y como testigo de los hechos sobre los cuales depone.

24°.- Como ya se adelantó la notificación al abogado F., datada con fecha 2 de abril de 2009, carece de valor probatorio para establecer una fecha cierta de existencia de la sentencia, por cuanto la propia ministro de fe reconoce que esa fecha no corresponde a la realidad.

25°.- En suma, pese a que no se sabe con certeza la fecha de dictación de la sentencia, al menos se logró determinar que sí se dictó, y que lo fue después del 16 de enero de 2009, fecha en que el acusado se colocó en situación de implicancia, porque el mismo juez admite que a esa fecha la sentencia no estaba lista todavía. Con lo cual se acredita la concurrencia del último requisito del tipo penal, que es que el juez dicte sentencia a sabiendas de que se encuentra implicado.

26°.- De esta forma, de acuerdo con los antecedentes expuestos y los fundamentos desarrollados precedente-

mente se concluye por estos jueces que el haber enviado el juez de la causa, señor Barra, un correo electrónico con un borrador o proyecto del fallo al abogado de una de las partes de un litigio pendiente y en estado de ser fallado, adelantándole con ello el contenido de la sentencia y quedando a la espera de cualquier comentario al respecto, lo colocaba en situación de implicancia, pues claramente con dicha acción manifestó lo que sería su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento necesario de los antecedentes para pronunciar su sentencia, como lo establece el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales. Y consecuentemente, al dictar posteriormente la sentencia, a sabiendas de que estaba legalmente implicado y sin haberlo manifestado previamente a las partes, se configuró el ilícito de prevaricación contemplado en el artículo 224 N°7 del Código Penal.

Razones por las cuales se dictará sentencia condenatoria por este capítulo.

27°.- Prueba de la defensa. Por parte de la defensa se presentaron dos testigos, la secretaria subrogante del tribunal en esa época, G.M.S. y el funcionario del mismo tribunal Juan Abarzúa Castillo, sin que la defensa señalara si los presentaba para ambos capítulos o para uno de ellos en particular. Sin embargo, al analizar sus dichos se desprende que declararon sobre circunstancias tendientes a desvirtuar los hechos imputados por el capítulo de la falsificación de la sentencia, más, no

se refirieron a los hechos constitutivos del delito de prevaricación, esto es, no declararon sobre el correo enviado por el juez a una de las partes con el borrador de la sentencia, tampoco si el juez estaba en conocimiento de que eso lo implicaba en la causa, o si se lo comunicó al resto de las partes del juicio, únicamente señalaron que la sentencia había sido dictada –sin precisar fecha– y que fue notificada a los intervinientes en distintas oportunidades, todo lo cual no hace más que confirmar los antecedentes de cargo expuestos en los considerandos precedentes, en el sentido de que la sentencia se dictó, pero obviamente no son idóneos para desvirtuar la efectividad de los hechos imputados en este capítulo de la acusación. Mayor comentario sobre sus declaraciones en lo referido a la falsificación de la sentencia se analizará cuando se revise el segundo capítulo de la acusación.

Además, la defensa incorporó como prueba documental el certificado de calificaciones por desempeño judicial de 2 de junio de 2014 emanado de la secretaria de la I. Corte de Apelaciones de Concepción en que señala que fue calificado en lista sobresaliente entre los años 1998 a 2010 el 2011 en lista muy buena, el 2012 lista satisfactoria, y en 2013 lista muy buena. Todo lo cual no dice relación con la configuración del tipo penal en estudio. Sin perjuicio de su ponderación que se hará al imponer la pena.

28°.- Alegaciones de la defensa en relación al delito de prevaricación. La defensa pidió la absolución para

su representado fundado en que el envío del borrador de la sentencia al abogado F. antes de dictar el fallo no fue estimado como constitutivo de delito por parte de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, ni por la Excm. Corte Suprema, tribunales superiores que conocieron de estos hechos, tanto a través de la queja disciplinaria, como en la investigación sumaria que también se siguió en contra de su defendido, sin que tampoco hubieran remitido los antecedentes al Ministerio Público para que investigara un eventual delito de prevaricación o de falsificación, a pesar de estar en la obligación de hacer la denuncia correspondiente si tomaban conocimiento de estos ilícitos. Por el contrario, sólo se remitieron los antecedentes al Ministerio Público para que investigara si se había cometido algún delito al notificar la sentencia al abogado F., por parte de la Secretaria del tribunal.

Argumento que se desestima, en razón de que escapa a la competencia de este tribunal pronunciarse sobre las resoluciones jurisdiccionales de otros tribunales. A este tribunal de juicio oral le compete conocer de los hechos constitutivos de delitos que el Ministerio Público presenta para su juzgamiento por medio de sus acusaciones, cosa que ha ocurrido en la especie, habiéndose cumplido con todas las etapas que la ley contempla en relación a la querrela de capítulos que se exige para perseguir la responsabilidad penal de un juez, la que fue declarada admisible en todas las instancias por sentencia firme.

Sobre el hecho que la I. Corte Apelaciones de Concepción remitiera los antecedentes –a juicio de la defensa– únicamente para que investigara a la secretaria del tribunal por un eventual delito de falsificación perpetrada en la notificación de la sentencia al abogado F., en nada limita las atribuciones constitucionales y legales del Ministerio Público para ampliar su investigación a otros hechos relacionados si estima que existen conductas delictivas.

29° Sostuvo también la defensa que habiéndose ya sancionado al acusado por estos mismos hechos por la vía disciplinaria, debía dictarse sentencia absolutoria en esta causa penal, en consideración al principio del non bis in ídem, que impide que se condene a una persona dos veces por el mismo hecho.

30°.- El cúmulo o superposición de responsabilidades penales y responsabilidades administrativas disciplinarias públicas es un tema arduamente discutido tanto por la doctrina como en la jurisprudencia, y su solución dependerá si se consideran de la misma naturaleza, entendiéndolo ambas como expresión del poder punitivo del Estado, o si se estima que cada una tiene una naturaleza cualitativamente distinta en cuanto a su gravedad, objetivos y bienes jurídicos protegidos. En el ámbito normativo, nuestro derecho pareciera inclinarse por la segunda de las posiciones enunciadas; así el artículo 20 del Código Penal señala que no se reputan penas la *“correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso*

de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”. A su turno el artículo 426 del Código Penal permite expresamente la concurrencia de sanciones tanto administrativas como en el orden penal, al señalar que *“La calumnia o injuria causada en juicio se juzgará disciplinariamente por el tribunal que conoce de la causa; sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente.”*

Lo que se observa de este caso en particular, es que una sucesión de actos cometidos por el acusado condujeron a sanciones tanto en el ámbito disciplinario como en lo penal, en que por una parte se le sancionó por no haber dictado sentencia dentro de plazo legal, y por haber adelantado su juicio a una de las partes, que son sanciones aplicables dentro de lo que es el ámbito administrativo sancionatorio; y luego, ya en la esfera del derecho penal se le sanciona por haber dictado sentencia no obstante haber adelantado esa decisión. Lo cual dice relación con el llamado *mandato de exhaustividad*, el cual prescribe que deben sancionarse todas y cada una de las formas de comportamiento delictivo bajo las cuales sea subsumible el respectivo objeto de juzgamiento¹⁸.

En cualquier caso, existe consenso mayoritario en que para que se dé una situación de non bis in ídem o de ne bis in ídem entre la respon-

sabilidad penal y administrativa se debe dar una triple identidad de persona, hecho y fundamento. Lo cual no se da en la especie como sostuvo la fiscalía en su alegato de clausura.

En efecto, como se expuso en el considerando 1° de este fallo en antecedentes sobre queja disciplinaria Rol 3-2011 la I. Corte de Apelaciones de Concepción impuso al acusado una la sanción disciplinaria de amonestación privada debido a “su conducta negligente en el cumplimiento de su deber de fallar el asunto de que se trata dentro de plazo legal” (sic), infringiendo con ello los artículos 319 y 544 N°3 del Código Orgánico de Tribunales. Vale decir, el hecho que se conoció y por el cual se sancionó al acusado disciplinariamente, sería no haber dictado la sentencia dentro de plazo legal, supuesto fáctico completamente distinto a aquel por el cual ha sido juzgado en esta causa. En cuanto a la identidad del fundamento de la sanción, tampoco se observa, ya que como se ha señalado corresponde a la inobservancia de lo prevenido en los artículos 319 y 544 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, y no por los artículos 224 N°7 del Código Penal y 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto a la investigación administrativa ROL 39-2011, la I. Corte de Apelaciones de Concepción impuso al acusado, la medida disciplinaria de suspensión de funciones por el término de un mes por

18 Juan Pablo Mañalich R. “Principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y derecho administrativo sancionatorio Revista Política Criminal Vol. 9 N°18 (Diciembre 2014) pág. 549

infringir el artículo 320 del Código Orgánico de Tribunales que señala que “Los jueces deben abstenerse de expresar y aun de insinuar privadamente su juicio respecto de los negocios que por la ley son llamados a fallar.

Deben igualmente abstenerse de dar oído a toda alegación que las partes, o terceras personas a nombre o por influencia de ellas, intenten hacerles fuera del tribunal.”

Al efecto, la I. Corte argumentó en su resolución que *“no puede aceptarse que un juez envíe un borrador de fallo al abogado de una de las partes para que éste le exprese anticipadamente su opinión sobre el mismo, ni que se entreviste con el letrado en la oficina de este último, para debatir sobre el contenido de la sentencia”*.

Lo que demuestra que fueron dos los hechos por los cuales fue sancionado en esa oportunidad, a) por haber enviado un correo a una de las partes con el borrador del fallo para que ésta le expresara anticipadamente su opinión y b) por haber concurrido a la oficina del abogado para debatir el contenido de la sentencia.

Pues bien, en cuanto a la letra a) como se podrá observar no existe identidad de hecho imputado, entre la sanción administrativa y la penal, pues la primera se refiere sólo a una parte de los hechos por los cuales ha sido objeto de juicio penal, faltando la segunda parte de la imputación fáctica atribuida en sede penal, consistente en el hecho de que estando en situación de implicancia haya dictado el fallo a sabiendas, y sin

conocimiento de las partes, que es precisamente lo que perfecciona este tipo de delito de prevaricación.

En cuanto a la letra b) se trata de un hecho no consignado en la acusación, y por ente, no forma parte de la imputación penal.

En cuanto a la identidad de fundamento, tampoco se da en la especie, pues lo que se sancionó en sede administrativa es la infracción a su obligación de reserva, artículo 320 del Código Orgánico de Tribunales. En cambio en la prevaricación procesal el fundamento de la sanción es haber dictado fallo no obstante haber infringido esa obligación de reserva, afectando con ello su deber de imparcialidad, artículo 224 N°7 del Código Penal.

31°.- Por las razones expuestas se concluye que lo resuelto en esta sentencia no entra en conflicto con el principio del non bis in ídem, al recaer las sanciones disciplinarias precedentes sobre hechos y fundamentos distintos en relación a los hechos y fundamentos por los cuales el Ministerio Público dedujo acusación.

32°.- Finalmente, indicó que desde el punto de vista de la lesividad en relación al bien jurídico protegido, lo actuado por el juez sería atípico, por cuanto no se habría afectado gravemente la imparcialidad o independencia del juez, dado que sólo se había tratado de una actuación desafortunada por parte de su defendido, que no tendría la trascendencia que el tipo penal requiere, ya que la sentencia estaba prácticamente

terminada, y en nada había cambiado el sentido de lo decidido, los condenados eran los mismos y los absueltos eran los mismos. Además, sostuvo el abogado F. había incidido en cuestiones formales por lo que no se había causado perjuicios a las partes intervinientes, la sentencia no había sido declarada nula, y que su defendido no había recibido dádivas o pago alguno. Por ello, a juicio del señor defensor no se habría afectado la imparcialidad o la independencia. De modo tal que no habiéndose afectado algún bien jurídico no procedía dictar sentencia condenatoria.

33°.- Que tales argumentos serán desestimados, ya que como se analizó en el considerando 7°, la prevaricación consiste en faltar un magistrado gravemente por dolo o culpa a sus deberes funcionarios, en especial por denegación de justicia o torcida administración de justicia. Se trata de una grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por las personas especialmente obligadas a ello, de modo que desde el punto de vista de la tipicidad la conducta del acusado satisface plenamente el tipo penal, como ya se argumentó latamente a partir del considerando 8°, se trata de un delito de mera actividad y de infracción de deber, constituido en este caso por la prohibición absoluta de fallar una causa si se sabe manifiestamente implicado, conforme lo dispone el artículo 224 N°7 del Código Penal, figura que no requiere que se produzca perjuicio para algún sujeto pasivo,

como expresamente se exige en el caso del número 6 del código punitivo el que señala: *“los que den auxilio o consejo a cualquiera de las partes los intervinientes en perjuicio de la otra”*, caso en el cual parte de la doctrina sostiene que se trata de un delito de resultado¹⁹, pero que es un delito de prevaricación distinto al materia de este juicio.

Tales infracciones a diferencia de lo que opina la defensa, ciertamente que son de carácter grave, puesto que independientemente de la presión que puedan ejercer las partes, o de los problemas de salud hechos valer por el acusado, no es aceptable que un juez envíe un borrador de fallo al abogado de una de las partes para que éste le exprese anticipadamente su opinión sobre el mismo, y consienta en que le efectúe correcciones a espaldas de los demás intervinientes, pues con ello se socaba la esencia misma de la función jurisdiccional, como es el principio de la imparcialidad, y se genera desconfianza en la ciudadanía sobre la idoneidad de los jueces para resolver sus conflictos, de quienes se espera que garanticen la recta aplicación de la ley y se alejen de todo atisbo de corrupción.

Lo dicho se relaciona también con el principio de lesividad que la defensa estima ausente, ya que no cabe duda que el bien jurídico protegido, esto es, la recta administración de justicia se ha visto gravemente comprometida, puesto que cuando un juez deja

19 Rodríguez Collao y Ossandón Widow ob. cit. Pág.214

de ser imparcial no tiene lugar una verdadera administración de justicia.

Es por ello que no se comparte la opinión de la defensa en el sentido de que la afección al bien jurídico sería inexistente, ya que la sentencia estaba prácticamente terminada, porque en nada habría variado el sentido de lo decidido, o que el abogado F. habría incidido en cuestiones meramente formales sin causar perjuicios a las partes intervinientes, o que no se invalidara la sentencia; porque el punto no es ese, lo reprochable es que un juez comprometido en su imparcialidad por su vinculación con una de las partes dicte sentencia en la misma causa, es eso lo que el legislador quiere evitar al establecer la norma penal prohibitiva que encierra el tipo penal de prevaricación.

De modo que si en los hechos el juez implicado no causa mayor perjuicio a las partes en conflicto, no es relevante desde el punto de vista de la tipicidad, la culpabilidad, la anti-juricidad o la lesividad sobre el bien jurídico comprometido, puesto que lo protegido por la ley penal va más allá del interés individual de la parte en litigio, sino que mira hacia un interés colectivo en la buena marcha de la administración de justicia. Sostener lo contrario implicaría admitir que el ordenamiento jurídico toleraría ciertos niveles de parcialidad en los juzgadores, (entiéndase fuera de los casos de llamados a conciliación) en tanto no exista perjuicio a las partes del pleito, de modo que los jueces podrían acordar sólo con algunas de ellas la decisión del asunto contro-

vertido siempre que no salga nadie tan perjudicado, lo que ciertamente es inadmisibles.

Ahora bien, desde el punto de vista de los directamente involucrados en el juicio tampoco la solución propuesta por la defensa pareciera ser aceptable, ya que la parte demanda apeló del fallo, por lo tanto, sí le causó perjuicio, inclusive la sentencia de segunda instancia de fecha 4 de septiembre de 2014 revocó la condena en costas que había sufrido, y revocó las indemnizaciones otorgadas a Buses Bio Bio por los conceptos por desvalorización del bus que ascendía a \$3.000.000 pesos, y lucro cesante que había sido concedida por la suma de \$9.000.000. (Documental A-31 y A32)

Por otro lado desde el punto de los justiciables surgen las legítimas preguntas que puede hacerse cualquier ciudadano: ¿Acaso es verdad que solo fueron correcciones formales? ¿Si un juez participa del fallo a una de las partes antes de que se dicte, y a espaldas de las demás partes, puedo confiar en que la decisión está exenta de toda influencia indebida? ¿Sin la intervención del abogado, los montos indemnizatorios habrían sido los mismos?

Con ello se quiere demostrar que la infracción deber del juez implicado, sobre todo en la forma en que lo ha sido el acusado, de todas maneras causa un daño a la legitimidad del fallo, a la legitimidad del juez, a la recta administración de la potestad jurisdiccional y la confianza ciudadana en los tribunales de justicia.

34°.- Hechos acreditados. Que, en consecuencia, ponderadas las pruebas aportadas al juicio por el Ministerio Público, oída la parte querellante y considerando la declaración del acusado y las pruebas de descargo, se tuvo por acreditado, más allá de toda duda razonable, lo siguiente:

1.- Con fecha 1 de agosto del año 2002, ante el Juzgado de Policía Local de Mulchén, integrado por el Juez Rindolfo Barra Navarrete y la Secretaria G.M.S., comenzó la tramitación del proceso Rol N°84.503-P, materia lesiones leves y daños en choque, derivado de accidente de tránsito ocurrido en el territorio jurisdiccional de dicho Tribunal. En dicho proceso intervino como uno de los abogados demandantes el profesional E.F.P., en representación de la empresa aseguradora ABN AMRO (CHILE) SEGUROS GENERALES S.A.

2.- Ante la insistencia del referido abogado E.F.P., el imputado Barra Navarrete, en desconocimiento de los demás intervinientes en el proceso, el día 16 de enero del año 2009, remitió desde su correo electrónico personal (cuenta xxx) al correo electrónico personal del abogado E.F.P. (cuenta yyy) un archivo contenedor del borrador de la posterior sentencia definitiva que se dictó en la causa. Mediante la conducta anterior, el imputado Barra Navarrete anticipó la decisión judicial que adoptaría, la cual era favorable a los intereses de la parte representada por el Sr. F., señalándole en dicho correo: “Adjunto lo acordado, le introdu-

ciré mayores correcciones y lo envié afinado el lunes 19, por cualquier comentario o lo que estime pertinente llámeme al celular”. De esta manera, al anticipar su decisión y, con posterioridad, dictar sentencia definitiva en la causa, el imputado Barra Navarrete lo hace encontrándose en manifiesta implicancia, que le era conocida y sin haberla hecho saber previamente a los intervinientes del caso.

35°.- Calificación jurídica. Los hechos establecidos precedentemente configuran el delito de prevaricación dolosa, en grado de desarrollo consumado, previsto y sancionado en el artículo 224 N°7 del Código Penal, en relación con el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, ilícito en que al acusado le ha correspondido una participación en calidad de autor conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal.

Por cuanto el acusado al enviar un proyecto de fallo a uno de los abogados litigantes, manifestó su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia, conducta que lo comprometió en la causal de implicancia prevista en el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales. Luego, al dictar el fallo bajo ese supuesto configuró el tipo penal de prevaricación.

SEGUNDO CAPÍTULO DE LA ACUSACIÓN

36°.- En cuanto al delito de falsificación de instrumento público. Como se recordará al exponer las

teorías de caso, el Ministerio Público sostuvo que el acusado había datado deliberadamente la sentencia con una fecha distinta a la real, con el único fin de eludir su responsabilidad funcionaria, pues estaba siendo investigado disciplinariamente por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, porque había sido acusado por el abogado F. de no haber dictado nunca la sentencia.

37°.- Para probar su teoría, según resumió en su alegato de clausura, se valió de los siguientes medios probatorios que descartaban el error en que se asilaba el acusado:

1) El borrador de la sentencia encontrado en el computador del abogado F. (documental A-23) coincide con la sentencia y el archivo tiene fecha de creación 19 de noviembre de 2009, por ende, a esa fecha todavía no había sido dictada la sentencia.

Lo que no es tan cierto, puesto que el perito explicó que la fecha de creación de la carpeta no era necesariamente coincidente con la fecha de creación del archivo Word que la contenía.

2) La fecha de la sentencia no es la real. Es un hecho probado, no discutido, y que no merece mayor análisis, pero este antecedente por sí mismo no prueba una falsificación, ni la autoría del acusado.

3) En la causa se cometieron irregularidades reiteradas y se incurrió en un retraso constante en la dictación de fallo. En efecto, como ya sabemos el acusado inclusive fue sancionado por retardar la dictación del fallo;

los estados bimensuales no reflejaban la realidad del estado de la causa 84-503-P; por un tiempo indeterminado se extravió el expediente como reconoció el propio acusado; la certificación de la notificación de la sentencia al abogado F. fue tachada de falsa por aquél y la secretaria reconoció que la fecha en que se decía notificado no era efectiva por haberse equivocado. Todo aquello es cierto, y son capaces de generar una sospecha en torno a la actuación del acusado, sin embargo, sin otras pruebas irrefutables, no son antecedentes suficientes como para entender que falsificó también la sentencia.

4) El abogado Enrique Veloso en relación a su escrito en que se daba por notificado de la sentencia reconoció que nunca concurrió al tribunal para ver la sentencia y que sólo prestaba su firma. Cuyo valor probatorio en relación a la fecha probable de la sentencia ya fue resuelto en el considerando 23°.

5) El acusado dijo que se había designado un receptor ad hoc para notificar la sentencia, **Juan Abarzúa Castillo**, testigo de la defensa, pero éste habiendo sido designado el 15 de julio de 2009 según consta a fs. 376 vta., no hizo gestión alguna para notificarla sino hasta el 24 de enero de 2011 (fs. 411 documental A-27) pese que el 27 de octubre de 2010 se presentó un escrito a nombre del abogado Enrique Veloso pidiendo se activara la notificación del fallo.

Consultado al respecto por el fiscal el testigo Abarzúa dijo en su defensa que generalmente eran las partes

que le pedían las gestiones de notificación y había poco personal en el juzgado. Lo cual no resulta una explicación plausible atendido el tiempo de duración de su inactividad.

Consultado sobre la fecha de la sentencia sólo sabía que había sido dictada en el año 2009. Y que a la fecha de aceptar el cargo el 15 de julio de 2009 había visto la sentencia en el expediente, porque le sacó fotocopia por si tenía que notificar a algún abogado. Lo cual tampoco se condice con la inactividad constatada precedentemente.

En síntesis, es válido el argumento de la fiscalía que cuestiona la credibilidad de este testigo para afirmar la existencia de la sentencia en el año 2009.

38°.- El acusado, por su parte, señaló que todo se debió a un error al colocar la fecha de la sentencia producto de sus problemas nerviosos y que tenía varios archivos con fechas tentativas para dictarla, entre ellas el 9 de enero de 2009.

39°.- Por la defensa declaró, además, **G.M.S.**, secretaria subrogante del tribunal quien en lo sustancial ratificó que el abogado Enrique Veloso se notificó del fallo en marzo de 2009, mediante un escrito y que en abril de 2009 notificó personalmente en secretaría al abogado F. de la sentencia. Sin embargo reconoció que la fecha no era correcta, como ya se dijo, y que lo había notificado entre el 5 al 7 de abril de 2009, pero no estaba en condiciones de afirmar un día preciso.

Frente a esta afirmación el Ministerio Público opuso los documentos incorporados como D-2 c) set de 2 hojas contenedoras de copias de la agenda personal del Abogado E.F.P., correspondiente al período de tiempo entre el 29 de marzo de 2010 y el 10 de abril de 2010. En el que aparecen reuniones y comparendos a los cuales debía asistir la semana del 5 al 7 de abril de 2009. d) copia de escrito de patrocinio y poder presentado en relación con Abogado E.F.P. en causa laboral RIT O-645-2009, Juzgado del Trabajo de Concepción. e) informe historia causa laboral RIT O-645-2009 del Juzgado del Trabajo de Concepción. f) copia de acta de audiencia juicio procedimiento ordinario, de fecha 5 de abril de 2010, celebrada en causa laboral RIT O-645-2009 del Juzgado del Trabajo de Concepción. g) copia de escrito presentado por Abogado E.F.P. en causa Rol N°39.405 del Juzgado de Letras de Yumbel el 9 de diciembre de 2009. h) copia de Tabla de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 6 de abril de 2010. i) Copia de acta de comparendo de fecha 7 de abril de 2010, celebrada en causa Rol N°542-10-1, del Juzgado de Policía Local de Bulnes.

Los documentos h), i) y f) por tratarse de comparendos y alegatos sugieren que el abogado F. estuvo en otro lugar en los mismos días que la secretaria afirma que estuvo en Mulchén notificándose de la sentencia, no así los documentos g), d) e) y c) que resultan impertinentes y carentes de valor probatorio por referirse a

otra fecha y emanar del propio abogado F., como es su agenda.

Así las cosas, no es posible dar crédito a la testigo M. en cuanto afirma que notificó al abogado F. entre el 5 al 7 de abril de 2009, además de las razones expuestas en el considerando 23°.

Mención aparte merece la circunstancia no aclarada de que la firma puesta en la notificación del 2 de abril de 2009 correspondiera efectivamente al abogado F., pues éste reconoce que es su firma, pero alega que dejó un documento en blanco en el tribunal para notificarse de la sentencia, lo que es negado por el acusado y la testigo M.. Siendo así, y a falta de mayores antecedentes, tampoco es posible afirmar que el abogado F. haya dejado un papel en blanco que explique su firma puesta allí, sobre todo, porque tal como lo hizo presente la defensa, el abogado F. en este punto entregó varias versiones para justificar su firma en el atestado notificadorio. En efecto, primero dijo en el sumario que ignoraba cómo había llegado su firma a ese documento, (A-3 fs. 123) luego señaló que había dejado un documento en blanco en el tribunal para presentar luego un escrito reiterando la dictación de la sentencia, (A-3 fs.135), después dijo que lo había dejado en el tribunal notificarse de la sentencia (A-4 fs. 8) y en estrados dijo que se lo había pedido el juez para acomodar los informes que se tenían que presentar ante la I. Corte.

En razón de todas estas confusas actuaciones ninguna de las declara-

ciones de los mencionados testigos sirve para conocer la fecha de existencia de la sentencia, pues de todas formas lo único concreto es que el acto procesal de notificación al abogado F. no es fiable en cuanto a su fecha.

Otra cuestión que no pasó inadvertida de su declaración, es que preguntada de cuando le informó al juez de que se había equivocado en la fecha de notificación, dijo que en los días posteriores, esto es abril de 2009, luego dijo que no, que fue en el año 2010, y después que fue en el 2011, antes de la queja, para terminar diciendo que en realidad fue durante la tramitación de la queja.

40°.- Como se podrá apreciar pese a la serie de irregularidades y errores constatados en la tramitación de la causa, el Ministerio Público no aportó más que indicios circunstanciales de que el juez pudiera haber falsificado la sentencia, colocándole una fecha anterior a la real para desvirtuar la queja por no haberla dictado como se le imputó. Tampoco se incorporaron los estados mensuales correspondientes al bimestre enero-febrero de 2009.

Pero lo fundamental es que su tesis se estrelló con dos razones insalvables, la primera de ellas, es que sí se puede otorgar credibilidad a la notificación de la sentencia al testigo Jhannz Oberg Medina, por las razones expuestas en su oportunidad, el que por lo demás se trata de un testigo del propio Ministerio Público, y que dice que se notificó el 17 de noviembre de 2010, fecha partir de

la cual es posible tener por cierta la existencia de la sentencia recaída en el expediente 84.503-P, y que es muy anterior a la fecha de presentación de la queja que fue interpuesta en enero de 2011. Siendo así, no se ha podido acreditar el presupuesto fáctico fundamental de la acusación relativo a este capítulo, y que decía que el juez no había dictado sentencia, sino hasta después de presentada la queja.

El segundo elemento a considerar es que el propio abogado F., reconoce en su declaración en el juicio oral, que en realidad no le constaba que la sentencia no estuviera dictada cuando presentó su último escrito pidiendo fallo, puesto que lo mandó por “chile-express”, el cual no tiene cargo por dicha razón, pero que fue proveído el 15 de diciembre de 2010 por otro juez en calidad de subrogante (documental A-27 fs.388) escrito que se proveyó en definitiva con un “estece al mérito de autos”. Por lo que bajo ese entendido, mal puede afirmar que no se había dictado sentencia en la causa puesto que en realidad no lo sabía.

Por tales fundamentos, no puede imputársele dolo al acusado en el señalamiento erróneo de la fecha de la sentencia y en consecuencia se dictará sentencia absolutoria por este capítulo.

41°.- Que en relación a la afirmación de los hechos de la acusación en cuanto a que la causa habría quedado en estado de ser fallada en el mes de julio de 2005, se observa de la lectura del expediente 84.503-P

que si bien a partir del año 2003 (fs. 193) las partes comenzaron a pedir sentencia, dichas peticiones fueron rechazadas por existir diligencias pendientes solicitadas por las mismas partes del juicio, y que no fue sino hasta el 28 de noviembre de 2008 a fs. 342 en que se citó a las partes a oír sentencia, por haberse encontrado el expediente que estaba extraviado, y por haberse dejado sin efecto las diligencias que estaban pendientes.

42°.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Que concurre en la especie en favor del acusado la atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 N°6 del Código Penal, como aparece de su extracto de filiación sin antecedentes penales, según lo indicaran también los intervinientes en la audiencia respectiva. A lo que se suma el certificado de calificaciones por desempeño judicial de 2 de junio de 2014 emanado de la secretaría de la I. Corte de apelaciones de Concepción en que señala que fue calificado en lista sobresaliente entre los años 1998 a 2010 el 2011 en lista muy buena, el 2012 en lista satisfactoria, y en 2013 en lista muy buena.

Asimismo, estiman estos jueces que también obra en su favor la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, toda vez que el acusado reconoció en las diversas instancias, incluida su declaración en el juicio oral haber enviado a una de la partes un correo electrónico con una copia de un borrador de la sentencia que más tarde dictaría,

sin perjuicio de aludir a las motivaciones personales que habría tenido para aquello, las que en todo caso, no modifican los elementos objetivos y subjetivos del tipo en cuestión.

43°.- Que, en cuanto a la prescripción gradual solicitada por la defensa, cabe tener presente que como lo manifestó su abogado y el fiscal de la causa, el acusado prestó declaración en calidad de imputado en esta causa el 25 de julio de 2012; la querrela del Consejo de Defensa del Estado fue interpuesta en su contra el 11 de marzo de 2013, y finalmente se le formalizó la investigación el 21 de marzo de 2013. Asimismo, se argumentó por su parte, que contando el ilícito con una pena compuesta, conforme al artículo 94 del Código Penal, el plazo de prescripción debe contarse tomando en consideración la sanción privativa de libertad.

No obstante la efectividad de lo antes indicado, no se concuerda con la defensa en que el plazo de prescripción deba comenzar a contarse el 16 de enero de 2009, toda vez que en dicha oportunidad el acusado envió el correo electrónico a una de las partes con un borrador de la posterior sentencia, sin embargo, el delito únicamente se perfecciona cuando el encartado dicta la correspondiente sentencia definitiva, así, mientras ello no ocurriera ninguna acción tenía el acusador para perseguirlo penalmente, y en consecuencia mal podría haber prescrito la respectiva acción penal. Razonamiento que se condice con la postura recogida por el legislador en el artículo 95 del Código Penal. Finalmente, la única

fecha certera que se pudo determinar por parte de los sentenciadores en cuanto a la existencia de la sentencia definitiva, fue el 17 de noviembre de 2010, fecha en la cual el abogado Oberg se notificó de la sentencia, interponiendo cinco días más tarde el respectivo recurso de apelación en contra de dicha sentencia, lo cual confirmó en estrados dando razón circunstanciada de los motivos que tuvo para darse por enterado de la misma en la época antes referida, tal como se ha indicado en los acápites pertinentes del presente fallo.

De este modo, desde tal fecha –17 de noviembre de 2010– no ha transcurrido más de la mitad del plazo de prescripción de la acción penal cualquiera sea la actuación que se determine que constituye una acción dirigida en contra del encartado para estos efectos, esto es, su primera declaración en calidad de imputado, la presentación de la respectiva querrela o la formalización de la investigación, pues en ninguna de estas fechas había transcurrido la mitad del tiempo de prescripción de la acción penal, necesario para que operen los efectos del artículo 103 del Código Penal, por lo que cabe desechar la prescripción gradual solicitada por la defensa.

44°.- En relación a la pena. Que, la pena asignada al delito, conforme a lo dispuesto en el artículo 224 del Código Penal, es de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios.

En lo que respecta, en primer término, a la pena privativa de libertad, teniendo en vista la concurrencia de dos atenuantes y ninguna agravante la sanción será rebajada en un grado a partir del mínimo, pues no obstante haber colaborado con la investigación y no presentar antecedentes penales anteriores, tales minorantes tampoco revisten alguna cualidad que permita en la especie fundar una rebaja mayor en grado, imponiéndose en consecuencia la pena de prisión en su grado máximo, por mayoría de votos, en el mínimo, atendido el número de atenuantes concurrentes y la falta de acreditación de alguna mayor extensión del daño en contra del bien jurídico protegido, además del que naturalmente puede deducirse por la prevaricación cometida en los términos que se dieron por establecidos.

45°.- Que en cuanto a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos, esta se gradúa conforme lo señalan artículos 56 y 77 del mismo código en relación a la escala gradual N°4 de penas en que se encuentra comprendida esta sanción, y que se indica en el artículo 59 del Código Penal.

En la especie, de conformidad con el artículo 68 del mismo código, concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante, se rebajará igualmente esta pena principal en un grado a partir de mínimo de la señalada en la ley, debiendo aplicarse, en consecuencia, la pena de suspensión en su grado máximo, que va desde los dos años y un día a los tres años; la que será impuesta, por mayoría de votos,

en su mínimo, por las razones antes expuestas en torno a la extensión del mal causado.

46°.- Que, finalmente, en lo que respecta a la forma de cumplimiento de las mismas, la defensa solicitó la aplicación de la Ley 18.216 en su texto vigente antes de la modificación introducida por la Ley 20.603 en atención a la fecha de comisión del ilícito. Petición a la que hará lugar por cuanto en el orden de la aplicación temporal de la ley penal, debe estarse a la ley vigente a la época de perpetración del delito.

Pero, además, solicitó la remisión condicional de la pena, y teniendo en vista que -a su juicio- la anterior normativa admitía la suspensión del cumplimiento de las penas accesorias de inhabilitación o suspensión de derechos, conforme a algunos dictámenes de la Contraloría General de la República, pidió que la pena privativa o restrictiva de derechos que se fuera a imponer se tuviera por suspendida, como un efecto extensivo a la suspensión de la pena privativa de libertad.

Petición a la que no se hará lugar, por cuanto en este caso la pena de suspensión para cargos y oficios públicos que se aplicará no constituye una pena accesoria, sino que es una pena principal.

Por otro lado, en concepto de estos jueces la suspensión de la pena en el marco de la antigua Ley 18.216 sólo resultaba procedente para la pena privativa de libertad impuesta, más no para la pena de inhabilitación o suspensión de derechos, conside-

rando, no sólo la denominación de dicha normativa, cuyo ámbito de aplicación se limitaba expresamente a las penas privativas de libertad, *“Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad...”* sino también, porque todo su contenido parte de la base que se está frente a una pena de privativa de libertad cuyo cumplimiento efectivo, en la cárcel, no aparece como lo más adecuado para el caso concreto, con miras a su efectiva reinserción social, dadas las características personales y méritos del condenado; todo lo cual, no es aplicable a la sanción de inhabilitación o suspensión de cargos públicos, porque el fundamento que tenía en vista la ley para *beneficiar* al condenado con un cumplimiento alternativo a la pena privativa o restrictiva de libertad no concurrían para esta otra clase de penas, las cuales no se debían entender suspendidas por la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Además, el fundamento de los dictámenes de la Contraloría General de la República descansaba en el principio de accesoriedad, de modo que la pena accesoria debía seguir la suerte de la pena principal, fundamento que, como ya se dijo, no concurre en la especie al ser la pena de suspensión que finalmente se impondrá una pena de carácter principal y no accesoria.

47°.- En cuanto a si se reúnen las exigencias del artículo 4° de la Ley 18.216, el tribunal estima que es procedente conceder el beneficio de la **remisión condicional de la pena**

privativa de libertad, toda vez que la pena que se impondrá no excede de tres años; el imputado mantiene irreprochable conducta anterior; y en cuanto a sus antecedentes laborales aparece que fue calificado en forma sobresaliente por su superior sostenidamente, y su conducta posterior estuvo marcada por el reconocimiento de su conducta en todas las instancias en que le fue solicitada su versión; de modo que resulta pertinente conceder la remisión condicional de la pena por el término de un año, a fin que permanezca bajo la discreta observación y asistencia del condenado ante Gendarmería de Chile.

48°.- **Prueba desechada por ser impertinente, sobreabundante o inmotivada:**

Por el Ministerio Público:

A.2.- Oficio N°137, de fecha 16 de junio de 2011, remitido por doña Sara Herrera Merino, Presidente Subrogante de Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. El cual es impertinente por estar contenida en la prueba A-3 expediente sobre queja disciplinaria Rol 3-2011.

A.5.- Oficio N°01-2013, de fecha 8 de abril de 2013, evacuado por Juzgado de Policía Local de Mulchén. El cual es irrelevante por referirse a la lista del personal del Juzgado que no fue materia de discusión.

A.9.- Oficio N°1020, de fecha 24 de septiembre de 2012, evacuado por Alcalde de la comuna de Mulchén al Ministerio Público que comunicaba la hoja de vida funcionaria donde

constaban las medidas disciplinarias impuestas por la I.Corte. El cual es sobreabundante por referirse a hechos ya demostrados en la prueba documental A-3 y A-4.

A.12; A.13.; A.14.; A.25; y A.26: Copia de Oficio N°63, de fecha 15 de febrero de 2010, Oficio N°26, de fecha 8 de febrero de 2011 y Oficio N°41, de fecha 14 de febrero de 2012 y Oficio N°1451 emitidos por Sr. Presidente de Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción y hoja de vida funcionaria. Los cuales son sobreabundantes por referirse a las sanciones disciplinarias impuestas al acusado, cuestión ya demostrada con la prueba documental A-3 y A-4.

D-2 a) 4 documentos consistentes en copias de escritos judiciales presentados por Abogado E.F. en el Juzgado de Policía Local de Mulchén, solicitando fallo en causa Rol N°84.503-P. Los que son sobreabundantes por estar contenidos en la prueba A-27.

D-2 b) Constancia de carta certificada de fecha 2 de marzo de 2011 del Juzgado de Policía Local de Mulchén. Por no haberse señalado su finalidad e incidencia en el juicio.

D-2 j) Set de 6 documentos presentados por Abogado E.F.P. en expediente recurso de queja disciplinaria Rol N°03-2011, seguido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en contra del querrelado. Por no haberse señalado su finalidad e incidencia en el juicio.

D-3 k) Otros documentos entregados en la Fiscalía por el Abogado

Sr. E.F., junto a los anteriores, y que serán incorporados en el respectivo juicio oral. Por no haberse señalado su finalidad e incidencia en el juicio.

D.4.- Set de 6 legajos contenedores de copia de Informes Trimestrales o Bimensuales remitidos por el Juzgado de Policía Local de Mulchén a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, relativos a los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008.

De los cuales sólo tenían información relevante al juicio lo informado mediante los oficios N°2119 de 17 de noviembre de 2003 y N°1625 de 15 de septiembre de 2003, según se estableció en el considerando 23°. Por tal razón, salvo el contenido relativo a los oficios señalados, a los demás legajos se les resta valor probatorio por haberse explicitado su finalidad e incidencia en el juicio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 30, 40, 50, 56, 57, 59, 68, 224 N°7 del Código Penal y artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales; artículo 76 de la Constitución Política del Estado; artículos 45, 47, 291, 295, 297, 325, 340, 341, 342, 344, 346, y 348 del Código Procesal Penal, y artículo 4 de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se **CONDENA** a **RINDOLFO EDUARDO BARRA NAVARRETE**, ya individualizado, a la pena de **DOS AÑOS SUSPENSIÓN DE CARGO Y OFICIO PÚBLICO EN SU GRADO MAXIMO**, y a **CUARENTA Y**

UN DIAS DE PRISION EN SU GRADO MAXIMO, con su accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad como **AUTOR** del delito de **PREVARIACION**, en grado de consumado, previsto y sancionado los artículos 224 N°7 del Código Penal y artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, perpetrado en Mulchén en día indeterminado comprendido entre el 16 de enero 2009 al 17 de noviembre de 2010.

II.- Que, en consecuencia y de conformidad al artículo 40 del Código Penal, ejecutoriada que sea esta sentencia, y a partir de ese momento, el sentenciado quedará inhabilitado para el ejercicio del cargo de Juez Titular del Juzgado de Policía Local de Mulchén durante los dos años de duración de la pena de suspensión y por los 41 días de suspensión que como pena accesoria contempla la pena de prisión, quedando privado de todo sueldo mientras dure la condena.

III.- Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley N°18.216, se le concede beneficio de la **REMISION CONDICIONAL DE LA PENA referida sólo a la pena privativa de libertad**, consistente en la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa de Gendarmería de Chile por el lapso de **UN AÑO**, debiendo el sentenciado presentarse a cumplir dentro de quinto día de ejecutoriada esta sentencia, la que se comenzará a contar

desde que se presente o sea habido, no existiendo abonos que considerar.

III.- Conforme al artículo 5 de la Ley 18.216 se impone al penado las condiciones de:

a) De residir en un lugar determinado. Éste podrá ser cambiado, en casos especiales, según la calificación efectuada por Gendarmería de Chile.

b) Sujeción al control administrativo y a la asistencia de Gendarmería de Chile.

IV.- Que se **ABSUELVE** a **RINDOLFO EDUARDO BARRA NAVARRETE**, ya individualizado, de los cargos que le fueron imputados por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado por el delito de falsificación de instrumento público.

V.- Cada parte pagará sus costas, por no haber sido totalmente vencido el acusado, y por haber tenido motivo plausible para presentar acusación por el cargo de falsificación de instrumento público, en el caso de los acusadores.

Acordada con el voto en contra del magistrado don Christian Osses Baeza, quien estuvo por imponer al sentenciado la pena de **tres años de suspensión de cargo u oficio público y 60 días de prisión con igual tiempo de suspensión**, por considerar que atendida su investidura de juez titular estaba llamado a garantizar la recta aplicación de la constitución y las leyes, por dicha razón, este juez disidente ponde-

rando los valores en juego desde el prisma de la prevención general positiva, entiende que sólo con la aplicación de las penas en su máximo se restablece de mejor manera el desbalance causado por la afectación al bien jurídico protegido, al tiempo que reafirma el valor de la vigencia de la norma infringida y restablece la confianza de los ciudadanos en sus tribunales de justicia.

Remítase, en su oportunidad, copia autorizada al Juzgado de Garantía de Mulchén para la ejecución de la pena.

Devuélvase la prueba documental incorporada por los intervinientes.

Sentencia redactada por el Juez don Christian Osses Baeza.

RUC: 1100632696-1

RIT: 3-2015

PRONUNCIADA POR LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LOS ÁNGELES, INTEGRADA POR LOS JUECES TITULARES ANTONIA FLORES RUBILAR, COMO PRESIDENTA DE SALA, JUAN PABLO LAGOS ORTEGA, COMO INTEGRANTE, Y CHRISTIAN OSSES BAEZA, COMO REDACTOR.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO
DE ESTUPEFACIENTES
Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

ESTUDIO SOBRE FALTAS A LA LEY 20.000 Y TRÁFICO EN PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGA EN RECINTOS PENITENCIARIOS

Alejandro Ivelic Mancilla¹

Sonia Marambio Vega²

I. Introducción

El presente estudio tiene por objetivo general entregar un informe sobre el tratamiento procesal de los casos porte y consumo de pequeñas cantidades de droga en el interior de recintos penales de nuestro país y del tráfico de drogas en pequeñas cantidades en dichos lugares entre los años 2010 y 2014, sobre la base de información empírica disponible en el Ministerio Público.

Asimismo, este informe tiene como objetivos específicos, caracterizar el fenómeno del consumo y microtráfico existente al interior de los recintos carcelarios, especialmente en lo referido al tipo de droga, lugar de ocultamiento, sujeto activo (visita o interno), calificación jurídica de estas conductas, salidas judiciales y resultados de las sentencias.

Las conclusiones de este informe resultan relevantes para apreciar el fenómeno desde una perspectiva tanto cuantitativa como cualitativa y proveer información empírica idónea para los diferentes organismos vinculados con el fenómeno carcelario y el de la oferta y demanda de drogas.

II. Antecedentes de las faltas de la ley de drogas en centros penitenciarios

Para conocer el comportamiento de las faltas a la ley de drogas, se procedió a obtener desde el SAF³ el total de las denuncias de consumo o porte de drogas, que se originaron en los recintos penales del país, en un periodo comprendido entre el 2010 al 2014 información que fue corroborada con el análisis del contenido de la denuncia levantada desde el SIAGJ⁴, antecedentes todos, obtenidos el 15 de Febrero del 2015.

1 Director (S), Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Socióloga, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 “Sistema de Apoyo a los Fiscales”, SAF. Plataforma informática del Ministerio Público.

4 “Sistema de Apoyo a la Gestión Judicial”, SIAGJ. Plataforma informática del Ministerio Público.

Desde el SAF, se obtuvo el total de RUC en que la denuncia fue realizada por Gendarmería, Carabineros y la PDI. Luego, fue necesario contrastar la información con los imputados que participaron en estos hechos, información que permitió saber por una parte, cuántos imputados hubo, y por otra, el estado en que se encuentran dichos casos.

Al extraer del SAF los 9.653 RUC de las denuncias por faltas, fue necesario contrastar la información con el sistema SIAGJ, para ver cuántos imputados tenía cada denuncia, de lo cual se obtuvo un total de 10.794 imputados, de los cuales 1.113 correspondían a imputados no identificados (NN), lo cual disminuyó el universo a un total de 9.681 imputados identificados. Asimismo, cabe mencionar que se decidió agrupar como “Faltas”, aquellos casos donde se aplicara art. 50 y 51, información que posteriormente fue ratificada con las sentencias, a fin de cerciorarnos que la tipificación penal de la información obtenida con el SAF fuese la correcta.

Posteriormente se procedió a obtener el total de RUC en que la denuncia fue realizada tanto por Gendarmería, así como también, otros casos en que la denuncia fue hecha por una institución distinta a Gendarmería. De esta información, se obtuvo finalmente la información de imputados identificados por faltas en cárceles, por región y año, como se muestra en la siguiente tabla:

IMPUTADOS IDENTIFICADOS, POR FALTAS EN CÁRCELES

Región	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Arica-Parinacota	72	89	137	180	209	687
Tarapacá	45	79	118	175	255	672
Antofagasta	79	105	131	90	106	511
Atacama	46	69	75	94	142	426
Coquimbo	92	53	82	86	91	404
Valparaíso	199	200	314	330	352	1.395
B. O'Higgins	39	68	77	31	97	312
Maule	28	42	19	71	107	267
Bío Bío	67	115	125	208	206	721
Araucanía	33	60	41	63	72	269
De Los Ríos	4	6	27	45	56	138
De Los Lagos	13	42	37	75	74	241
Aysén	1	1		1	7	10
Magallanes	4	4	1	5	18	32
FRM Centro-Norte	334	428	602	595	642	2.601
FRM Oriente				1		1
FRM Occidente	13	14	26	19	20	92
FRM Sur	133	226	149	193	201	902
Total	1.202	1.601	1.961	2.262	2.655	9.681

Fuente: SAF

La siguiente tabla presenta la información del estado en que se encuentran los imputados identificados por faltas en centros de detención, distribuido por año:

Glosa	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Vigente	1	2	8	42	161	214
Acoge req. proced. monit. y proposit. multa	608	791	822	1.218	1.518	4.957
Agrupado	39	25	58	50	63	235
Anulación de ingreso error de digitación	2	1	2	1	1	7
Archivo Provisional	201	303	487	451	438	1.880
Decisión de no perseverar en el proced.	6	10	4	13	5	38
Incomp. tratarse materias conoc. otro trib.	4	3	4	2	2	15
No Inicio Investigación	17	17	46	100	113	293
Otras causales de término	3	9	5	7	23	47
Principio de Oportunidad	205	297	429	269	246	1.446
S. Definit. (vencim. plazo suspens. art. 240)	7	15	9	11		42
Sentencia definitiva absolutoria (simplificados)	7	6	3	5	1	22
Sentencia definitiva condenatoria (simplificados)	70	92	54	67	61	344
Sobres. Definitivo (causales del art. 250)	32	30	30	26	23	141
Total	1.202	1.601	1.961	2.262	2.655	9.681

Fuente: SAF

De los distintos estados en los que se puede encontrar un caso, son relevantes las sentencias definitivas, ya sea condenatorias o absolutorias (simplificados) y los requerimientos monitorios. El resto de los estados se agrupó bajo el término genéricos de “Vigentes u otros términos” (términos como archivos, principio de oportunidad, facultad de no inicio, no perseverar, sobreseimientos etc).

ESTADO DE IMPUTADOS POR REGIÓN

Región	GLOSA	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Arica-Parinacota	Vigentes u otros términos	61	80	116	51	58	366
Arica-Parinacota	Condenatoria	1		1			2
Arica-Parinacota	Monitorio	10	9	20	129	151	319
Total Arica-Parinacota		72	89	137	180	209	687
Tarapacá	Vigentes u otros términos	26	65	111	135	207	544
Tarapacá	Monitorio	19	14	7	40	48	128
Total Tarapacá		45	79	118	175	255	672
Antofagasta	Vigentes u otros términos	27	48	69	33	39	216
Antofagasta	Condenatoria	4	2			1	7
Antofagasta	Monitorio	48	55	62	57	66	288
Total Antofagasta		79	105	131	90	106	511
Atacama	Vigentes u otros términos	6	42	53	40	61	202
Atacama	Condenatoria	1	2		1		4
Atacama	Monitorio	39	25	22	53	81	220
Total Atacama		46	69	75	94	142	426
Coquimbo	Vigentes u otros términos	73	45	75	66	56	315

Región	GLOSA	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Coquimbo	Absolutoria	3					3
Coquimbo	Condenatoria	2			1	2	5
Coquimbo	Monitorio	14	8	7	19	33	81
Total Coquimbo		92	53	82	86	91	404
Valparaíso	Vigentes u otros términos	108	76	175	174	211	744
Valparaíso	Absolutoria	2			2	1	5
Valparaíso	Condenatoria	11	8	16	14	10	59
Valparaíso	Monitorio	78	116	123	140	130	587
Total Valparaíso		199	200	314	330	352	1.395
B. O'Higgins	Vigentes u otros términos	3	35	36	3	12	89
B. O'Higgins	Condenatoria	9	19	5	1	4	38
B. O'Higgins	Monitorio	27	14	36	27	81	185
Total B. O'Higgins		39	68	77	31	97	312
Maule	Vigentes u otros términos	3	12	5	29	48	97
Maule	Condenatoria	2	10	2	1	6	21
Maule	Monitorio	23	20	12	41	53	149
Total Maule		28	42	19	71	107	267
Bío Bío	Vigentes u otros términos	32	45	32	83	78	270
Bío Bío	Absolutoria				1		1
Bío Bío	Condenatoria	7	11	15	18	18	69
Bío Bío	Monitorio	28	59	78	106	110	381
Total Bío Bío		67	115	125	208	206	721
Araucanía	Vigentes u otros términos	20	32	14	28	38	132
Araucanía	Absolutoria	1	1	2	1		5
Araucanía	Condenatoria	5	7	4	7	8	31
Araucanía	Monitorio	7	20	21	27	26	101
Total Araucanía		33	60	41	63	72	269
De Los Ríos	Vigentes u otros términos	1	3	15	40	38	97
De Los Ríos	Condenatoria	3	2	1	1	1	8
De Los Ríos	Monitorio		1	11	4	17	33
Total De Los Ríos		4	6	27	45	56	138
De Los Lagos	Vigentes u otros términos	6	28	24	28	33	119
De Los Lagos	Condenatoria		1		6	2	9
De Los Lagos	Monitorio	7	13	13	41	39	113
Total De Los Lagos		13	42	37	75	74	241
Aysén	Vigentes u otros términos		1			5	6
Aysén	Condenatoria	1					1
Aysén	Monitorio				1	2	3
Total Aysén		1	1	0	1	7	10
Magallanes	Vigentes u otros términos	4	3		3	8	18
Magallanes	Monitorio		1	1	2	10	14
Total Magallanes		4	4	1	5	18	32
FRM Centro-Norte	Vigentes u otros términos	99	141	266	164	113	783
FRM Centro-Norte	Absolutoria	1	5	1			7
FRM Centro-Norte	Condenatoria	18	22	4	8	4	56
FRM Centro-Norte	Monitorio	216	260	331	423	525	1.755
Total FRM Centro-Norte		334	428	602	595	642	2.601
FRM Oriente	Vigentes u otros términos				1		1

Región	GLOSA	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Total FRM Oriente		0	0	0	1	0	1
FRM Occidente	Vigentes u otros términos	8	10	18	13	13	62
FRM Occidente	Absolutoria				1		1
FRM Occidente	Condenatoria			1	3	2	6
FRM Occidente	Monitorio	5	4	7	2	5	23
Total FRM Occidente		13	14	26	19	20	92
FRM Sur	Vigentes u otros términos	40	46	73	81	57	297
FRM Sur	Condenatoria	6	8	5	6	3	28
FRM Sur	Monitorio	87	172	71	106	141	577
Total FRM Sur		133	226	149	193	201	902
Total general		1.202	1.601	1.961	2.262	2.655	9.681

Fuente: SAF

Es interesante destacar, que de 9.653 denuncias por faltas por a la ley de drogas, se logró identificar a 9.681 imputados, de los cuales en el 51,2 % se acogió la propuesta de monitorio.

Por otra parte, a pesar de que las sentencias definitivas en procedimientos simplificados aplicadas en 366 casos, representaron solamente un 3,7 %, fue importante considerarlas, pues en base a esos casos se pudo obtener información relevante que será analizada más adelante.

III. Análisis de sentencias condenatorias o absolutorias de las faltas de la ley de drogas en centros de detención

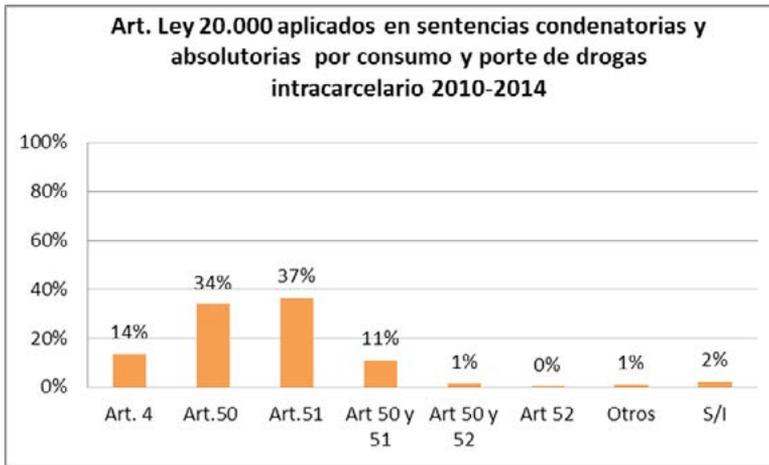
El estudio realizado consideró todos los registros disponibles en el SAF cuyos RUC presentaran denuncias realizadas por Gendarmería, Carabineros y la PDI, respecto a hechos tipificados por esas instituciones como constitutivos de consumo y porte de drogas en el interior de los recintos penales, entre los años 2010-2014, total que ascendió a 9.653 causas en el periodo antes mencionado.

Posteriormente, se desagregó la información por imputados registrados en dichos RUC, cuyo número ascendió a 10.794, de los cuales 1.113 correspondían a NN, reduciéndose el universo de imputados a un total de 9.681 registros.

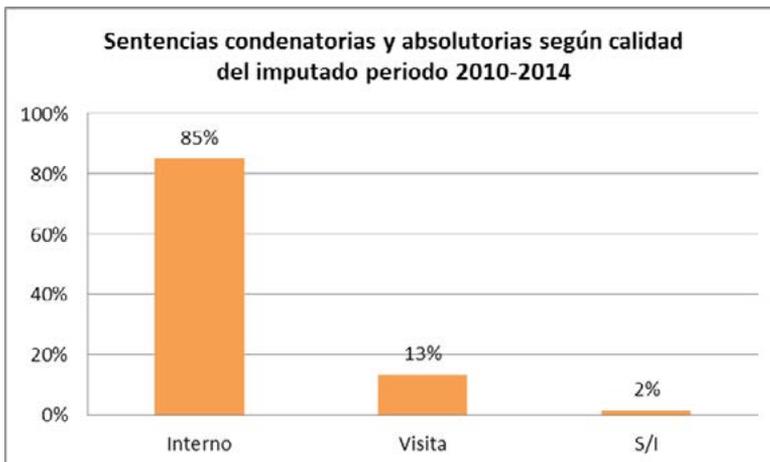
De estos imputados, se estableció que el 51% de los casos (4.957 imputados) fueron condenados en procedimiento monitorio, mientras un 45% de ellos se encuentran vigentes⁵ (4.358 imputados) y que de ellos, un 4% corresponden a imputados con sentencias condenatorias o absolutorias en procedimiento simplificado (366 casos).

5 Este concepto incluye causas con suspensión condicional del procedimiento con plazo de suspensión vigente.

El análisis realizado a este 4% de sentencias condenatorias y absolutorias, aplicadas al interior de recintos penales en el periodo contemplado entre el 2010-2014, evidenció que un 14% de éstas, los imputados fueron sentenciados por el Artículo 4 de la Ley 20.000, referida a tráfico en pequeñas cantidades. Por su parte, las sentencias por artículo 50 y 51, que corresponden a faltas, el porcentaje asciende a un 82%.

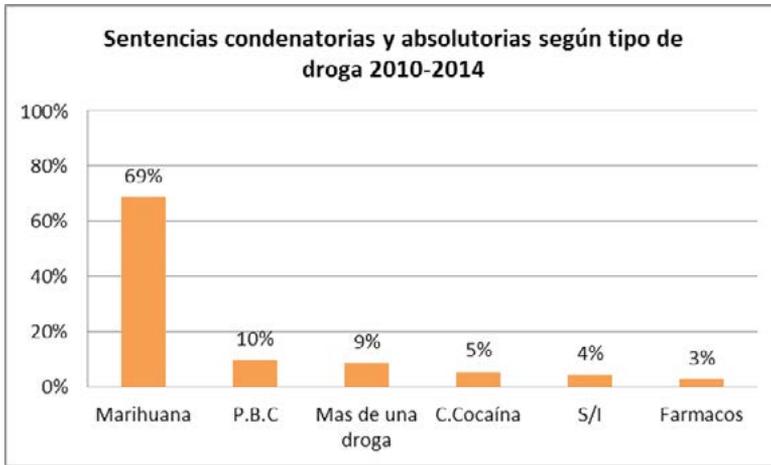


Respecto a la calidad del imputado en las sentencias condenatorias y absolutorias, un 85% de ellas se imputa al interno, mientras que solo un 13% corresponde a la visita.

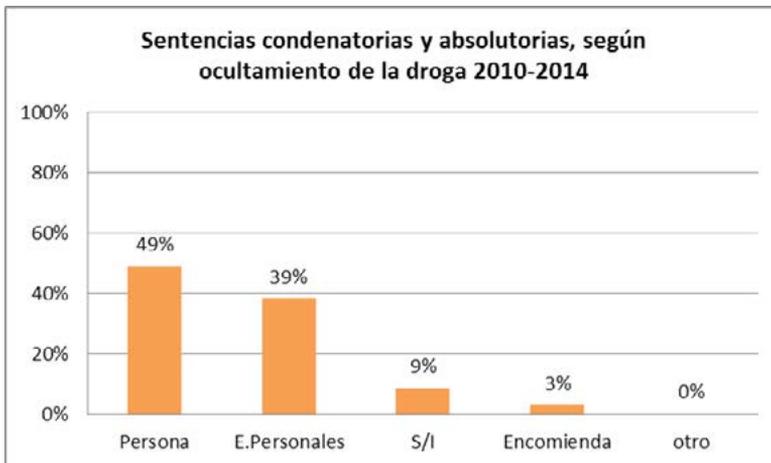


En relación al tipo de droga más frecuentemente portada y consumida en las cárceles, la información de las sentencias revela que la droga más consumida es la marihuana con un 69%, seguido de pasta base de cocaína (10%) y en un porcentaje similar encontramos que se ingresa o porta más de una droga

(9%). Las drogas menos frecuentes de encontrar en los recintos penales es la cocaína (5%) y los fármacos (3%).

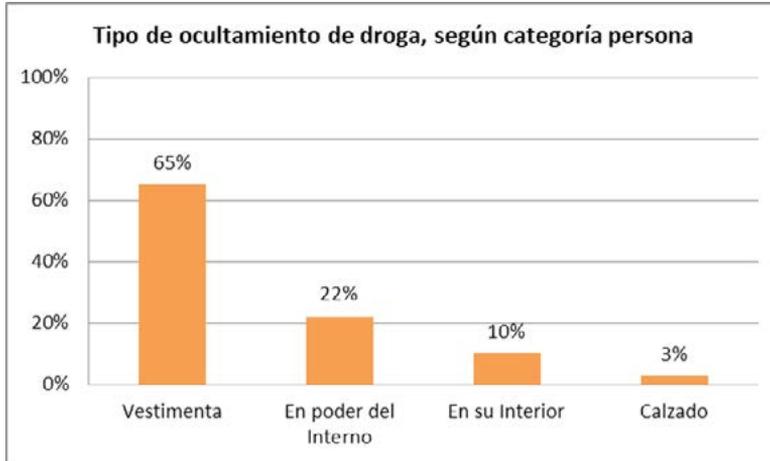


Finalmente, el análisis respecto a los modos de ocultamiento de la droga, indica que en su mayoría se encuentra en la persona (49%), seguido de los efectos personales (39%), mientras que solo un 3% de los registros indican que la droga se encuentra en algún tipo de encomienda, usualmente paquetes o al interior de la mercadería.

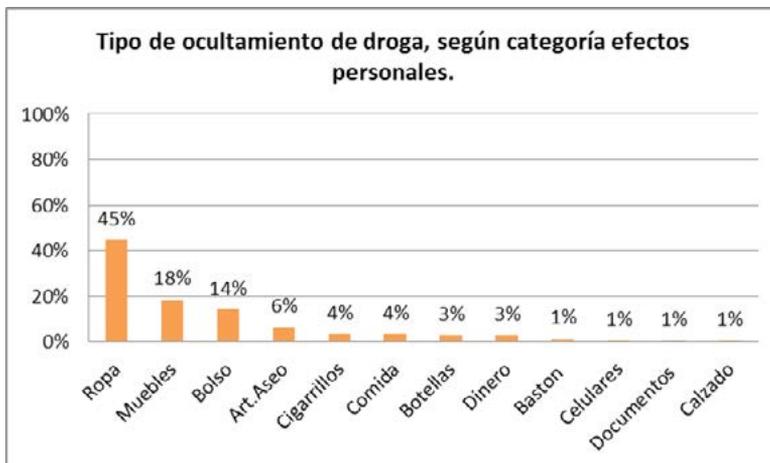


Según la categoría “Persona”, la forma de ocultamiento principal se refiere a la droga encontrada en la vestimenta que porta el imputado (65%), seguida de la categoría “en poder del interno” (22%). Si bien esta última podría ser entendida como la droga que es portada por el individuo y que usualmente se da dentro de su ropa, se decidió mantener esta distinción, debido a que en las sentencias analizadas aparece frecuentemente este tipo de ocultamiento

pero no explicita a que exactamente se refiere. Finalmente la tercera forma de ocultamiento es en el interior (10%), referida a alguna cavidad del cuerpo de la persona, es decir, boca, órganos genitales, ovoides, etc.



En la categoría “efectos personales” encontramos que los modos más frecuentes de ocultamiento la droga se oculta en ropa (45%), muebles (18%) y bolsos (14%).



IV. Antecedentes de las denuncias por tráfico en pequeñas cantidades en centros de detención

Siguiendo la metodología anterior para la obtención de datos para porte y consumo, se procedió a obtener las denuncias disponibles en el SAF, generadas al interior de los recintos penales del país, seleccionando los RUC

donde se calificó el hecho como constitutivo del art 4 de La Ley 20.000, en el periodo 2010 al 2014, en los que la denuncia fue generada por Gendarmería, incluidos otros casos en que la denuncia fue hecha por una institución distinta. La distribución de los imputados identificados por tráfico en pequeñas cantidades (Art. 4 Ley 20.000), al interior de los centros de detención del país, por región y año, se muestra en la siguiente tabla.

Imputados Identificados						
Región	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Arica-Parinacota	11	11	9		12	43
Tarapacá		4	3	7	1	15
Antofagasta	31	34	41	26	14	146
Atacama	7	6	4	37	31	85
Coquimbo	34	53	55	42	48	232
Valparaíso	14	9	28	23	27	101
B. O'Higgins	17	14	8	3	17	59
Maule	10	30	38	38	33	149
Bío Bío	9	8	29	43	49	138
Araucanía	16	18	38	23	19	114
De Los Ríos		1	7	4	2	14
De Los Lagos	5	20	5	20	8	58
Aysén		1		1		2
Magallanes						0
FRM Centro-Norte	168	210	208	286	257	1.129
FRM Oriente						0
FRM Occidente	9	10	41	23	20	103
FRM Sur	58	64	48	58	46	274
Total	389	493	562	634	584	2.662

Fuente: SAF

La siguiente información muestra el estado en que se encuentra las causas respecto a los imputados identificados, distribuido por año. Cabe señalar que la información más importante de considerar son las sentencias definitivas (condenatorias o absolutorias) y los requerimientos monitorios:

Tipo de término	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Vigente	3	16	33	127	345	524
Acoge req. proced. monit. y proposit. multa	85	78	37	69	24	293
Agrupado	23	26	27	64	49	189
Anulación de ingreso error de digitación	1	3	2	2	2	10
Archivo Provisional	64	76	99	83	34	356
Decisión de no perseverar en el proced.	16	28	55	63	41	203
Incomp. tratarse materias conoc. otro trib.	1					1
No Inicio Investigación	6	2	2	7	1	18
Otras causales de término		3	4	4	1	12
Principio de Oportunidad	3	3	5	2	2	15
S. Definit. (vencim. plazo suspens. art 240)	6	18	16	8		48
Sentencia definitiva absoluta	12	11	16	15	2	56
Sentencia definitiva condenatoria	159	214	250	180	76	879
Sobres. Definitivo (causales del art 250)	10	15	16	10	7	58
Total	389	493	562	634	584	2.662

Fuente: SAF

En relación al tipo de término, son relevantes las sentencias definitivas, ya sea condenatorias o absolutorias y los requerimientos monitorios. El resto de los estados se agrupó bajo el término genéricos de “Vigentes u otros términos”.

Región	GLOSA	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Arica-Parinacota	Vigentes u otros términos	1	6	2		12	21
Arica-Parinacota	Absolutoria	4		2			6
Arica-Parinacota	Condenatoria	6	5	5			16
Total Arica-Parinacota		11	11	9	0	12	43
Tarapacá	Vigentes u otros términos		3	3	6	1	13
Tarapacá	Condenatoria		1		1		2
Total Tarapacá		0	4	3	7	1	15
Antofagasta	Vigentes u otros términos	19	14	27	13	10	83
Antofagasta	Condenatoria	12	16	13	7	2	50
Antofagasta	Monitorio		4	1	6	2	13
Total Antofagasta		31	34	41	26	14	146
Atacama	Vigentes u otros términos	1	2	1	27	30	61
Atacama	Absolutoria				2		2
Atacama	Condenatoria	6	2	3	8	1	20
Atacama	Monitorio		2				2
Total Atacama		7	6	4	37	31	85
Coquimbo	Vigentes u otros términos	24	31	37	32	43	167
Coquimbo	Absolutoria	1		1	3		5
Coquimbo	Condenatoria	9	22	17	7	5	60
Total Coquimbo		34	53	55	42	48	232
Valparaíso	Vigentes u otros términos	7	3	11	12	19	52
Valparaíso	Absolutoria	1	1	2	1		5
Valparaíso	Condenatoria	5	5	12	9	7	38
Valparaíso	Monitorio	1		3	1	1	6
Total Valparaíso		14	9	28	23	27	101
B. O'Higgins	Vigentes u otros términos	3	3			12	18
B. O'Higgins	Absolutoria	1				1	2
B. O'Higgins	Condenatoria	9	9	7	3	3	31
B. O'Higgins	Monitorio	4	2	1		1	8
Total B. O'Higgins		17	14	8	3	17	59
Maule	Vigentes u otros términos	3	12	10	23	29	77
Maule	Absolutoria		1	3	1		5
Maule	Condenatoria	7	17	20	14	4	62
Maule	Monitorio			5			5
Total Maule		10	30	38	38	33	149
Bío Bío	Vigentes u otros términos	7	2	13	23	42	87
Bío Bío	Absolutoria				1		1
Bío Bío	Condenatoria	2	3	13	9	5	32
Bío Bío	Monitorio		3	3	10	2	18
Total Bío Bío		9	8	29	43	49	138

Región	GLOSA	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Araucanía	Vigentes u otros términos	10	10	28	15	13	76
Araucanía	Absolutoria		1		1		2
Araucanía	Condenatoria	4	5	10	5	5	29
Araucanía	Monitorio	2	2		2	1	7
Total Araucanía		16	18	38	23	19	114
De Los Ríos	Vigentes u otros términos			1	3		4
De Los Ríos	Absolutoria			2			2
De Los Ríos	Condenatoria		1	4	1	2	8
Total De Los Ríos		0	1	7	4	2	14
De Los Lagos	Vigentes u otros términos	4	17	1	9	7	38
De Los Lagos	Absolutoria			1	1		2
De Los Lagos	Condenatoria	1	3	2	10	1	17
De Los Lagos	Monitorio			1			1
Total De Los Lagos		5	20	5	20	8	58
Aysén	Vigentes u otros términos				1		1
Aysén	Condenatoria		1				1
Total Aysén		0	1	0	1	0	2
FRM Centro-Norte	Vigentes u otros términos	43	66	96	165	210	580
FRM Centro-Norte	Absolutoria	2	4	4	4	1	15
FRM Centro-Norte	Condenatoria	53	79	91	70	30	323
FRM Centro-Norte	Monitorio	70	61	17	47	16	211
Total FRM Centro-Norte		168	210	208	286	257	1.129
FRM Occidente	Vigentes u otros términos	1	4	16	12	18	51
FRM Occidente	Absolutoria	1	1		1		3
FRM Occidente	Condenatoria	5	4	22	10	2	43
FRM Occidente	Monitorio	2	1	3			6
Total FRM Occidente		9	10	41	23	20	103
FRM Sur	Vigentes u otros términos	10	17	13	29	36	105
FRM Sur	Absolutoria	2	3	1			6
FRM Sur	Condenatoria	40	41	31	26	9	147
FRM Sur	Monitorio	6	3	3	3	1	16
Total FRM Sur		58	64	48	58	46	274
Total general		389	493	562	634	584	2.662

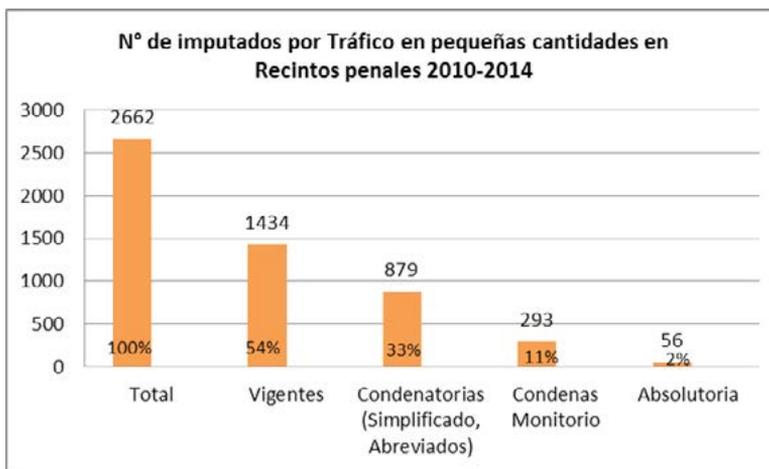
De la información de esta tabla, se observa que en el periodo 2010-2014, el total de denuncias por tráfico en pequeñas cantidades en los recintos penitenciarios asciende a 2.662 imputados, de los cuales el 11% se acogió a propuesta de monitorio.

Por su parte, las sentencias definitivas, (absolutorias y condenatorias) constituyen 935 casos, los que representan un 35% del total por tipo de término. Considerando este porcentaje, es que se procederá analizarlas a fin de obtener información relevante.

V. Análisis de sentencias condenatorias o absolutorias de tráfico en pequeñas cantidades (art.4 Ley de drogas) en centros de detención

Replicando la metodología para la obtención de información utilizada para las sentencias sobre faltas, se consideró para el caso de las sentencias por tráfico en pequeñas cantidades producidos en los centros de detención del país, todos los registros disponibles en el SAF cuyos RUC presentaran denuncias realizadas por Gendarmería y otras instituciones, entre los años 2010-2014, cuyo total ascendió a 2997 causas en el periodo antes mencionado.

Posteriormente a partir de estos RUC se obtuvo la cantidad de imputados registrados en dichos RUC, cuyo total de registros fue de 2662 imputados. De este total, se estableció que el 11% de los casos (293 imputados) se acogieron a monitorio, mientras un 54% de ellos se encuentra vigentes (1434 imputados) y que un 35% corresponden a imputados con sentencias condenatorias o absolutorias (935 casos) en procedimientos simplificados y abreviados.

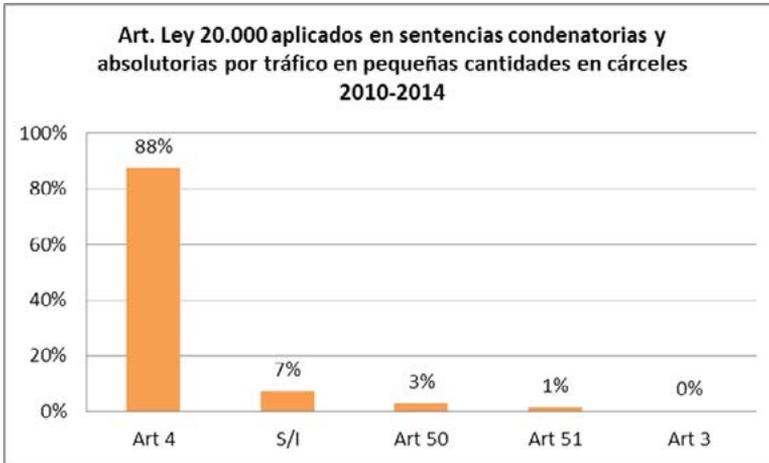


Considerando que el total de sentencias asciende a 935 casos, y dado que el análisis contempló contrastar la información obtenida del SAF con las sentencias de cada uno de los imputados obtenidas desde el SIAGJ, se tomó la decisión de obtener una muestra aleatoria que permitiera acotar el proceso de análisis de información. Para ello se calculó el tamaño muestral para los 935 casos en procedimientos simplificados y abreviados, con un 95% de confianza y un 5% de error, obteniéndose una muestra representativa de 272 imputados.

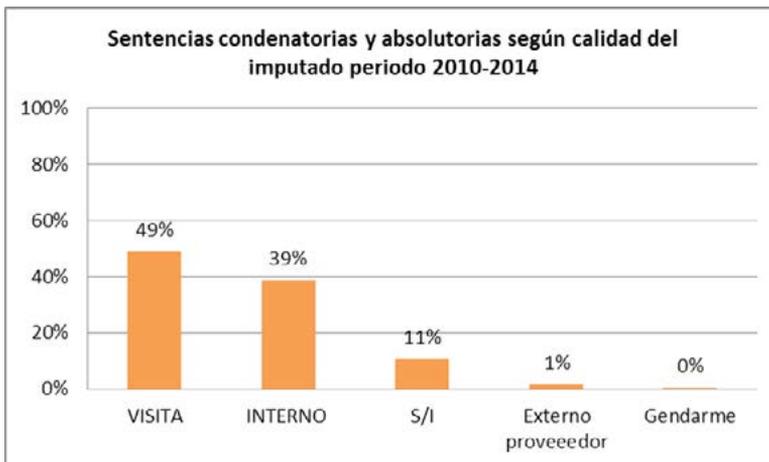
Una vez definida la muestra, se realizó el análisis de dichas sentencias condenatorias y absolutorias, el que corresponde al 35% del tipo de término, aplicadas al interior de la cárcel en el periodo 2010-2014.

La primera información relevante que se evidenció es que en un 88% de éstas, los imputados fueron sentenciados por el Artículo 4 de la Ley 20.000, refe-

rida a tráfico en pequeñas cantidades, encontrándose un mínimo porcentaje en el que fueron sentenciadas por artículo 50 y 51, según se muestra en el siguiente gráfico.

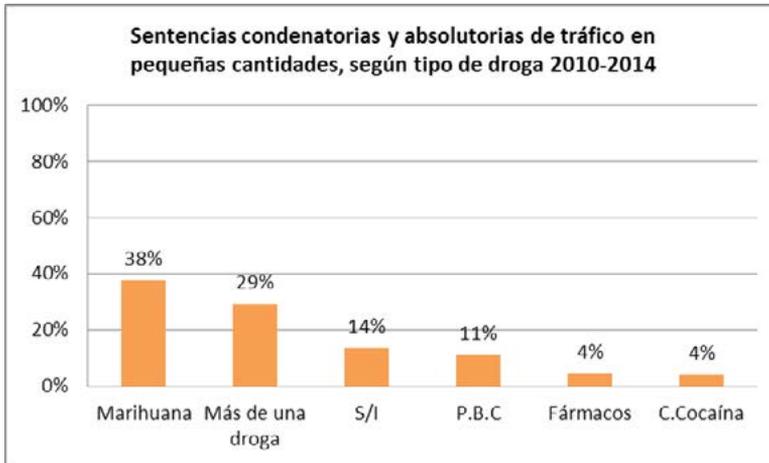


En relación a la calidad del imputado en las sentencias condenatorias y absolutorias, se observa que un 49% de ellas se imputa a las visitas, mientras que un 39% corresponde a los internos. El hecho que casi la mitad de las sentencias se asocia a alguna visita tiene sentido toda vez que el fenómeno de microtráfico implica que el interno debe proveerse de algún tipo de droga a través de un agente externo al recinto penitenciario.

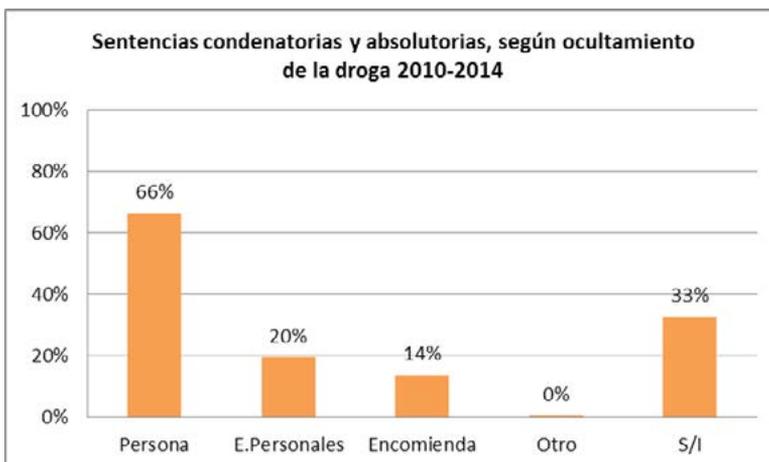


En relación al tipo de droga, la información de las sentencias revela que la droga hallada con mayor frecuencia en los delitos de tráfico en pequeñas cantidades, es la marihuana con un 38%, seguido de la categoría de “más de una

droga” (29%), lo cual se condice con la realidad de consumo de los internos, así como también, con la realidad de quién trafica al interior de la cárcel, dado que como cualquier proveedor, debe mantenerse abastecido de más de un tipo de droga. En tercer lugar, se encuentra la pasta base de cocaína (11%), fármacos (4%) y en un porcentaje poco significativo, la cocaína (4%).

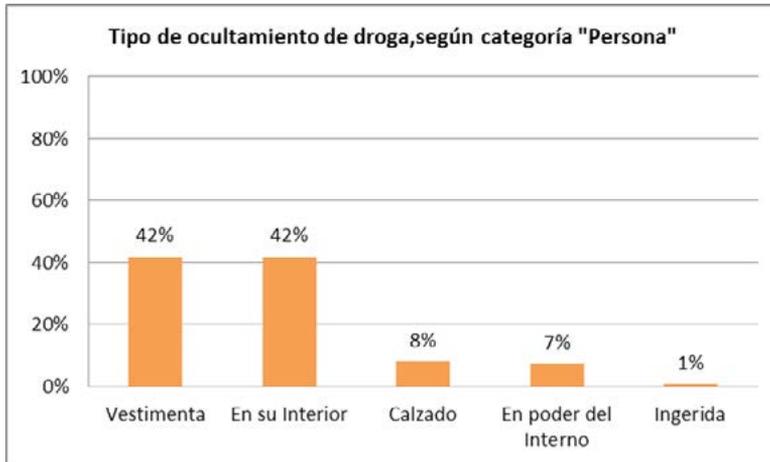


El análisis respecto a los modos de ocultamiento de la droga, la mayoría se encuentra en la persona (66%), seguido de los efectos personales (20%) y un 14% de las sentencias señala que la droga se encuentra en algún tipo de encomienda, usualmente paquetes o al interior de la mercadería.

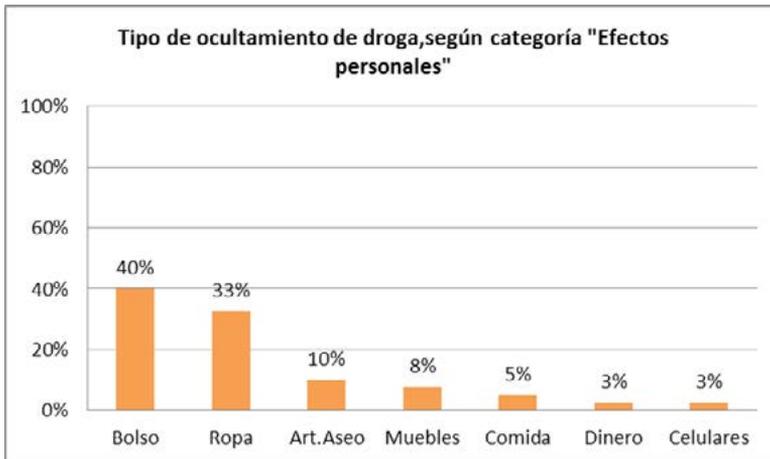


Según la categoría “Persona”, la vestimenta constituye el principal modo de ocultamiento (42%), seguida de la categoría “en su interior” (42%) referida a alguna cavidad del cuerpo de la persona, es decir, boca, órganos genitales, ovoides, etc. En un porcentaje menor encontramos el calzado del imputado

(8%) seguida de la categoría “En poder del interno” (7%) que como se mencionó en el análisis de porte y consumo, podría entenderse como la droga que porta el individuo en su ropa o cuerpo, pero la cual no se encuentra especificada, pero se mantuvo debido a que aparece señalada de esta forma en las sentencias. Finalmente sólo en un 1% de las sentencias la droga es ingerida.

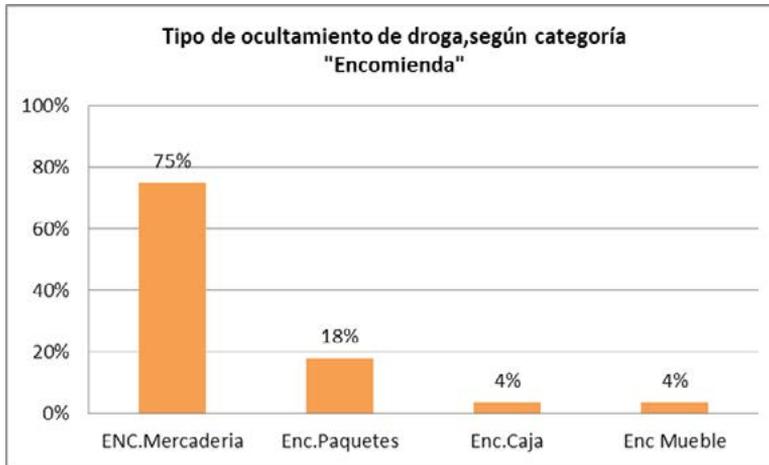


En la categoría “efectos personales” encontramos que los principales modos de ocultamiento la droga se hallan en bolsos (40%) y ropa (33%), seguido de artículos de aseo (10%) y muebles (8%).



Considerando que la categoría “encomienda” representa un 14% de los métodos de ocultamiento más frecuentemente utilizados para ingresar la droga en los casos de tráfico en pequeñas cantidades, se analizó la información encontrando que un 75% de los casos estos se realizan en encomiendas de mercadería, un 18% corresponde a encomiendas tipo “paquete”, mientras las “cajas” o

“muebles” son los menos frecuentes con un porcentaje de 4% cada uno, en el ingreso de droga a los recintos penales.



VI. Conclusiones

Al analizar comparativamente los resultados observamos que los casos vigentes respecto de tráfico en pequeñas cantidades (54%), es un 9% superior al de los casos vigentes por consumo y porte para el consumo al interior de las cárceles (45%). Ello se explica en tanto el proceso de condena es más largo en un caso de tráfico del artículo 4 de la ley 20.000 que el caso de una falta.

Asimismo, observamos que en el total de casos de consumo y porte para el consumo que originalmente fueron tipificadas como “falta” por parte del organismo denunciante (Gendarmería, Carabineros y PDI), un 14% de ellas fueron sentenciadas por tráfico en pequeñas cantidades, mientras que en los casos de tráfico en pequeñas cantidades, un 88% de estos fue condenado efectivamente por el art.4 de la Ley de drogas, mientras que solo un 3% fue condenado por art 50 y un 1% por el art. 1 de la Ley 20.000. Es decir, existirá una mejor tipificación inicial del ilícito en los casos de tráfico que en los casos de faltas.

Al analizar la calidad del imputado, se observa que en los casos de porte y consumo el 85% de los casos corresponde a interno, mientras que un 13% a visitas.

En el caso de tráfico en pequeñas cantidades, el 49% el imputado es visita y un 39% interno, apareciendo incluso la categoría de “proveedor externo”, que aun cuando representa un 1% de los casos, se refiere a aquellos proveedores que lanzan la droga al interior de la cárcel por medio de pelotas o paquetes.

Respecto del tipo de droga presente al interior de los recintos penales, se observa que existen correlaciones positivas entre la droga que ingresa por tráfico en pequeñas cantidades y entre lo que se detecta posteriormente como porte y consumo. Así por ejemplo, encontramos en los casos de porte y consumo que la droga más consumida es la marihuana (69%), mientras que en los casos de tráfico en pequeñas cantidades es la que más se ingresa (38%). Como se mencionó anteriormente, le siguen en tráfico la categoría “más de una droga” (29%) lo que tiene su correlato en que el proveedor de droga al interior de un recinto penal es quien abastece de distintas sustancias a la población penal, como lo haría cualquier traficante en el medio libre.

Asimismo los porcentajes comparativos respecto al tipo de droga presente en los recintos penales son similares en ambos casos. En porte y consumo le siguen en importancia la pasta base de cocaína (10%), clorhidrato de cocaína (5%) y fármacos (3%) mientras que en los casos de tráfico en pequeñas cantidades, presentan el mismo orden: en segundo lugar la pasta base de cocaína (11%), seguido de cocaína (4%) y fármacos (4%).

En relación a los modos de ocultamiento, tanto en los casos de porte y consumo como de tráfico en pequeñas cantidades, se observa la misma tendencia: en porte y consumo el 49% se oculta en la persona, seguido de 39% que la droga es detectada en los efectos personales y solo un 3% en encomiendas. En el caso de tráfico en pequeñas cantidades, encontramos el mismo orden, pero en estos un 66% de los casos la droga se encuentra en la persona, (lo que se entiende en tanto quien trafica porta la mayoría de las veces la droga que ofrece) un 20% en los efectos personales, cobrando mayor relevancia las encomiendas, con un 14%. Esto último se explicaría porque quien trafica recibiría la droga a partir de este sistema o a partir de las visitas como se mencionó anteriormente.

Finalmente, cabe señalar que en muchos casos analizados los hechos delictuales se encuentran incompletos en el sistema SAF, lo cual constituye un inconveniente para realizar un análisis más exhaustivo de otros casos donde no existen sentencias, como por ejemplo, los casos con monitorio. Pese a ello, este trabajo logró comparar los datos obtenidos con SAF y las sentencias, lo que le otorga consistencia interna a la información presentada.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

ENTREVISTA INVESTIGATIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Catalina Duque González¹

El presente documento abordará la entrevista investigativa de niños, niñas y adolescentes (de ahora en adelante, NNA), dando cuenta de sus aspectos generales y de la elaboración de una guía nacional en la materia. Conjuntamente se analiza la video grabación, como una herramienta en la realización de la entrevista de NNA, así como la jurisprudencia emanada de Cortes de Apelaciones sobre su incorporación en juicio oral.

Finalmente, con el objetivo de contar con una visión más integral, se presenta el Proyecto de Ley que “Regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales”, Boletín N°9.245-07, y sus indicaciones².

1. Aspectos generales

Los delitos sexuales constituyen uno de los tipos de delitos que es necesario abordar desde una perspectiva especializada y orientada a evitar, al máximo, la victimización secundaria asociada al paso de las víctimas por el sistema penal. En este contexto, la entrevista investigativa es relevante y conjuga dos tareas primordiales como son: obtener el relato de la víctima y otorgar a ésta la acogida adecuada.³

Tanto la normativa nacional como internacional, dispone que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos y, por lo tanto, tratados de un modo en que queden debidamente garantizados sus derechos, con mayor razón si nos encontramos frente a NNA víctimas de un delito de connotación sexual. Es así que nuestro país ha suscrito la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN) como tratado internacional que reconoce a niños, niñas y

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Primer trámite constitucional en el senado, pagina web: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>.
- 3 Por entrevista investigativa: se puede entender como una forma de “Obtener información confiable y detallada de una persona acerca de un presunto delito” Martine B. Powell, Ronald P. Fisher, Rebecca Wright “ENTREVISTA INVESTIGATIVA”. Cap. 2 de “Psicología y Derecho una perspectiva empírica” Editado por Neil Brewer y Kipling D. Williams, agosto 2007 (en línea) Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/wp-content/files_mf/powell_entrevista_investigativa.pdf, (fecha de consulta 18/08/2015)

adolescentes como sujetos de derechos, respecto de quienes el Estado debe adoptar una serie de medidas, entre otras, aquellas tendientes a evitar la victimización secundaria.

Como indica Belloff⁴, según los estándares internacionales y regionales, “(...) la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña”.

Cabe mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño recoge como su principio rector guía el interés superior del niño, que obliga a instituciones, tribunales, autoridades y órganos legislativos a considerar la máxima satisfacción de los derechos del NNA, así como la menor restricción de ellos, al momento de tomar medidas que los afecten.

Cillero⁵ define el interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos, y constituye una garantía que asegura el ejercicio de otros derechos. Por tanto, los niños, niñas y adolescentes como intervinientes del proceso penal, son titulares de cada uno de los derechos que la legislación reconoce a las víctimas y testigos y, para su ejercicio, la legislación debe resguardar el cumplimiento de los principios y derechos que rigen la infancia y adolescencia contenidos en la CDN. Entre ellos destacan: interés superior del niño (art. 3); derecho a ser oído en todo proceso judicial o administrativo, esto es, de expresar su opinión libremente y ser escuchado en todos los asuntos que le afecten (art. 12); derecho a recuperación física y psicológica y reintegración social del NNA que haya sido víctima de: “cualquier forma de abandono, explotación o abuso (...). Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño” (art. 39⁶). Como sostiene Castro⁷, de este derecho se deriva la clara

4 Belloff, Mary. “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”. En “Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia” Fucito, Marina editor, p. 23, 2014 [en línea]. Disponible en: <http://bcn.cl/1qlb1> [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].

5 Cillero Bruñol, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño” [en línea]. Revista Justicia y Derechos del Niño N°1, Santiago de Chile, noviembre 1999, Disponible en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf[fecha de consulta: 18 de agosto de 2015].

6 Convención de los Derechos del Niño Naciones Unidas 20 de noviembre de 1989 (en línea). Disponible en https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf (fecha de consulta 18 de agosto de 2015)

7 Castro, Julio César. “Cuando los niños tienen la palabra. A propósito de la validez de la toma de sus dichos mediante un procedimiento diferenciado”. Disponible en: “Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia” Fucito, Marina editor, p. 23, 2014 [en línea]. Disponible en: <http://bcn.cl/1qlb1> [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].

obligación del Estado de impedir cualquier forma de re victimización o desprotección durante y luego del proceso judicial”⁸.

Precisamente en materia de entrevista investigativa, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Observación General N°12 de 2009⁹, sobre el derecho del niño a ser escuchado, ha señalado que: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”.

En cuanto a la videograbación, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁰ señala: “Entre las medidas de protección, los Estados partes deben garantizar que todas las tomas de declaración en las investigaciones penales de víctimas menores de edad, sean grabadas por medios audiovisuales y puedan ser utilizadas como elementos de prueba en el proceso penal, correspondiendo al derecho nacional determinar las normas procesales para ello y su uso (art. 24.1)”.

En este orden de ideas, el Ministerio Público ha generado, desde hace ya unos años, todo un plan de capacitación dirigido a fortalecer las competencias de los Fiscales Adjuntos del país y de los profesionales vinculados a las investigaciones de delitos sexuales, en la entrevista a las víctimas, a través de cursos de formación.

De lo anterior da cuenta lo señalado por la Directora de Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Patricia Muñoz García: “En el oficio del Fiscal Nacional dictado ya en el año 2009 donde imparte criterios generales de actuación en delitos sexuales (N°160/2009), indica que en el proceso investigativo, el fiscal deberá adoptar las medidas necesarias para que la víctima preste

8 Informe BCN: Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada. 2015.

9 Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada, ICRC/CGC/12, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Aprobada por el Comité en su 51° período de sesiones, 25 de mayo a 12 de junio de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://bcn.cl/1qoef> [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].

10 La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos de fecha 25/10/2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf> [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].

la menor cantidad de declaraciones posibles, evitando así la repetición innecesaria de esta diligencia. Con la misma intensidad con la que hemos valorado la propuesta legislativa que busca disminuir la cantidad de entrevistas a las que son sometidos los niños, niñas y adolescentes en el proceso penal, hemos sostenido que esta la diligencia de la entrevista investigativa no puede ser delegada a terceros, siendo el fiscal quien debe participar personalmente en la toma de declaración de la víctima, o bien encargar la realización de la diligencia en funcionarios o profesionales especializados del Ministerio Público, advierte la abogada. Por tal razón, desde el año 2012, la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional ha impulsado un intenso y específico programa de capacitación a fiscales, abogados asistentes, profesionales de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos y funcionarios policiales en los ámbitos relativos a la realización de la entrevista investigativa utilizando la guía GEV, que constituye una valorada herramienta para quienes deben substanciar o apoyar las investigaciones de esta naturaleza. En la misma senda de preparación y especialización, el Ministerio Público patrocina un proyecto Fondef pertenecientes a las Escuelas de Psicología de la Universidad de Chile y la Universidad Católica, cuyo objetivo es diseñar un modelo de entrevista investigativa para las víctimas y un sistema de entrenamiento para los entrevistadores que, en una primera etapa, beneficiará a 15 profesionales de la Fiscalía con la metodología de la experta internacional Martin Powell¹¹.

Finalmente, valga tener claridad que la entrevista investigativa no constituye una instancia pericial, y de ello se colige que tanto los objetivos y procedimientos de una y otra son diversos.

2. Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales “GEV”

La Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (en adelante, GEV) tiene como objetivos centrales contar con un modelo de entrevista a la víctima que maximice la calidad y cantidad de la información que puede ser levantada en esta instancia y, a la vez, que dicho procedimiento posea los mínimos efectos victimizantes para la persona afectada.

11 Entrevista a Directora de Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Patricia Muñoz García, Revista del Ministerio Público de Chile “15 años de Fiscalía”, Año 7, Número 2, Santiago de Chile, Octubre de 2014, en su página 18 [en línea]. Disponible en: [http://file:///D:/Users/cduque/Downloads/Fiscalia%20octubre%202014%20\(1\).pdf](http://file:///D:/Users/cduque/Downloads/Fiscalia%20octubre%202014%20(1).pdf) [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].

Esta GEV tomó como principal referencia para su elaboración el protocolo NICHD (2007¹²), las directrices referidas en la Guía ABE (Achieving Best Evidence in criminal proceedings, Home Office, 2000)¹³ y el Protocolo de Entrevista Forense FIA (Del Estado de Michigan, 1998)¹⁴.

El trabajo en la elaboración de la GEV en el Ministerio Público comenzó el año 2010, el modelo propuesto que fue observado por fiscales y abogados asesores posteriormente fue sometido a un pilotaje en una Fiscalía y las conclusiones de dicho trabajo esencialmente fueron que la GEV cumple con los objetivos que se propone (obtención de información de calidad, reducción en la victimización secundaria asociada a la diligencia); se evalúa positivamente contar con un registro videograbado de la entrevista; mejor posibilidad para el establecimiento de rapport¹⁵; posibilidad de incorporar la videograbación como medio de prueba en audiencia.

Igualmente cabe agregar que a nivel de jurisprudencia, la GEV ha sido considerada como una pauta objetiva y conocida, para la realización de entrevista de víctimas NNA¹⁶.

3. Videograbación de la Entrevista Investigativa de Niños, Niñas y Adolescentes

Es importante indicar que, por medio de la videograbación de la entrevista investigativa de la víctima, el Ministerio Público otorga la protección que

-
- 12 A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol. *Child Abuse & Neglect*, 2007 31, pp. 1201 – 1231, (en línea) Disponible en: <http://www.courts.state.md.us/family/pdfs/training/BIACHILD11.pdf> [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].
 - 13 Achieving Best Evidence in criminal proceedings, Home Office, 2000, Published by Home Office Communication Directorate 2000 (en línea) Disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/ach-berect-evidence/guidance-for-witnesses?view=Binary> (fecha de consulta 18 de Agosto 2015)
 - 14 Protocolo de Entrevista Forense FIA del Estado de Michigan, 1998, (en línea) Disponible en <http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d368331/Protocolo%20Entrevista%20Forense.pdf>, [fecha de consulta: 28 de julio de 2015].
 - 15 El Rapport es el “desarrollo de una relación positiva entre entrevistador y entrevistado”. Martine B. Powell, Ronald P. Fisher, Rebecca Wright “ENTREVISTA INVESTIGATIVA”. Cap. 2 de “Psicología y Derecho una perspectiva empírica” Editado por Neil Brewer y Kipling D. Williams, agosto 2007 (en línea) Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/wp-content/files_mf/powell_entrevista_investigativa.pdf, (fecha de consulta 18/08/2015)
 - 16 Fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 4 de junio de 2012, Rol N°673-2012, con voto en contra del Ministro Claudio Pavez, quien estuvo por revocar la resolución recurrida. Más adelante se analiza el fallo en detalle.

conforme la Constitución y la ley debe brindar a ésta, particularmente si se trata de NNA. Igualmente a través del registro audiovisual consta de forma patente el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 N°1 y 2 de la CDN, la que vía artículo 5° inciso 2° de la C.P.R. es norma de carácter constitucional.

La videograbación permite entre otras cosas:

- a) Observar al entrevistado (contenidos y expresiones no verbales).
- b) Contar con un registro fidedigno de los contenidos verbales y analógicos de la víctima.
- c) Evita re-victimizar al NNA con múltiples entrevistas.
- d) Revisión y análisis de la entrevista por cualquier interviniente del proceso.
- e) Acompañar la grabación, como medio de prueba en las audiencias, sin perjuicio que la víctima declare o no en las mismas.

Se sugiere, por tanto, videograbar las entrevistas investigativas, a menos que el NNA lo objete o haya dificultades insuperables. En esta instancia corresponde explicar al NNA, y a su adulto responsable, el propósito de la videograbación, en forma acorde a su edad y nivel de comprensión, explicitando los objetivos de ésta, y su posible utilización posterior.

En materia de entrevista investigativa de niños, niñas y adolescentes víctima de delitos, la videograbación tiene un importante uso a nivel internacional. Por ello, y por las utilidades ya mencionadas, es que conjuntamente con el desarrollo de la GEV, el Ministerio Público ha promovido el uso de esta herramienta, como se da cuenta en el punto 4 de este documento.

4. Incorporación de la Videograbación de la Entrevista Investigativa de Niños, Niñas y Adolescentes

Como ya se ha señalado, el Ministerio Público se encuentra en un trabajo permanente dirigido a disminuir la victimización secundaria, particularmente respecto de los NNA. Un ejemplo de ello es la realización de las entrevistas investigativas, efectuadas por Fiscales y/o funcionarios del Ministerio Público utilizando como instrumento la GEV y con registro videograbado de la diligencia. Producto de esta labor, es que se ha acompañado en juicio oral la videograbación de las mismas, con el objeto de poder entregar al Tribunal Oral el relato de la víctima, y su comportamiento, al momento de iniciada la investigación.

A continuación, se abordará la naturaleza jurídica de la videograbación, la forma como ella se incorpora en juicio oral y el pronunciamiento jurisprudencial existente sobre esta materia.

4.1 Naturaleza jurídica y forma de incorporación

Cuando el soporte que contiene la entrevista investigativa de la víctima durante la etapa investigativa es una videograbación, la naturaleza jurídica de ella, en términos del Código Procesal Penal, es la de “Otro Medio de Prueba”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 333 del referido cuerpo legal, por tanto su incorporación en juicio oral, se realiza a través de su reproducción por el medio más idóneo.

La videograbación como medio de prueba permite conocer el contenido del relato de la víctima al momento de iniciada la investigación, su comportamiento y la forma de ser entrevistada por el Ministerio Público, por ello nos encontramos ante un medio de prueba pertinente que permitirá que tanto el Tribunal como la defensa puedan evaluar los puntos mencionados.

En este orden de ideas, cabe agregar que la videograbación no es una prueba anticipada, como la contemplada en los artículos 191 y 191 bis del CPP, sino que es otro medio de prueba en que consta el estado de la víctima al momento de la inicial entrevista investigativa.

4.2 Jurisprudencia

En torno a la incorporación de la videograbación de la entrevista investigativa de NNA como medio de prueba en juicio oral, se ha generado jurisprudencia, específicamente de Corte de Apelaciones, cuando la defensa en la audiencia de preparación de juicio oral ha efectuado la alegación de su exclusión y el Tribunal de Garantía ha dado lugar a ella. Ante dicha circunstancia, el Ministerio Público ha deducido el correspondiente recurso de apelación y es así que podemos dar cuenta de jurisprudencia de la Corte de Apelaciones San Miguel y Santiago, a saber:

- **Corte de Apelaciones de San Miguel, de 25 de octubre de 2011, Rol N°1315-2011. Revoca la resolución recurrida**

“11º.- Que de las consideraciones que esgrime la juez a quo en su resolución es fácil inferir y concluir que cualquiera sean los términos que durante la audiencia del juicio oral se adopten para aminorar la presión a que puede quedar expuesto un menor de tan corta edad merced de los interrogatorios, siempre constituirá un riesgo que configura la doble victimización, allí la juez puntualice “...actualmente lo que rige son las normas del Código Procesal Penal para la generalidad de los casos, sin que haya excepciones particulares para el caso de abusos de niños aún de tan pequeña edad...”. Esta circunstancia podría implicar que de la personalidad del infante, por las más explicables consideraciones, se adueñe un mutismo o cualquier otra reacción o motivo difícil de superar que le impidiere algún desempeño en el juicio. De ahí que, atento además a la calidad de víctima que le asiste al señalado menor, no resulta procedente objetar la pertinencia del medio de prueba excluido por esta

causal, a mayor abundamiento si se tiene en vista cual es el interés probatorio que despierta para el Ministerio Público en su libelo de recurso.

13.- *Que la prueba ofrecida por el Ministerio Público, a juicio de esta Corte, es pertinente, aporta antecedentes acerca de la forma de comisión del hecho punible y no se encuentra dentro de aquellas que el artículo 276 del Código Procesal Penal permite excluir del auto de apertura proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, y ninguna de estas posibilidades previstas por la ley al efecto concuerdan con los elementos de prueba en cuestión.*

14.- *Que, a mayor abundamiento, tampoco resulta sustentable para efectos de la exclusión del medio de prueba recurrir al amparo del art. 334 inciso 1° del Código Procesal Penal puesto que allí se hace referencia a determinados antecedentes que precisan de una lectura, tal como reza la prohibición que sirve de título de la citada disposición legal; aspecto que, como es evidente, los CDs que contienen una video-grabación no son susceptibles de ser leídos en los términos que reza la norma legal citada”.*

- **Corte de Apelaciones de San Miguel, de 4 de junio de 2012, Rol N°673-2012. Confirma resolución que excluye grabaciones, con el voto en contra del Ministro Claudio Pavez, quien estuvo por revocar la resolución recurrida**

Voto de mayoría:

“7°... Que si bien en la especie el principio del interés superior del niño resulta plenamente aplicable atendida la edad de las víctimas, no es menos cierto que dicho interés, en lo que respecta a la doble exposición al daño o situaciones conexas, ha de resguardarse evitando si es posible la transgresión de otros principios igualmente trascendentes, como lo es derecho a la intervención de la defensa, sobre todo cuando no eran incompatibles en el momento en que se grabaron los videos o ejecutaron las transcripciones ofrecidas como pruebas y excluidas y bastaba entonces hacer posible la presencia del defensor en las actuaciones correspondientes”.

Acordada con el voto en contra del Ministro Claudio Pavez, quien estuvo por revocar la resolución recurrida, teniendo presente las siguientes consideraciones:

“2° Que del estudio de los antecedentes y de los términos en que se ha planteado el recurso, es inconcuso que la prueba excluida no proviene de actuaciones o diligencias que hubiesen sido declaradas nulas; que la defensa contando con la información pertinente nunca reclamó por vía de nulidad; que tampoco fue obtenida con inobservancia de garantías fundamentales; que las entrevistas de las víctimas, menores de edad en la oportunidad se practicó respetando estándares internacional en relación a la doble o triple victimización, de acuerdo a la “Guía de Entrevista de Víctimas”,

pauta objetiva y conocida, contando con el consentimiento de las víctimas y de quienes detenta su cuidado

3° Que si bien, se estimare que se infringe el derecho de defensa, con la incorporación de las actuaciones objetadas, es necesario advertir que las menores encabezan la lista de probanzas a rendir en el respectivo juicio oral, de modo tal que el defensor podrá participar en el interrogatorio y contrainterrogatorio pertinente, así los videos referidos en ningún caso afectará los derechos del imputado y su defensa, siendo digno de destacar que la versión dada por las ofendidas y tal como lo ha señalado el ente persecutor persiguen demostrar el daño experimentada por las menores al sufrir experiencias traumáticas del abuso o explotación sexual comercial, no siendo ellas testigos de cargo;

5° Que la prueba ofrecida por el Ministerio Público a juicio de este disidente es pertinente, aporta antecedentes útiles para hacer justicia a las menores ofendidas con los delitos de naturaleza sexual y no se encuentra dentro de aquellas que el artículo 276 del Código Procesal Penal permite excluir del auto de apertura.

8° Que por otra parte es necesario tener en cuenta, más allá de una interpretación restrictiva de las normas que regulan la materia la naturaleza de los hechos inculminados y que se está en presencia de menores ofendidas, y así cobra importancia el principio del interés superior del menor, reconocido mundialmente, frente a una aplicación sesgada del artículo 334 ya citado, que resulta inoperante como se dijo en el motivo sexto de este voto de minoría”.

• Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de enero de 2014, Rol N°3345-2013. Revoca la resolución recurrida (Operación Heidi)

“Santiago, seis de enero de dos mil catorce.

Vistos y oídos los intervinientes:

Teniendo presente lo expuesto por los intervinientes, y que en el tema que no preocupa, exclusión de prueba, no se ha solicitado la nulidad de la inclusión de esta prueba con anterioridad; que estamos en un contexto de imputación de delitos de connotación sexual donde las víctimas son menores de edad y éstos como política de Estado, tanto chilena como internacional, se supone que deben ser protegidos y por lo tanto, tratados de manera que queden debidamente garantizados sus derechos, tanto es así, que en el caso de menores imputados hay una Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, con la idea de tratarlos de manera mucho más disminuida en la forma como se les castiga porque se entiende que son personas que aún no están debidamente formadas; con mayor razón si nos encontramos con menores de edad que son víctimas en una situación de abuso o delito de connotación sexual, estos menores también deben ser debidamente protegidos, y es así que nuestro país ha suscrito la Convención de Derechos del Niño como Tratado Internacional que nos obliga a preocuparnos de proteger a estos menores y una forma de protegerlos es evitar la victimización secundaria, y se víctima a los menores cuando se les hace declarar tantas

veces cuantas estimen las partes que deban declarar, se les hace repetir de manera constante y revivir los hechos que sufrieron.

En consecuencia, tanto del punto de vista de protección al menor y de la normativa internacional como de la normativa nacional, hay un estatuto especial para proteger a los menores. En cuanto a las normas del Código Procesal Penal invocadas por los defensores, se refiere a la reproducción de testigos y peritos, y estamos frente a víctimas menores de edad, por lo tanto su trato debe ser de protección, se revoca la resolución en alzada, y se ordena incluir la prueba que se denomina “otros medios de prueba”, correspondientes a los cds con las declaraciones de los menores”.

Como conclusión de la jurisprudencia expuesta, se puede indicar:

- a) Que nuestro país ha suscrito la Convención de Derechos del Niño como Tratado Internacional que obliga a todos los agentes del Estado a preocuparse de proteger a los NNA y una forma de protegerlos es evitar su victimización secundaria.
- b) Desde el punto de vista de protección de los NNA, analizando la normativa internacional y nacional, es indiscutible la existencia de un estatuto especial para protegerlos.
- c) Que la videograbación es pertinente, pues aporta antecedentes acerca de la forma de comisión del hecho punible y no se encuentra dentro de aquellas situaciones contempladas en el artículo 276 del Código Procesal Penal.
- d) Toda vez que la declaración de la víctima está en la lista de probanzas a rendir en el respectivo juicio oral, el defensor podrá participar en el interrogatorio y contrainterrogatorio pertinente durante el juicio oral, así los videos referidos en ningún caso afectarán los derechos del imputado y su defensa.
- e) Que las entrevistas de las víctimas menores de edad se practicaron respetando estándares internacionales en relación a la doble o triple victimización, de acuerdo a la “Guía de Entrevista de Víctimas”, pauta objetiva y conocida, contando con el consentimiento de las víctimas y de quienes detentan su cuidado.

5. Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, Boletín N°9.245-07

5.1 Proyecto original

Este proyecto ingresó vía Mensaje Presidencial al Congreso Nacional, particularmente al Senado, con fecha 22 de enero del año 2014 señalando:

a) Antecedentes de la iniciativa

De forma extractada y resumida se puede dar cuenta que el Proyecto señala como antecedentes del mismo los siguientes: “Para un menor de edad, la agresión sexual se presenta con una fuerza desestabilizadora inconmensurable, involucrando aspectos afectivos, conductuales y relacionales altamente confusos, que no sabe cómo juzgar y ante los cuales no tiene las herramientas para responder adecuadamente. Ahora bien, a lo anterior debe agregarse que las consecuencias de la experiencia primaria de victimización muchas veces se ven agravadas por el efecto nocivo de las reacciones inadecuadas del entorno a la situación de la víctima. Este fenómeno ha sido denominado “victimización secundaria” y consiste en el sufrimiento que experimenta la víctima en su paso por las diferentes instancias del sistema procesal penal y por las reacciones de su entorno social, lo cual ha sido reconocido como uno de los efectos más nocivos de la victimización por las Naciones Unidas (1999).

Por último, es menester señalar que la legislación chilena sobre la materia actualmente vigente no contempla disposiciones tendientes a aminorar la victimización secundaria de los menores de edad víctimas de abusos sexuales, con la sola excepción de la norma contenida en el artículo 191 bis del Código Procesal Penal. Dicha disposición permite la toma de declaración anticipada de víctimas de delitos sexuales que sean menores de edad y puede resultar de mucha utilidad en determinadas situaciones. Sin embargo, el enfrentamiento de un menor de edad víctima de un delito sexual con el proceso penal, es un fenómeno que posee aristas, particularidades y complejidades que exceden en mucho el beneficio que dicha norma es capaz de reportar, por lo que ésta resulta del todo insuficiente para proporcionar una protección íntegra de los derechos y la integridad psíquica y social de la víctima durante su intervención en el procedimiento penal¹⁷.

b) Objetivo del Proyecto

Como principal objetivo se indica: “La elaboración de modificaciones normativas tendientes a consagrar un abordaje adecuado de la problemática por parte de la institucionalidad, con miras a minimizar la victimización secundaria y dar un mayor y efectivo resguardo a los derechos de las víctimas de delitos sexuales que sean menores de dieciocho años”¹⁸.

17 Mensaje Presidencial del Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, Boletín N°9.245-07 [en línea]. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de consulta: 6 de julio de 2015].

18 *Ibid.*, p. 8.

c) Contenido del Proyecto

Regula la actuación del NNA a través del proceso en sus diversas instancias, desde los primeros contactos con la institucionalidad hasta el momento en que presta sus declaraciones. Se indica que la declaración será recibida, mediante una entrevista investigativa videograbada contemplando, también, una entrevista judicial videograbada. Dentro de esta temática, se hace referencia a la implementación de las salas donde se llevarán a cabo las entrevistas y los requisitos tecnológicos del registro audiovisual.

5.2 Indicaciones al Proyecto Ley

Con fecha **20 de mayo del 2015**, el Senado, en discusión general, aprobó en general el proyecto y fijó plazo para indicaciones. Con fecha **6 de marzo del 2015**, el Poder Ejecutivo presentó indicaciones para sustituir todo el proyecto¹⁹ *y señalar, básicamente, lo siguiente en torno a la materia que aborda este artículo:*

a) Objeto de la Ley

Evitar la victimización secundaria de niños, niñas o adolescentes, que han sido **víctimas o testigos** de uno o más hechos que puedan ser calificados de delitos contra la integridad sexual (Art. 1).

b) Eficacia del proceso

Se deberán optimizar las oportunidades de obtener pruebas, armonizando los derechos y garantías de todos los intervinientes en el proceso, evitando la realización de diligencias innecesarias o que afecten gravemente la salud física o psíquica de la víctima o el testigo (Art. 6).

c) Objeto de la entrevista investigativa videograbada

La entrevista investigativa tendrá como propósito disponer de antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal a través de la información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus características, cualquiera sea la forma en que ésta se exprese, y deberá ser videograbada según lo dispuesto en el artículo 44 de la presente ley (Art. 22).

19 Indicaciones del Poder Ejecutivo de fecha 06/03/2015 [en línea]. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de consulta: 6 julio de 2015].

d) Del desarrollo de la entrevista investigativa videograbada

La entrevista investigativa se desarrollará en una sala que cumpla con lo previsto en el artículo 51 de esta ley, y en la que sólo estarán presentes el entrevistador y el niño, niña o adolescente. Sin perjuicio de lo anterior, por necesidad o requerimientos especiales del niño, niña o adolescente, el fiscal podrá autorizar que éste sea acompañado por un adulto de su confianza, o bien, que sea asistido por un traductor o intérprete u otro profesional idóneo (Art. 26).

e) Reproducción de la entrevista

La entrevista investigativa videograbada constituirá una declaración que podrá reproducirse en el juicio oral, siempre que haya sido realizada de acuerdo a los requisitos previstos en la presente ley en lo relativo al entrevistador, al lugar de la entrevista y al registro. Esta prueba será incorporada en el juicio oral a través del soporte en que conste la videograbación, conforme a lo establecido en el artículo 331 del Código Procesal Penal (Art. 30).

f) Del registro de la entrevista investigativa y judicial

La entrevista investigativa y la entrevista judicial serán videograbadas a través de medios tecnológicos idóneos que permitan su reproducción íntegra y fidedigna (Art. 46).

5.3 Estado actual de la tramitación del Proyecto

Actualmente el proyecto se encuentra en Primer Trámite Constitucional y con suma urgencia, a cargo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

El proyecto ha avanzado desde su presentación, al acoger posturas de instituciones del mismo Ejecutivo como de otros miembros relevantes, entre ellos, el Ministerio Público, quien a través de su Fiscal Nacional ha pronunciado observaciones tanto al proyecto original como a las indicaciones presentadas con posterioridad.

Podemos observar que ambos textos recogen y estiman de utilidad, para disminuir la victimización secundaria, la entrevista investigativa video grabada y que ella siempre pueda ser conocida por los Tribunales Orales.

6. Conclusiones

Conforme a la experiencia y conocimientos en esta materia, actualmente nuestro país está en un proceso en que se están asentando las definiciones para que los NNA que deban intervenir en el proceso penal, ya sea como víctimas o testigos, lo hagan en condiciones adecuadas a su desarrollo tanto

físico y emocional, permitiendo, de manera real, el adecuado ejercicio de sus derechos y protegerlos, evitando la victimización secundaria.

Lo anterior ha motivado el actuar del Ministerio Público y el pronunciamiento de Tribunales sobre el particular. En esta línea, el Poder Ejecutivo recoge esta realidad y genera un proyecto legal que instala definitivamente la materia, en la línea de reconocer a NNA víctimas y testigos de delitos sexuales el derecho a un trato adecuado, tanto en su calidad de NNA, como de víctimas, por lo que se espera que el Poder Legislativo, por medio de la ley, que permita brindar a NNA de nuestro país un acceso a la justicia, sin trabas y adecuado.

AMENAZAS: LA PRIMERA AGRESIÓN AL INTERIOR DE LA FAMILIA

Giannina Mariela Mondino Barrera

I. Cuestiones Previas

El presente artículo tiene por objeto dar conocer las tendencias jurisprudenciales sobre el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. Se analizarán las sentencias más relevantes dictadas por las Cortes de Apelaciones del país en los últimos cinco años en las temáticas relativas a su naturaleza jurídica, requisitos para la configuración del tipo penal y el fenómeno de la retractación.

Previo al estudio de las sentencias es importante consignar que, según el diccionario de la Real Academia, amenazar es “intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia”. En nuestra legislación, este delito se encuentra regulado en los artículos 296 a 298 del Código Penal. Se distingue dos tipos de amenazas, de acuerdo a lo señalado por los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez:

1. “Amenazas de un mal que constituye delito: siempre sería el caso del artículo 296 del CP, con independencia de si la amenaza es inminente o futura, a menos que la amenaza constituyera un elemento de un delito más grave, ej. Violación o robo con intimidación.
2. Amenazas de un mal no constitutivo de delito: se comprenderá dentro del artículo 297, siempre que se trate de un mal que afecte los intereses personalísimos a que se refiere el art. 296 CP: persona, honra o propiedad del amenazado o su familia, con independencia de si la amenaza es inminente o futura.”

Las amenazas de hechos constitutivos de delitos se encuentran reguladas en el artículo 296 del Código Penal, que señala: “El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado...”. Dicho artículo está compuesto por tres numerales, los dos primeros se refieren a las amenazas condicionales, cuya sanción depende de si la amenaza proferida por el sujeto activo obtuvo su propósito o no. En el caso que el sujeto activo logre su objetivo, la sanción es de presidio menor en sus grados medio a máximo; en caso contrario, es presidio menor en sus grados mínimo a medio. Respecto al numeral 3°, esto es, amenazas no condicionadas, las más frecuentes en materia de violencia intrafamiliar, se sancionan con presidio menor en su grado mínimo.

Las amenazas de hechos que no constituyen delitos se encuentran reguladas en el artículo 297 del Código Penal. En él se indica: “las amenazas de un mal que no constituya delito hechas en la forma expresada en los números 1° o 2° del artículo anterior, serán castigadas...”. En este caso, lo único que se sanciona es la amenaza sujeta al cumplimiento de una condición. Por tanto, las amenazas de un mal que no constituya delito y que no estén sujetas a una condición son hechos atípicos.

De las definiciones contenidas en los artículos anteriores, podemos concluir que para configurar el delito de amenazas se requiere:

- 1.- Que la amenaza recaiga en la persona, honra o propiedad del amenazado o de su familia. No hay amenaza si una persona interpela a otra señalándole que lo demandará si no le paga lo que le debe, porque en este caso se está ejerciendo un derecho y no se afectan los bienes que la ley señala o su afectación es legítima, y,
- 2.- Que la amenaza sea seria y verosímil.

El objetivo de nuestro legislador al definir las amenazas en los términos ya expuestos, es excluir “aquellas amenazas insignificantes que a menudo se hacen sin ánimo de llevarlas a cabo y sin que infundan temor alguno al que los oye”.

En relación a la violencia intrafamiliar, la ley 20.066 en su artículo 5°, ha señalado que: “será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familia”.

Es importante señalar que el bien jurídico protegido en el delito de amenazas, no es un tema tratado directamente por nuestros tribunales superiores de justicia, se puede desprender de la lectura de los fallos y de lo manifestado por la doctrina que el bien que se protege es la seguridad personal y la libertad de auto-determinarse. Entendemos la libertad de auto-determinarse, como aquella que afecta a la formación de voluntad, es decir frente a la amenaza, la víctima evalúa los distintos motivos que servirán de base para la toma de decisión. Por su parte la seguridad personal, se refiere a aquella exposición de un mal por parte de la víctima.

Una vez conceptualizado el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, y antes de introducirnos de lleno a su análisis, es relevante indicar que las amenazas constituyen la primera agresión al interior de la familia, es la primera manifestación de violencia, que puede llegar a ser más severa. A ello se suma que este delito es “de difícil acreditación, dada las exigencias típicas del ilícito, concluyendo así un alto porcentaje de investigaciones penales por algunos de los mecanismos otorgados por el principio de selectividad que otorga la ley a los fiscales.”

De ahí la importancia de sistematizar y dar a conocer las tendencias de las Cortes de Apelaciones del país, durante los últimos cinco años, sobre el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.

II. Naturaleza Jurídica del delito de amenazas en contexto de VIF

El delito de amenazas, durante el siglo XX, se consideró como un delito de acción privada, es decir, la titularidad de la acción sólo le correspondía al ofendido por el delito, como impulsor de la acción penal.

Hoy la situación ha cambiado, y bastante. La discusión se centra en determinar si los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, independiente de qué delito sea, emanan de una acción de previa instancia particular o derechamente de una acción pública. Algunos tribunales de Justicia con competencia en lo penal, han considerado que la acción emanada de dichos delitos, es de previa instancia particular, lo que quiere decir que “no podrá procederse de oficio, a menos a que el ofendido hubiere denunciado el hecho a la Justicia, al Ministerio Público o la policía”.

El fundamento de esta postura, dice relación con lo establecido en el primer párrafo del artículo 54 del Código Procesal Penal, que señala: “Delitos de acción pública previa instancia particular. En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía.

Tales delitos son:

- a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5º, del Código Penal;
- b) La violación de domicilio;
- c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal;
- d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;

- e) Los previstos en la ley N°19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial;
- f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y
- g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa.

A falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición.

Cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el ministerio público podrá proceder de oficio.

Iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública”.

Otra corriente en esta materia, es considerar que la acción emanada de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, tiene una naturaleza jurídica pública. Para comprender esta corriente, es necesario entender el fenómeno de la violencia en su contexto real o material, siendo útil realizar un análisis sistemático de las normas relativas a la violencia intrafamiliar. Los principales textos legales que abordan la materia son la ley 19.968 que “Crea los Tribunales de Familia” y la ley 20.066 que “Establece la Ley de Violencia Intrafamiliar”. Ambas tienen el carácter de leyes especiales y fueron dictadas en consideración a la gravedad del fenómeno de la violencia intrafamiliar y la necesidad de tutelar esta área del derecho.

De acuerdo con la historia de la ley 20.066, el ámbito proteccional de las víctimas debe estar orientado, incluso, a impedir la disponibilidad de la acción penal por parte de las víctimas, entendiendo que su eventual perdón al ofendido por el hecho ocurrido, se encuentra viciado, no pudiendo ser otorgado de forma libre en razón al contexto de violencia en el que se ha generado. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, con fecha 24 de octubre de 2012, ha señalado que: “las modificaciones introducidas por la ley 20.066, son posteriores al artículo 54 del Código Procesal Penal, de manera que, demostrado como está, a través de su normativa, que la violencia intrafamiliar recibe un tratamiento integrado por los sistemas penales y de familia, dentro del cual el inicio del procedimiento de los delitos de violencia intrafamiliar, no está determinado por la actividad exclusiva del ofendido o de las personas autorizadas a proceder por él, ha de concluirse que los delitos de lesiones específicos del artículo 399 en relación a las personas referidas en el artículo 400 del Código Penal y 5 ° de la ley 20.066 y 494 N°5 del referido

Código en relación al artículo 5 ° de la ley 20.066, que integran el sistema jurídico penal sobre la materia, son de acción pública.”

Finalmente, en base a los debates antes mencionados, consideramos que es ilógico sostener que el artículo 54 de Código Procesal Penal, prima sobre normas de carácter especial. Lo anterior por los principios de especialidad y temporalidad. Los artículos 82 y 84 de ley N°19.968, contenidos en el párrafo 2 del título IV “Del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar”, prevalecen por sobre la regla del artículo 54 del Código Procesal Penal, por ser especiales en cuanto a la materia que regulan. Además la ley N°19.968 es posterior al establecimiento del artículo 54 del Código Procesal Penal.

Respecto a este punto, se realizará un análisis de la sentencia que a continuación se detalla:

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 20 de marzo de 2014.**

Rol N°: 133-2014

RUC: 140041886-3

La Defensoría Penal Pública dedujo recurso de Apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, de fecha 27 de febrero de 2014. Dicho tribunal rechazó la solicitud de la defensa de sobreseer definitivamente la causa, fundada en el hecho que con fecha 27 de febrero de 2014 se celebró audiencia de Juicio Oral en procedimiento simplificado; oportunidad en que la víctima manifestó que había perdonado al imputado y que deseaba reanudar la convivencia con éste. Esta situación, a ojos de la defensa, fue suficiente para solicitar el sobreseimiento definitivo fundado en el artículo 19 del Código Penal.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en el considerando cuarto del fallo en comento señala que: “la causal de extinción de responsabilidad penal denominado “perdón del ofendido” que contempla el artículo 19 del Código Penal, se encuentra reservado exclusivamente para aquellos delitos que no pueden perseguirse sin previa denuncia o consentimiento del agraviado. Luego, corresponde resolver si los ilícitos por los cuales fue requerido el encartado, son susceptibles de ser calificados como delitos que no pueden perseguirse sin previa denuncia del agraviado y que hacen procedente la causal de extinción de la responsabilidad penal en estudio”.

Lo anterior coincide con lo expresado tanto por la doctrina, como por el Ministerio Público, entendiendo que el perdón del ofendido sólo se configuraría como causal de extinción de responsabilidad penal respecto de aquellos delitos cuya acción sea privada. El profesor Garrido Montt nos ilustra al respecto y nos indica: “siendo la acción penal de naturaleza privada, es com-

previsible que se haya aceptado que el perdón del ofendido y la reconciliación releven de pena al acusado”.

Siguiendo con el análisis de la sentencia, el encartado fue requerido por el Ministerio Público por los delitos de lesiones menos graves y amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar. La Corte de Apelaciones sostiene que este tipo de delitos no pueden calificarse como ilícitos que requieran la sola denuncia o consentimiento de ofendido para ser perseguidos. Lo anterior lo fundó en el segundo párrafo del artículo 54 del Código Procesal Penal, el cual no establece de manera privativa y exclusiva la denuncia de la víctima, como requisito previo para el ejercicio de la acción penal pública.

En ese mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Valdivia sostiene que debe considerarse que los delitos perseguidos no son lesiones menos graves y amenazas comunes, sino que lo son en contexto de violencia intrafamiliar, los que además deben ser denunciados de manera obligatoria por las personas señaladas en el artículo 84 de la ley N°19.968. Lo anterior, confirma que se trata de ilícitos que no exigen para su averiguación la denuncia única del ofendido.

Finalmente, la Corte de Apelaciones, destaca el elevado estándar proteccional que entrega nuestra legislación a las víctimas de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, considerando que dichos delitos, tienen una naturaleza jurídica distinta, esto por el bien jurídico transgredido (seguridad individual y libertad de auto-determinarse). En consecuencia, aceptar la tesis de la defensa, es afectar todo el régimen de ayuda y protección que ampara a la víctima, puesto que “es sabido que la voluntad de ésta, muchas veces se encuentra limitada por la propia dinámica de la violencia que la precede”. Lo anterior, es concordante con lo señalado en la Convención de Belem do Para, en la cual se afirma “que la violencia contra la mujer limita total o parcialmente el ejercicio de sus derechos”.

La Corte de Apelaciones de Valdivia confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli.

III. Requisitos del delito de amenazas

“A este respecto se puede señalar que la comisión redactora del Código Penal, a instancias de Pacheco, agregó al artículo 296, la expresión seriamente, y la frase siempre que por lo antecedentes aparezca verosímil la consumación del delito. De esta manera se estarían excluyendo todas aquellas amenazas hechas en tono de broma, insignificantes, dichos sin premeditación, que no infunden temor, no creíbles por quienes las escuchan, alejadas de la realidad o hechas en momentos de exaltación”.

“Si la seriedad de la amenaza se refiere a su existencia como tal, la verosimilitud en cambio, lo hace respecto del mal con que se amenaza, debe tratarse de un mal que, por la forma y circunstancia en que se le señale a víctima, sea para ella creíble su realización futura atendida la situación concreta en que se encuentre”.

Nos detendremos en las amenazas proferidas en períodos de exaltación, puesto que muchos defensores privados y públicos han intentado convencer, tanto a los tribunales con competencia en lo penal, como a las Cortes de Apelaciones del país, que las amenazas articuladas en momentos de exaltación no son constitutivas de delito. Tanto es así, que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 23 de noviembre de 2012, acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, indicando como fundamento de su decisión que: “los insultos en el contexto de actos propios de violencia intrafamiliar, donde incluso se amenaza de muerte, no constituyen por sí solos indicios de tal magnitud que conduzcan a tipificar el delito del artículo 296 N°3 del Código Penal, pues las máximas de la experiencia permiten demostrar que es de ordinaria ocurrencia que las discusiones familiares estén inmersas en actos pasionales e irracionales que elevan los niveles de la discusión verbal profiriéndose amenazas o provocaciones que normalmente no se concretan; todo lo cual obliga al sentenciador a justificar con rigor la comisión del delito.”

No compartimos lo razonado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por cuanto las amenazas proferidas en contexto de violencia intrafamiliar, y particularmente tratándose de casos violencia de género, no constituyen bajo ningún pretexto palabras de “ordinaria ocurrencia”, sin intención real de causar un daño, por el contrario, se dan en un contexto de dominación, sometimiento y supremacía de poder del agresor, respecto de la víctima. En consecuencia, y relacionado con el “ciclo de violencia”, las amenazas constituyen la primera manifestación concreta y seria de la violencia al interior de la familia, que por regla general es seguida por una serie de agresiones físicas, que pueden terminar en la muerte.

La jurisprudencia nacional no es unánime en relación con este análisis. Algunas Cortes de Apelaciones del país han sido categóricas en señalar que, para acreditar el requisito de verosimilitud, debe estarse a los hechos y a las circunstancias desde la perspectiva de la víctima. En ese sentido, no se podría descartar el delito de amenazas en contexto de VIF, bajo el pretexto de que éstas fueron expresadas en situaciones de exaltación al interior de la familia, toda vez que aquello implicaría contravenir toda nuestra legislación. Esta situación la podemos ejemplificar pensando en una víctima que ha sido golpeada anteriormente por su marido y es amenazada de muerte por el agresor. En este caso típico de amenazas, entendemos que desde la óptica de la víctima, es posible que sea agredida por su marido, por lo que estamos ante

una amenaza verdadera, aun cuando haya sido articulada en una discusión de pareja.

En relación al requisito de seriedad, el fiscal del Ministerio Público Juan Yáñez ha planteado que “la amenaza debe ser tan seria, que desde el primer momento pueda llevar a la víctima a auto-determinarse de tal forma, que realice conductas que solo tenga por objeto satisfacer el ofensor”.

En consecuencia, “los requisitos de las amenazas se manifiestan, precisamente en el control de la conducta de la víctima, porque la mayoría de las veces, este delito logra regular el comportamiento de ésta, sin que sea necesario que se concrete el mal con que se amenaza”.

Nos parece pertinente analizar las sentencias que a continuación se detallan, pronunciadas por las Cortes de Apelaciones del país, que ejemplifican los requisitos del delito de amenazas y las problemáticas que surgen a su respecto.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 15 de Mayo de 2012.**

Rol N°859-2012

RUC: 1000083175-7

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 19 de marzo de 2012, que absuelve al imputado de los delitos de amenazas en contexto de VIF y desacato. La fiscalía sostuvo que la sentencia recurrida se encontraba viciada por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 296 N°3 del Código Penal, y por la causal del artículo 374 letra e), vinculada con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo normativo, respecto al delito de desacato. En relación a las amenazas en contexto VIF, el fundamento del ente persecutor, dice relación con que el Tribunal Oral en lo Penal exigió para la configuración del tipo penal, un elemento que la ley no contempla, a saber, el no existir habitualidad en la conducta amenazante, en circunstancias que la norma legal antes citada sólo exige que las amenazas sean serias, verosímiles y no condicionales. En el caso en comento, como las amenazas formuladas por el imputado a su hermana eran habituales o formaban parte de la costumbre familiar, no configurarían el delito de amenazas.

En el considerando cuarto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se lee: “lo que el tribunal oral en lo penal hace en el fallo no es agregar un requisito más al tipo penal sino, simplemente, razonar en orden a que, en la especie, dado el contexto de violencia permanente del acusado, sus dichos no constituyen amenazas ni verosímiles ni serias. Y se podrá o no estar de acuerdo con tal aserto pero para los efectos de la causal interpuesta lo cierto

es que no estableciéndose como un hecho que Pérez Pallacán haya proferido amenazas a su hermana, no puede configurarse el yerro jurídico que hace ver el Ministerio Público”.

Nos parece que no se puede, bajo ningún respecto, considerar que las amenazas proferidas en contexto de VIF sean más o menos serias por ser prácticas habituales en un círculo familiar determinado. Creemos que la seriedad exigida por la norma, siempre debe ser tratada desde la superioridad ejercida por el agresor y el impacto que tiene en la víctima, y si esta última ha denunciado una amenaza que le ha infundido temor, aun cuando no haya denunciado hechos de igual o menor importancia en oportunidades anteriores, dicha situación no debiese influir en la decisión de condena o absolución, toda vez que la violencia no es estática, sino dinámica en el tiempo.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de abril de 2013.**

Rol N°605-2013

RUC: 1200270417-8

La defensa recurrió de nulidad en contra de la sentencia de fecha 27 de febrero de 2013, pronunciada por el Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en ella se condenó al imputado a la pena de 300 días de presidio menor en grado mínimo y accesorias legales, como autor del delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. El recurso se fundó en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Lo anterior, en relación con el artículo 296 N°3 del Código Penal, ya que las amenazas proferidas por el acusado en contra de su madre, no tuvieron el carácter de serias y verosímiles. El imputado sería adicto a la pasta base y en esa oportunidad se encontraba alterado, ofuscado, con mucha ira, siendo un instante de arrebató, por lo que la amenaza no se iba a concretar. Agregó el defensor que la madre no tuvo temor, ya que a ella le da pena ver a su hijo en la calle y lo dejaba volver a la casa. Indicó que las expresiones “ahh, no me vas a pasar el auto, entonces prepárate porque te voy a dejar la cagada en la casa” no son serias, porque se dan en un contexto de confianza y parentesco, sin un propósito deliberado de producir mal, puesto que se profirieron en un estado de exaltación.

La Corte de Apelaciones, contraria a la tesis de la defensa, en el considerando tercero de su fallo, otorga una connotación de seriedad y verosimilitud a la frase “hacer cagar la casa”, desechando la tesis de la contraria, indicando:“...

se ha efectuado una completa descripción de los conceptos involucrados, concluyendo que hubo una agresión verbal infundada, proferida por un adicto consumidor de drogas, con un historial de violencia doméstica, por lo que es merecedor de la calificación de amenazas no condicionales del artículo 296 N°3 del Código Penal. El sujeto registra dos condenas anteriores de lesiones leves en el contexto de violencia intrafamiliar, por lo que permite agravar la pena que debe aplicarse”.

Puede ser que, efectivamente, el encartado se encontrara exaltado al momento de los hechos, pero ello, en ningún caso, le podría restar credibilidad y seriedad a la amenaza. Estas últimas, además son proferidas por un consumidor de drogas, con un historial de violencia doméstica, lo que valida aún más el temor de la víctima.

En consecuencia, la Corte de Apelaciones no divisa ninguna transgresión a la norma punitiva, señalando en el considerando cuarto del fallo: “...la configuración de la misma aparece congruente con los antecedentes probatorios que se han reseñado y desde ese ángulo no resulta posible señalar que existió error de derecho al formular las exigencias de seriedad y verosimilitud en el tipo penal como lo ha hecho la sentencia, razón por la cual el recurso no podrá prosperar”.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 28 de abril de 2014.**

Rol N°319-2014

RUC: 1300089630-0

El Ministerio Público recurre de nulidad en contra de la sentencia definitiva recaída en Juicio Oral Simplificado dictado por el Décimo Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, que absolvió al imputado del cargo deducido en su contra como autor del delito de amenazas en contexto de VIF.

El recurrente alega la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 296 N°3 del Código Penal, ello porque la sentenciadora del Juzgado de Garantía ha realizado una errónea aplicación de la norma penal referida, toda vez que ha exigido, para la configuración del tipo penal, un elemento no consagrado por nuestro legislador, a saber, “intensidad o especificidad en el temor de la víctima”. Este error de derecho ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que, de haberse aplicado correctamente la norma, se habría logrado la condena del imputado.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago, al igual que el Juzgado de Garantía, entiende que las amenazas proferidas por el acusado, si bien existieron, se articularon en un momento de discusión de la pareja y, si bien causaron un temor en la ofendida, dicho temor no fue suficiente para dar

cumplimiento al requisito de seriedad exigido por ley. El Décimo Tercer Juzgado de Garantía de Santiago exige la concurrencia de un temor específico para la configuración del tipo penal, requisito que no es requerido por nuestro legislador, pues basta que las amenazas sean serias y verosímiles, la norma no exige una especificidad o intensidad del temor sentido por la víctima. El argumento del Tribunal a quo se centra en determinar el origen del temor, valora que éste se encontraba relacionado con la discusión o los forcejeos de los cuales fue objeto la víctima, pero no respecto a las amenazas de muerte que pudieron concretarse por parte del imputado.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando tercero, indica que: “la norma penal citada entiende dos facetas siendo la primera de ellas un contexto de seriedad que confluya un mal hacia un delito y, la segunda, que aparezca verosímil la consumación del hecho, situaciones que no se desprenden en absoluto de las evidencias rendidas en la audiencia de juicio; más aún, la propia víctima ha señalado que ni siquiera se produjeron – las amenazas – por motivos de celos y que sí lo fue en un contexto de dineros”.

Contrario a lo razonado por la Corte de Apelaciones de Santiago, entendemos que el requisito de seriedad no exige un temor específico por parte de la víctima, tampoco exige que se concrete la amenaza, toda vez que la incertidumbre es propia de esta clase de ilícitos, basta con que la víctima crea que se puedan concretar los males que constituyen la amenaza para configurar el tipo penal.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de nulidad intentado por el Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada por el Décimo Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, de fecha 20 de enero de 2014.

IV. Retracción de la víctima

El fenómeno de retractación es una situación de común ocurrencia en esta clase de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Esta realidad se incrementa cuando hablamos de violencia de género.

“En el desarrollo del síndrome de la mujer maltratada es completamente normal el fenómeno de la retractación, en que la víctima que se atrevió a denunciar la violencia sufrida, luego se desdice”.

El desafío que surge para los acusadores en el escenario antes descrito, es lograr la convicción del Tribunal, respecto de un delito cuyo único testigo presencial es la víctima retractada. En este tipo de casos, es relevante el testigo de oídas.

Al respecto, no debemos olvidar que los testigos que mantienen una relación de parentesco, convivencia o de matrimonio con el imputado, se encuen-

tran exceptuados de la obligación de declarar. Parece claro que el legislador, cuando estableció dicha excepción, no previó aquellos supuestos en el que el delito imputado es cometido en contra de las personas referidas en el artículo 302 del Código Procesal Penal, sino más bien pensó en ese pariente que sin ser sujeto pasivo del delito tiene conocimiento de la comisión del mismo, ya sea por haber presenciado el hecho o haber conocido su perpetración por otros medios.

El problema surge cuando la víctima de violencia intrafamiliar se acoge a su derecho a no declarar, según el artículo 302 del Código Procesal Penal, dificultando con ello la sanción de dicho delito; situación que mantendrá a la víctima en una situación de desprotección ante el agresor, si el juicio termina en sentencia absolutoria.

Al respecto, nos parecen relevantes las sentencias que se detallan a continuación.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 23 de Noviembre de 2012.**

Rol N°1299-2012

RUC: 1101089696-9

La defensa del encartado interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Valparaíso, de fecha 01 de octubre de 2012, en la que se condenó al imputado a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de amenazas no condicionales en contexto de VIF, más accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que durara la condena, y la prohibición absoluta de acercarse a la víctima por el lapso de un año. No se otorgaron beneficios al imputado para el cumplimiento de la pena.

El fundamento del recurso, dice relación con la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, relacionada con el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo normativo, y en subsidio de la causal alegada, se señala la establecida en el artículo 373 letra b) del mismo texto legal.

Respecto a la causal principal alegada, es decir, aquella establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se indicó por parte del defensor que la sentencia dictada por el tribunal a quo carecería de fundamentación, vulnerando con ello las reglas de valoración de la prueba, específicamente las normas de la lógica y máximas de experiencia. El recurrente sostuvo que la sentencia dictada por el Tribunal de Garantía carecía de argumentación, pues se sustentaba únicamente en la declaración de la víctima, quien sólo indicaba que el día de los hechos recibió una llamada telefónica del imputado, quien le señaló que “le pegaría a ella y a su actual pareja”, para luego amenazarla de

muerte. El defensor alegó que efectivamente su representado el día los hechos llamó a la víctima, pero que nunca la amenazó con agredirla, ni mucho menos con matarla. Entiende en base a lo precedentemente expuesto, que no se dio cumplimiento con la exigencia establecida en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

En el considerando séptimo de la sentencia del tribunal ad quem se lee: “Que, en efecto, como ha señalado la jurisprudencia en la materia, los insultos en el contexto de actos propios de violencia intrafamiliar, donde incluso se amenaza de muerte, no constituyen por sí solos indicios de tal magnitud que conduzcan a tipificar el delito del artículo 296 N°3 del Código Penal, pues las máximas de la experiencia permiten demostrar que es de ordinaria ocurrencia que las discusiones familiares estén inmersas en actos pasionales e irracionales que elevan los niveles de la discusión verbal profiriéndose amenazas o provocaciones que normalmente no se concretan; todo lo cual obliga al sentenciador a justificar con rigor la comisión del delito, y más todavía cuando las únicas pruebas rendidas son las declaraciones de la denunciante y del imputado que, como en el juicio de autos, aparecen contradichas una con otra”.

En oposición a lo manifestado por la Corte de Apelaciones, y como lo hemos venido repitiendo, entendemos que las amenazas articuladas en discusiones familiares, no son actos de ordinaria ocurrencia, entendemos que el requisito de seriedad, no dice relación con la concreción de la amenaza. La seriedad de la amenaza, debe ser valorada desde la mirada desprotegida de la víctima, tendiendo en consideración por un lado las presiones sociales y familiares, y por otro la posibilidad que la víctima se desdiga en su declaración o haga uso de derecho a guardar silencio.

La Corte de Apelaciones en el considerando octavo de su fallo sostiene: “si bien la seriedad de la amenaza y la credibilidad que ella produce en la víctima deben analizarse en el tiempo en que dichas amenazas se profirieron, frente a la escasa prueba aportada por los intervinientes no deja de tener relevancia la declaración de la víctima formulada durante el desarrollo del juicio, en orden a que ahora piensa que los dichos del imputado no fueron serios, que no cree que él le pudiera hacer algo a ella o a su hijo, que en los años que estuvieron juntos nunca la tocó, o le faltó el respeto o la involucró en las cosas que hacía y que nunca más la volvió a molestar por lo que estima que las amenazas no fueron serias, circunstancias que unidas a la declaración del imputado que negó la existencia de la amenaza telefónica, permiten precisamente arribar a la conclusión contraria a la manifestada en el fallo recurrido, lo que obliga a acoger el recurso y anular el juicio y la sentencia que en él se dictó”.

Conocer el fenómeno de la Mujer Maltratada, permite comprender por qué la mujer víctima de violencia de género, actúa precisamente, “ocultando la historia que están viviendo, encubriendo la conducta del golpeador, y consecuentemente aislándose de toda relación. Dicho fenómeno, promueve el

estado de parálisis progresiva; que no puede controlar ni detener la conducta de su agresor, y que cualquier acción que ella realice, puede provocar un mal peor hacia sí misma o hacia otros”.

La situación descrita por la Corte en el considerando octavo del fallo, en términos de que ahora la víctima piensa que los dichos del imputado no fueron serios, que no cree que él le pudiese hacer algo a ella o a su hijo, es propia de una víctima de violencia de género. La desinformación de los tribunales sobre este fenómeno, implica valoraciones erradas y poco ajustadas a la realidad.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encartado, declarando nulo el referido fallo y el juicio simplificado. La causal acogida fue la establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal y, con relación a la causal subsidiaria se omitió pronunciamiento.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 9 de Septiembre de 2013.**

Rol N°1086-2013

RUC: 1201220453-k

La defensa del encartado interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, de fecha 22 de Julio de 2013. Dicha sentencia condenó al acusado en calidad de autor del delito de lesiones menos graves y amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar, en grado de desarrollo consumado. El fundamento del recurso es al artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal y este último, a su vez, en relación con el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

La argumentación de la defensa dice relación con la valoración efectuada por Tribunal Oral en lo Penal para dar por acreditado el delito de amenazas y lesiones. Dichas alegaciones, apuntan a la contradicción al principio de la lógica. La infracción habría ocurrido en la valoración de la declaración de los testigos presentados por la fiscalía, por dos razones:

- la primera, relativa a la declaración de un funcionario de Carabineros, quien sólo se habría referido a una lesión visible en la cara de la víctima, sin agregar ningún otro antecedente, y
- la segunda, por la poca precisión del perito del Servicio Médico Legal, quien no habría sido categórico en cuanto al origen de las lesiones que presentaba la víctima.

Respecto al delito de amenazas, indica la defensa que sólo se arribó a la decisión de condena por la declaración de un testigo, esto porque la víctima no

prestó declaración en el juicio, y además porque las amenazas articuladas por el imputado se realizaron a través de gestos. El TOP de Puente Alto, señaló que la amenaza resultó seria y verosímil. Sería, si se considera que ella no se brindó en un contexto de broma, sino cuando el acusado se encontraba en dependencias del Juzgado de Garantía, a la espera de que su detención fuera contralada, y verosímil en atención a lo sucedido el día anterior, el imputado había golpeado a la víctima con golpes de pies y puños. En relación a este punto, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado en el considerando tercero del fallo lo siguiente: “Por su parte, para establecer el delito de amenazas no condicionales el tribunal se valió del testimonio de Rodrigo Alejandro Flores Valenzuela, funcionario de Gendarmería de Chile, quien, dando razón suficiente de sus dichos, refirió haber sido informado por la víctima de las amenazas proferidas por Abarca Espinoza en su contra y que observó los gestos que éste realizaba en dirección de la mujer. La suficiencia de dicho testimonio para acreditar tanto los presupuestos del hecho punible constitutivo de amenazas como la participación del acusado en el mismo fue justificada de manera extensa por las sentenciadoras en el considerando octavo, sin que se advierta infracción al principio de “razón suficiente” como alega la defensa”.

La importancia del fallo en comento radica, por un lado, en el resultado condenatorio obtenido por el Ministerio Público sin una participación activa de la víctima, quien se acoge a su derecho de no prestar declaración en el juicio y, por otro, en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal a quo, cuyos cuestionamientos efectuados por la defensa fueron desechados por el Tribunal ad quem.

La Corte de apelaciones de San Miguel rechaza el recurso interpuesto por la defensa del condenado, indicando que no vislumbra la infracción al principio ya señalado, considerado como suficiente la prueba rendida en juicio oral.

V. Conclusiones

Del análisis de los fallos antes individualizados, podemos concluir lo siguiente:

- No existe un pronunciamiento uniforme, en las Cortes de Apelaciones del país, sobre el bien jurídico protegido en el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. Sin perjuicio de ello, de la lectura de estas sentencias, se desprende que dicho delito atenta contra la libertad de autodeterminación de la víctima y su seguridad personal. Consideramos que resultaría relevante un pronunciamiento concreto de los tribunales sobre el bien jurídico protegido en este delito, en pos de una correcta y coherente aplicación del régimen proteccional que ha dispuesto nuestro legislador.
- No existe consenso, a nivel jurisprudencial, acerca de la naturaleza jurídica de la acción emanada de los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Estimamos que la postura más adecuada, y coherente con

el régimen proteccional de nuestra legislación, es considerarla como una acción penal pública.

- Los requisitos de seriedad y verosimilitud, exigidos por nuestro legislador para la configuración del ilícito, deben ser considerados siempre desde la perspectiva de la víctima. Respecto al requisito de seriedad, no se exige que la amenaza se concrete, esto porque la incertidumbre es propia de esta clase de ilícitos bastando, en consecuencia, que la víctima crea que los hechos que constituyen la amenaza se puedan concretar.
- Los medios de comisión del ilícito pueden ser muy variados, incluso a través de gestos, por lo que la labor investigativa y los elementos de prueba que rodean al hecho, más allá del testimonio de la víctima, resultan relevantes también para lograr la convicción del Tribunal.
- La retractación de la víctima, desde un punto de vista procesal, puede producir dificultades al momento de probar los hechos denunciados, ya que en la mayoría de los casos la víctima es la única testigo de los hechos. Para subsanar dicha situación es importante tener en consideración dos aspectos:
 1. Que la retracción de la víctima no inhibe la labor investigativa y de persecución penal del Ministerio Público, pues constituye un fenómeno conocido por nuestros fiscales y que debe ser debidamente acreditado ante el Tribunal para dar cuenta del contexto situacional de ocurrencia del hecho, sumando a ello otros posibles medios de prueba que permitan acreditar los hechos constitutivos de delito, especialmente cuando estamos en presencia de amenazas en contexto de VIF.
 2. Que es imprescindible que los tribunales del país, encargados de juzgar delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, tengan conocimiento especializado acerca de las etapas y consecuencias que involucra el “ciclo de la violencia” que viven las víctimas y los fenómenos psicológicos que rodean su denuncia y posible retractación, de manera de propender a brindar un efectivo recurso judicial y acceso a la justicia para las víctimas.

VI. Bibliografía.

- GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998.
- CORSI, Jorge. Violencia Familiar. Una Mirada Interdisciplinaria Sobre Un Grave Problema Social. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós SAICF, 1997.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004.

- GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010.
- MATUS, Jean Pierre. Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2011.
- BARRERO, Alba; CARTAGENA, Juan Manuel; DONAT, Emilio; PERAMATO Teresa y Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar Manual Sobre Investigación Para Casos De Violencia De Pareja y Femicidios En Chile. Santiago, Chile, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Agencia de Cooperación Internacional de Chile y Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile, 2012.
- PERRONE, Reynaldo. EL síndrome del ángel. Consideraciones acerca de la agresividad. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós SAICF, 2012.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2014.
- ARRIAGADA GUERRERO, Patricio Andrés. Tratamiento Dogmático del Delito de Amenazas a partir de la Reforma Procesal Penal. Memoria, Talca, Chile, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- CURIA CASTRO, Eva y TALADRIZ EGUILUZ, María José. “Aspectos Jurisprudenciales sobre El Delito de Amenazas en Contexto de Violencia Intrafamiliar”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°43, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010.
- YAÑEZ MARTINICH, Juan. “Amenazas: ¿realidad de un mal o exceso de celo de las víctimas?”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°41, Santiago, Chile, Ministerio Público, Año 2009.
- SAN MARTÍN PONCE, María Angélica. “Comentario a Sentencia Condenatoria por Amenazas y Lesiones cometidas en Contexto de Violencia Intrafamiliar”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°55, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013.
- OFICIO FN N°792/2014, “Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos cometidos en Contexto de Violencia Intrafamiliar”. Santiago, Chile, Ministerio Público, año 2014.

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

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DELITO DE TALA ILEGAL

Camila Alvear Vargas¹

Introducción

El presente artículo tiene la finalidad de fijar algunos criterios para una adecuada aplicación del delito de tala ilegal, previsto en el artículo 21, en relación al artículo 5, de la Ley de Bosques (Decreto 4.363 del Ministerio de Tierras y Colonización).

Para lo anterior comenzaremos por realizar una breve revisión de la regulación administrativa existente en la materia y del campo de acción de la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables (CONAF); para luego centrar nuestra atención en la descripción del tipo penal de tala ilegal: el bien jurídico protegido, sujeto activo, las modalidades de comisión; para posteriormente hacer una sucinta revisión de la relevancia jurídico penal de la autorización contenida en el inciso final del artículo 5; y finalmente recapitular sobre la discusión que ocasionó la vigencia del tipo penal a la luz del artículo 8 transitorio de la Ley de Bosque Nativo y la posterior dictación del Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales.

1. Regulación Administrativa

El **derecho forestal** en Chile tiene una orientación a la explotación sustentable del recurso, y su marco legal se encuentra comprendido, principalmente, por la Ley de Bosques (Decreto 4.363 del Ministerio de Tierras y Colonización); la Ley 20.283 de Bosque Nativo, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal; el Decreto Ley N°701 de 1974, que regula la actividad en suelos de aptitud preferentemente forestal y en suelos degradados e incentiva la forestación; la Ley 20.283 que tiene como objetivos la protección, recuperación y mejoramiento de los bosques; y, finalmente, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, que entre otros objetivos, busca proteger los bosques nativos.

Algunas especies cuentan con particular protección, como es el caso de la *Araucaria Araucana*, que fue declarada Monumento Natural en virtud de lo dispuesto en el Decreto Supremo N°43 de 1990, por lo que está prohibida su corta en todo el territorio nacional, salvo autorización expresa de CONAF en casos excepcionales, cuando tenga fines científicos debidamente autorizados,

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

la habilitación de terrenos para la construcción de obras públicas, obras de defensa nacional o cuando sean consecuencia de Planes de Manejo Forestal, por parte de organismos del Estado, y cuyo exclusivo objeto sea conservar y mejorar la especie. La infracción a esta disposición será de conocimiento del Juzgado de Policía Local correspondiente. Similar regulación recae sobre el Alerce o Lahuén, el que en virtud del Decreto Supremo N°490 de 1976, y el Queule, Pitao, Belloto del Sur, Belloto del Norte y Ruil, a través del Decreto N°13 de 1995, sobre los que también recae especial protección, prohibiéndose su corta y destrucción, salvo autorización expresa, calificada y fundamentada de la CONAF. En el mismo sentido, el Decreto Supremo N°908 de 1941 protege la Palma Chilena, y prohíbe su corta sin previo permiso, el que actualmente es otorgado por el Servicio Agrícola Ganadero (SAG); mismo órgano que cursa las multas que correspondan por su infracción.

La regulación descrita en el párrafo anterior forma parte del entramado normativo que sustenta las facultades de la autoridad administrativa técnica en el área, la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables (en adelante CONAF, o la Corporación), la que analizaremos en el siguiente apartado.

Competencia de la CONAF

La Corporación es una entidad de derecho privado dependiente del Ministerio de Agricultura, que nace de una modificación de los estatutos de la antigua Corporación de Reforestación mediante Decreto del 19 de abril de 1973 (publicado en el Diario Oficial el 10 de mayo del mismo año), con el objetivo de “contribuir a la conservación, incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos forestales del país”.

La misión institucional de la CONAF es garantizar a la sociedad el uso sostenible de los ecosistemas forestales y del patrimonio natural, mediante la fiscalización del cumplimiento de la legislación forestal, la administración de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado², la administración de los instrumentos de fomento de la actividad forestal y la protección de los recursos forestales.

La función de fiscalización que ejerce la CONAF emana de la misma legislación forestal-ambiental vigente, que le comanda velar por el cumplimiento de la normativa en referencia en todo el territorio nacional. Esta fiscalización puede tener carácter preventivo y/o efectivo.

La primera está orientada a la difusión de materias relativas al manejo forestal y a la legislación forestal-ambiental, incluidas las sanciones a su trasgresión, y

2 El sistema de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado (SNASPE) está regulado por la Ley 18.362 de 1984.

se dirige a los propietarios de bosques, empresas, sector público y a la población en general. La segunda, tiene por objetivo verificar el cumplimiento de la legislación forestal ambiental, e incluye acciones orientadas a la detección de ilícitos o trasgresiones a la normativa vigente y otras actividades como, las inspecciones prediales, los operativos de fiscalización y los patrullajes de detección aérea, terrestre y por vía fluvial, y los controles de cumplimiento de planes de manejo.

Sobre estos últimos, los planes de manejo, nos referiremos, particularmente, en el siguiente título.

Planes de manejo

De acuerdo al título preliminar del Decreto Ley N°701, su objetivo es regular la actividad forestal en Suelos de Aptitud Preferentemente Forestal³ y en Suelos Degradados⁴ incentivando la Forestación⁵.

Los Planes de Manejo son instrumentos que, reuniendo los requisitos que se establecen en dicha normativa, regulan el uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables de un terreno determinado, con el fin de obtener el máximo beneficio de ellos, asegurando al mismo tiempo la preservación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de dichos recursos y su ecosistema⁶.

Las infracciones a esta normativa, por causas imputables al propietario o al forestador, serán sancionadas por el Juzgado de Policía Local competente, según el artículo 17 del Decreto Ley N°701, atendida su gravedad, con multa de 5 a 15 U.T.M. por hectárea. Esta “corta no autorizada” puede consistir en la corta total o parcial de bosque efectuada sin plan de manejo aprobado o

3 Los Terrenos Forestales o de Aptitud Preferentemente Forestal, según definición del artículo 2 del Decreto Ley N°701, son aquellos que técnicamente no sean arables, estén cubiertos o no de vegetación, excluyéndose los que sin sufrir degradación puedan ser utilizados en agricultura, fruticultura o ganadería intensiva. Estos terrenos son declarados o reconocidos por la CONAF.

4 El Decreto Ley N°701, en su artículo 2 (incorporado por la Ley 19.561 de 1998), define Suelos Degradado como: *“aquellos suelos de secano y los de clase IV de riego según la clasificación que utiliza el Servicio de Impuestos Internos en la tasación fiscal de los terrenos para determinar los avalúos agrícolas, que presentan categorías de erosión de moderada a muy severa, susceptibles de ser recuperados mediante actividades, prácticas u obras conservacionistas del uso del suelo”*.

5 La definición de Forestación se encuentra en el Decreto Ley N°701 (incorporado por la Ley 19.561 de 1998), y la describe como: *“La acción de poblar con especies arbóreas o arbustivas terrenos que carezcan de ellas, o que, estando cubiertos de dicha vegetación, ésta no sea susceptible de ser manejada, para constituir una masa arbórea o arbustiva con fines de preservación, protección o producción”*.

6 Esta definición se encuentra en el artículo 2 del Decreto Ley N°701 y modificada por la Ley 19.561 de 1998.

registrado por la CONAF; o bien aquella corta que, contando con un plan de manejo, se ejecute en contravención de las especificaciones técnicas del programa de corta, especialmente respecto de intervenciones en superficies mayores o distintas que las autorizadas, o de intervenciones en las que se extraiga un porcentaje de área basal, total o por especie, distinto del especificado en el plan de manejo; o bien se corten especies forestales distintas a las especificadas en las autorizaciones⁷.

A nuestro parecer, la anterior responsabilidad administrativa debe ser entendida sin perjuicio de la eventual responsabilidad derivada de la comisión de algún ilícito penal como puede ser la tala ilegal, la falsificación de instrumentos públicos o privados presentados a CONAF o bien la obtención fraudulenta de las bonificaciones previstas en el artículo 12 y siguientes del Decreto Ley 701⁸, por medio de la presentación maliciosa de antecedentes falsos o inexactos, constitutivo del delito previsto en el artículo 97 N°4 del Código Tributario.

2. Delito de tala ilegal

En materia penal existe un único delito, y se refiere al artículo 21, en relación al artículo 5 de la Ley de Bosques (Decreto 4.363 del Ministerio de Tierras y Colonización), que sanciona con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 10 a 20 sueldos vitales mensuales, la corta o destrucción de árboles y arbustos que sean considerados nativos y que se encuentren en un determinado espacio territorial, a saber:

1. La corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los **manantiales** que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la **vertiente** tenga origen hasta aquel en que llegue al plan;
2. La corta o destrucción del arbolado situado a menos de 200 metros de radio de los **manantiales** que nazcan en **terrenos planos no regados**; y
3. La corta o explotación de árboles y arbustos nativos situados en **pendientes superiores a 45%**.

Es decir, la protección penal recae en aquel Bosque Nativo conocido como “de Conservación y Protección”, que se encuentra definido en el artículo 2

7 Esta definición se encuentra en el artículo 2 del Decreto Ley N°701 y modificada por la Ley 19.561 de 1998.

8 El Decreto Ley N°701 contempla distintas bonificaciones y beneficios tributarios que tienen por objeto establecer incentivos a la actividad forestal para: realizar actividades de administración, manejo de bosques plantados en terrenos de aptitud preferentemente forestal, forestación de pequeños propietarios y de suelos frágiles y degradados y las prácticas de recuperación de suelo.

N°5 de la Ley de Bosque Nativo, señalando que se encuentran destinados al resguardo de aquellos suelos y recursos hídricos.

Bien jurídico protegido

Como señalábamos, estas limitaciones que se establecen para configurar el delito de corte o tala ilegal, están vinculadas más bien al aseguramiento de la mantención de los suelos y manantiales que a la protección del bosque nativo⁹.

El fundamento se encuentra en las consecuencias que puede provocar la tala ilegal en las hipótesis descritas en el artículo 5 ya referido, al producir grandes cantidades de sedimentos que son arrastrados por los cursos del agua y que aumentan los efectos de la erosión del suelo por la eliminación de la capa vegetal. Dicha cubierta vegetal proporciona protección para evitar los procesos erosivos, especialmente en zonas con pendientes y cercanas a cursos de agua¹⁰.

No obstante lo anterior, nuestros tribunales han interpretado en forma amplia el bien jurídico protegido por esta norma, con una visión centrada en el ecosistema, entendiendo que: “se ha tipificado para proteger bienes jurídicos complejos y que trascienden más allá de un daño actualmente cuantificable, toda vez que el ilícito en cuestión se inspira en la protección de los suelos para prevenir y resguardar la producción de recursos naturales futuros, independientemente de quien sea su actual propietario o futuro beneficiario”¹¹.

En este mismo sentido, han indicado que: “se resguardan ciertas especies arbóreas nativas, con una finalidad tan especial, que se alza como el bien jurídico protegido: mantenimientos de cursos de aguas, preservación de ciertos suelos, por cuanto la deforestación provoca la erosión constante de los terre-

9 MATUS ACUÑA, Jean Pierre; ORELLANA CRUZ, Marcos; CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo; RAMÍREZ GUZMÁN, M. Cecilia. “Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno, a la luz del Derecho Comparado y las Obligaciones contraídas por Chile en el Ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y Propuesta Legislativa fundada para una Nueva Protección Penal del Medio Ambiente en Chile” [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000200002 [fecha de consulta: 13 de julio de 2015].

10 Según el resumen del Informe de “Evaluación de Daño Ambiental producido por la Corta de Alerce en El Fundo Candelaria, Comuna de Cochamó, Décima Región, Chile” de marzo de 2000, elaborado por la Universidad Austral de Chile, reseñado en el fallo de la Corte Suprema de 31 de agosto de 2010, ROL N°5027-2008.

11 Juzgado de Letras y Garantía de Chile Chico, 6 de diciembre de 2004, RUC N°0300214822-5, RIT N°274.

nos y la posible pérdida de dichos cursos de aguas los que el legislador quiso preservar por medio de la sanción penal¹².

Sujeto activo

En este delito es indiferente la calidad o condición del sujeto activo, sin perjuicio de lo cual reviste particular interés que las investigaciones se orienten no solamente las personas naturales que habrían materialmente desarrollado las labores de tala no autorizada, sino también a los responsables de dar dichas instrucciones.

Modalidades de comisión

Como primera cuestión relevante, debe destacarse que se trata de un delito de resultado, correspondiendo los verbos rectores previstos en el artículo 21 a las conductas de cortar o destruir árboles y arbustos nativos, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 5.

Para configurar el delito en cuestión, es necesario que se prueben los siguientes elementos: (a) los verbos rectores: corta, destrucción y explotación; (b) que dichas acciones hayan recaído en árboles o arbustos nativos; (c) las características, naturaleza y morfología del lugar, como los grados de pendientes en la zona o zonas intervenidas.

Respecto de la letra (a) la ley sólo indica qué debemos entender por corta, definiéndola como la acción de talar, eliminar o descepar uno o más individuos de especies arbóreas. Los verbos “destrucción” o “explotación”, no tienen definición legal, por lo que debemos entenderlos en su sentido natural y obvio¹³.

En la letra (b) es importante tener a la vista el concepto de “especie nativa o autóctona”, que ha sido definido por ley, “como aquella especie arbórea o arbustiva originaria del país, que ha sido reconocida oficialmente como tal mediante decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio de Agricultura”¹⁴, haciendo referencia al Decreto 68 del Ministerio de Agricultura, publicado el 2 de diciembre de 2009, que reconoce una nómina de especies arbóreas y arbustivas originarias.

12 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 15 de enero de 2007, RUC N°0500175537-6, RIT N°94-2006.

13 La Real Academia de la Lengua Española define “destrucción” como la acción y efecto de destruir, reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño; y “explotar” como sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio. [en línea]. Disponible en: <http://www.rae.es> [fecha de consulta: 29 de julio de 2015].

14 Artículo 2 N°13 de la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

El delito en estudio no emplea el concepto “bosque”¹⁵, sino “árbol o arbusto nativo”, sin realizar diferencia alguna entre las especies protegidas parte de un bosque o como elementos aislados, por lo que a nuestro parecer no corresponde efectuar dicho distingo, que redundaría en la desprotección de los sectores que contengan especies arbóreas aisladas. En este mismo sentido, a nuestro parecer, al no hacer distinción alguna, el delito de tala ilegal tiene aplicación independiente de si los árboles o arbustos se encuentren situados en zonas urbanas o rurales.

Referido a la letra (c) debemos tener en consideración que no existe definición legal de “manantial”, “vertiente”, “terrenos planos” y “pendiente”, por lo que debemos entenderlas según el uso general de las mismas.

Para la Real Academia de la Lengua Española (RAE) “manantial” es el nacimiento de las aguas; “vertiente” es el declive o sitio por donde corre o puede correr el agua; “plano” lo define como algo “llano, liso, sin relieves” y “plano de nivel” para la topografía, como el paralelo al nivel del mar, que se elige para contar desde él las alturas de los diversos puntos del terreno; y finalmente, “pendiente” es entendido, en su cuarta acepción, como terreno inclinado o en declive.

La determinación de encontrarnos frente a un manantial, una vertiente, un plano de nivel o una pendiente, así como las distancias entre la actividad y dichos lugares, hacen necesaria la aplicación de procedimientos de carácter técnico para establecer la topografía, morfología y características del sector, este es un estándar que puede generar dificultades a la hora de probar la responsabilidad penal de un sujeto en determinado caso¹⁶.

La relevancia jurídica penal de la autorización

El artículo 5 señala que: “*No obstante, se podrá cortar en dichos sectores sólo por causas justificadas y previa aprobación de plan de manejo en conformidad al decreto ley N°701, de 1974*”, inciso que fue incorporado por la Ley 18.959 en el año

15 El artículo 2 del Decreto Ley N°701, por incorporación realizada por la Ley 19.561 de 1998, definió “bosque” como aquel “sitio poblado con formaciones vegetales en las que predominan árboles y que ocupa una superficie de por lo menos 5.000 m², con un ancho mínimo de 40 metros, con cobertura de copa arbórea que supere el 10% de dicha superficie total en condiciones áridas y semiáridas y el 25% en circunstancias más favorables”.

16 En este sentido se sustentó la absolución del imputado de la causa RUC N°0500175537-6, RIT N°94-2006 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, de fecha 15 de enero de 2007, que señala lo siguiente: “*De manera que no se aplicó ningún procedimiento de carácter técnico o mediación (sic) precisa para establecer la topografía del sector. Estudio o información que se requería por cuanto, se está en presencia de palabras cuya contenido y alcance el legislador no ha señalado*”.

1990, y que vendría a configurar una especie de causal de justificación cuya concurrencia eliminaría la antijuricidad de la conducta típica.

Esta excepción a la regla general, que es la sanción penal, se debe complementar con lo establecido, principalmente, en el artículo 21 del D.L. N°701, y el artículo 5 de su Reglamento General (D.S. N°193), además de lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Bosque Nativo, que señala que: *“El plan de manejo forestal dispuesto en el artículo 5° requerirá, además, para toda corta de bosque nativo de conservación y protección, de una fundada justificación técnica de los métodos de corta que se utilizarán, así como de las medidas que se adoptarán con los objetivos de proteger los suelos, la calidad y cantidad de los caudales de los cursos de agua y la conservación de la diversidad biológica y de las medidas de prevención y combate de incendios forestales...”*.

De esta forma, podemos identificar que la “aprobación de plan de manejo” se constituye, en definitiva, como un “elemento normativo” que autoriza desarrollar las actividades señaladas en el tipo penal. Un elemento normativo del tipo es aquél que sólo puede ser aprehendido o comprendido mediante un proceso intelectual o valorativo, pues para su comprensión se necesita un complemento de carácter sociocultural general¹⁷.

En definitiva, el Estado, interesado en fomentar la actividad forestal, pero con riesgos limitados, permitirá a través de la autorización que ella sea posible. En este sentido debemos tener en cuenta, además, la modificación realizada al D.L. N°701 por la Ley 19.561 de 1998, estableciendo una especie de excusa legal absoluta, al indicar en su artículo 8° que: *“quienes hubieren efectuado cortas no autorizadas deberán presentar, dentro del plazo de 60 días contado desde la denuncia, un plan de manejo de reforestación o de corrección, según el caso, elaborado por un ingeniero forestal o ingeniero agrónomo especializado”*.

La inclusión del elemento autorización plantea diversas cuestiones prácticas y teóricas. Se ha considerado por ciertos autores que esta autorización, podría incluso llegar a hacer ilusoria la existencia del ilícito en cuestión¹⁸, y en este sentido podemos observar lo razonado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, en RIT N°94-2006, plasmado en la sentencia absoluta de fecha 15 de enero de 2007, que señala que: *“aunque se haya producido un corte o tala en lugares como los denunciados, se puede en el plazo de 60 días presentar un plan de manejo o reforestación. De manera que no se vislumbra, a diferencia de lo argumentado por la Fiscalía, que en la causa se debe tener presente el daño al medio ambiental, cuando es el propio legislador quien otorga la posibili-*

17 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Derecho Penal Parte General”. 2ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas, 2007, Tomo I, p. 516.

18 MATUS ACUÑA, Jean Pierre; ORELLANA CRUZ, Marcos; CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo; RAMÍREZ GUZMÁN, M. Cecilia, ob. cit.

dad de reparar la intervención. Análisis que reforzó la decisión de absolución más allá de toda duda razonable”.

Distanciándonos de dicho razonamiento, a nuestro parecer es indudable la procedencia del ilícito de tala ilegal tanto en todos aquellos casos en que no haya existido un plan de manejo que permitiera realizar la corta de forma legal, como en aquellos en que la conducta consiste en la corta ilegal alejándose de lo autorizado por CONAF, toda vez que el elemento normativo de “la autorización”, exige que sea esa tala, destrucción o explotación la que sea aprobada en el plan de manejo, esa en particular y “sólo por causas justificadas”. Resolver en sentido contrario, nos llevaría a la impunidad de aquellos delitos que se cometan al alero de planes de manejo utilizados instrumentalmente para burlar esta normativa.

La dificultad que se podría plantear, a nuestro juicio, es más un problema de imputación subjetiva, relacionado: “con el grado de conocimiento que el autor debe tener de un elemento del tipo para que pueda estimarse que obró dolosamente”¹⁹. En este sentido, adherimos a la propuesta que realiza el profesor Claus Roxin: “el error sobre la autorización será un error de tipo en la medida en que recaiga sobre circunstancias que de existir determinarían la autorización de la acción”. Sería el caso de quien cree, por ejemplo, que existe efectivamente un plan de manejo aprobado, agregando que: “si el autor conoce la situación, a pesar de eso se cree autorizado a realizar una acción prohibida, habrá obrado con error de prohibición”, así en el caso que el autor está en conocimiento de la ausencia de un plan de manejo, sin embargo entiende que por algún motivo no lo requiere.

También identificamos que podría presentarse alguna discusión sobre la posible infracción al principio *ne bis in idem*, referido a la “prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho”²⁰, en el caso que, previo a la sanción penal, se haya aplicado por CONAF una multa por causa de la tala ilegal sin plan de manejo, según lo previsto en el artículo 17 del Decreto Ley N°701. En nuestra opinión, la imposición de ambas sanciones se encuentra plenamente legitimada, dado que el objeto de juzgamiento es distinto en uno y otro régimen sancionatorio, por lo que no se trata de un mismo hecho en sentido procesal, impidiendo de esta forma

19 VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “La Garantía de Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2011, p. 86.

20 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El Principio Ne is in idem en el Derecho Penal Chileno”. Revista de Estudios de la Justicia N°15, Año 2011, p. 140 [en línea]. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20_10.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2015].

que se dé uno de los requisitos de identidad del principio de prohibición de juzgamiento múltiple²¹.

En cualquier caso, para estos efectos, debemos tener en consideración que el sujeto pasivo de la sanción administrativa sea la persona natural cuya responsabilidad se persigue, toda vez que en el caso que la multa se haya aplicado a la persona jurídica responsable, no podría existir alegación posible de infracción a este principio dado que faltaría la identidad de persona.

Un último punto, al que podemos hacer referencia respecto de esta causal de justificación, es la llamada “tolerancia administrativa”, es decir, cuando es la propia administración la que admite situaciones no autorizadas, no siendo admisible hacer responsable al administrado de dicha pasividad de fiscalizador²². Algunos autores comprenden que estas circunstancias tienen un carácter justificativo de relevancia penal, basados fundamentalmente en la concordancia con el principio de unidad del ordenamiento jurídico²³, sin embargo, es nuestra opinión, para que esto así suceda es necesario que dicha “tolerancia” revista características indudables de acto administrativo.

En cualquier caso, debemos tener en consideración, que el delito de tala ilegal no depende exclusivamente del elemento normativo de aprobación del plan de manejo, sino copulativamente de realizarse “sólo por causas justificadas”, por lo que la autorización, como cláusula de riesgo permitido, no implicaría la atipicidad en todas las hipótesis, sino que serviría sólo como indicio y ponderador de la relevancia penal de la conducta.

Vigencia del tipo penal

Excede las pretensiones de este artículo referirnos a las dudas que suscitó la dictación de la Ley 20.283, sobre Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal, en particular su artículo 8 transitorio, en torno a la derogación tácita del tipo penal en estudio, por lo que nos remitiremos a las conclusiones a las que se arribó en un artículo publicado en otra edición de esta misma revista²⁴.

-
- 21 En este sentido se puede revisar MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El Principio Ne bis in idem frente a la Superposición del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionatorio”. *Revista Política Criminal*. N°18, Diciembre 2014, Volumen 9, págs. 543-563 [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A8.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2015].
- 22 DE LA CUESTA AGUADO, Paz. “Respuesta Penal al Peligro Nuclear”. Barcelona, PPU S.A., 1994, p. 238.
- 23 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “La justificación penal. Fundamento, Naturaleza y Fuentes”. Madrid, Editorial EDESA, 1982, p. 111.
- 24 CONTRERAS ENOS, Marcos. “Sobre la Vigencia del Delito de Tala Ilegal”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°42, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 195 y sgtes. En este mismo sentido BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio.

Sólo nos permitiremos agregar que, habiéndose promulgado el Decreto N°82 publicado en febrero de 2011, sobre Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales, que viene a cumplir lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 20.283, se verifica la condición del artículo 8 transitorio, haciéndose incuestionable la plena vigencia y aplicabilidad de las figuras del artículo 5° de la Ley de Bosques.

Consecuente con lo anterior, si revisamos el Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales, verificaremos que en el artículo 3 se prohíbe la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos, entre otras, en la Zona de Protección de Exclusión de Intervención²⁵.

El artículo 1 letra p) define zona de protección de exclusión de intervención, como aquella correspondiente: *“a los 5 metros aledaños a ambos lados de cursos naturales de agua, cuya sección de cauce, delimitada por la marca evidente de la crecida regular, es superior a 0,2 m² e inferior a 0,5 m²”* y agrega que: *“tratándose de manantiales y cuerpos naturales de agua, esta zona tendrá un ancho de 10 metros. En cursos naturales de agua de sección de cauce mayor a 0,5 m², el ancho de esta zona será de 10 metros a ambos lados de éste”*.

En el mismo sentido, el artículo 4 del Reglamento, se refiere a la Zona de Protección de Manejo Limitado, que: *“corresponde al área contigua a la zona de exclusión de intervención de cuerpo de agua, manantial y cursos naturales de agua de sección de cauce mayor a 0,5 m². Esta zona de manejo tiene un ancho de 10 metros para pendientes entre 30 y 45% y de 20 metros para pendientes superiores a 45%”*; lugares donde se permite intervenir siempre que se deje una cobertura arbórea de al menos un 50%.

Por lo anteriormente señalado, podemos concluir que el Reglamento lo que hace es prohibir la intervención (corta, destrucción, eliminación o menoscabo) de árboles y arbustos nativos, en una zona determinada, menor a las establecidas en el artículo 5 de la Ley de Bosques.

De esta manera, nos parece que la interpretación coherente con la jerarquía legal de una y otra normativa, es entender que el Reglamento busca limitar la facultad de la Corporación para autorizar, ni aun excepcionalmente, la corta de estas especies en dichas zonas, restringiendo de esta manera la posible configuración de la causal de justificación del inciso final del delito en estudio.

“Sobre la Distinción entre Derogación Expresa y Derogación Tácita”. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. 2000, págs. 227-261.

25 El inciso segundo del artículo 3 del Reglamento, excluye de la prohibición, la corta de bosque nativo, “si en el total del área afecta se realiza raleo o acciones de aprovechamiento con los métodos de regeneración corta de selección y/o corta de protección, debiendo dejar una cobertura arbórea de a lo menos un 50%”.

APROXIMACIÓN A LA FINALIDAD TERRORISTA EN LA LEY N°18.314

Samuel Malamud Herrera¹

Resumen:

La actual redacción de la Ley N°18.314 ha generado una serie de dificultades interpretativas. La inclusión de la denominada “finalidad terrorista” dentro de las exigencias típicas generales para considerar una conducta como delito terrorista, es quizás el aspecto más problemático de tal legislación. El presente trabajo analiza, a la luz de la escasa literatura nacional, jurisprudencia reciente y doctrina comparada, el alcance de tal elemento subjetivo del tipo. Tal aproximación se efectúa, principalmente, en base a los denominados “criterios de concreción” que la misma norma ofrece para dotar de mayor sentido a la finalidad terrorista.

I. Introducción

La caracterización normativa que determina qué conductas han de ser estimadas como terroristas, puede venir dada desde una perspectiva *objetiva*, en donde prima la modalidad y medios de la acción empleada para cometer el delito; desde una perspectiva *subjetiva*, haciendo alusión a los propósitos o fines perseguidos por los autores; o por último, a través de una fórmula *mixta*, por medio de una mezcla de los anteriores modelos.

A partir del examen de la Ley N°18.314 (en adelante LCT) y de los diversos textos que han precedido la versión actual², es posible afirmar una constante tensión entre las perspectivas objetiva y subjetiva³.

La última enmienda a la LCT de relevancia, para estos efectos, tuvo lugar en octubre de 2010 con la entrada en vigor de la Ley N°20.467, a través de la cual no sólo se suprimió la criticada presunción de la finalidad terrorista⁴,

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 La Ley N°18.314 que “Determina conductas terroristas y fija su penalidad”, publicada el 17 de mayo de 1984, ha sido objeto de diversas modificaciones, dentro de las cuales pueden mencionarse: la Ley N°18.937/1990; la Ley N°19.027/1991; la Ley N°19.806; la Ley N°20.467/2010; y la Ley N°20.519/2011.

3 Expresamente: HERNÁNDEZ, Héctor. “Alcances de la Ley N°18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad”. En: AA.VV., *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2010*. Santiago, Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2011, [págs. 53-60], p. 53.

4 Con anterioridad a tal derogación, la LCT incorporaba la presunción, *simplemente legal*, de concurrencia de la finalidad de producir temor en la población, que se daba por

sino además se subordinó el propósito de arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias a ésta, a la finalidad terrorista única de “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”, quedando el actual inc. 1° del art. 1° redactado de la siguiente manera:

“Artículo 1°.- Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Así, luego de tal modificación la denominada “finalidad terrorista” pasó a ser el núcleo del concepto de terrorismo, existiendo consenso entre nuestros autores en identificar en la actual formulación de la LCT un marcado predominio del modelo subjetivo⁵.

En lo que resulta relevante para el presente trabajo⁶, la adopción de un modelo notoriamente subjetivo, con la presencia de la finalidad terrorista única de

supuesta en aquellos casos en que los delitos se hubieran cometido a través de medios de gran poder de destrucción. Dicha presunción originó serios reparos de los autores, por la eventual contravención que tales presunciones entrañaban para la vigencia del principio de presunción de inocencia, de legalidad y de *non bis in idem*; sobre el particular: VILLEGAS, Myrna. “Delitos relativos a la Ley Antiterrorista”. En: BALMACEDA, G. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2014, [págs. 509-517], p. 511; de la misma autora: “El Derecho Penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”. En: VILLEGAS, Myrna (Dir.). *Contribuciones críticas al sistema penal de la Post Modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal*. Santiago, Chile, Universidad Central de Chile, 2007, [págs. 423-464], págs. 439-440.

5 Entre otros: HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 57; VILLEGAS, Myrna. “Delitos relativos a la Ley Antiterrorista”, ob. cit., págs. 514-515; SEGOVIA, Antonio. “Elementos subjetivos del delito terrorista. Comentarios a la Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2381-2012”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*. Santiago, Chile, N°1, 2013, [págs. 379-382], Volumen II, p. 381.

6 Desde una perspectiva criminológica, puede reprocharse que la finalidad de “causar temor” o de intimidar –en sentido amplio– es visto por algunos autores más como medio que un fin en sí mismo. Entre ellos, KIDD & WALTER entienden a la intimidación como una de las posibles “estrategias” del terrorismo, empleada especialmente cuando las organizaciones terroristas buscan derrocar al gobierno y/o ganar el control social de algún sector de la población, a través de cuyo uso se pretendería demostrar que los terroristas tienen la capacidad de castigar a cualquiera que se oponga a ellos sin que el gobierno pueda detenerlos: KIDD, Andrew & WALTER, Barbara. “The strategies of terrorism”. En: *International Security*. N°1, MIT Press, 2006, [págs.49-80], Volumen 31, p. 66. Por otra parte, desde diversos sectores de las Ciencias Sociales, existe consenso en identificar la existencia de una “motivación política” o de una “agenda política” como la finalidad propia y característica del concepto de terrorismo; entre otros: VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”. En: *Revista Política Crimi-*

producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, ha generado a lo menos tres grandes dificultades:

- En primer término, el exacerbado subjetivismo de la LCT no se ve matizado por la consideración de elementos objetivos; de lo que deriva una seria dificultad probatoria para la condena de tales hechos⁷.
- En segundo término, se ha criticado la finalidad que de forma única pervive como elemento subjetivo del tipo: *el propósito de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie*. Se ha indicado que dicha finalidad sería “ideológicamente neutra”⁸, no siendo inherente, ni menos exclusiva, de la criminalidad de tipo terrorista.
- En tercer lugar, el escaso interés que ha despertado entre nuestros autores tal temática y la escasa uniformidad que nuestros tribunales han dado al alcance de tal finalidad, han propiciado considerables niveles de disparidad y diversos criterios para entender o no satisfecho tal elemento nuclear en el concepto de terrorismo.

Teniendo presente las dificultades, cobra especial relevancia el análisis del sentido y alcance de dicha exigencia subjetiva especial; es por esto que en el presente artículo se busca una aproximación a tal elemento teleológico.

La revisión de tal cuestión resulta además pertinente teniendo en cuenta el presente contexto de reforma legislativa. No debe perderse de vista que los dos proyectos que, simultáneamente, son sometidos a discusión con el fin de modificar definitivamente la LCT e instaurar un nuevo modelo de determi-

nal, N°2, Chile, 2006, [págs. 1-31], p. 3; GUERRERO, Luis. *La Delincuencia Organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y de política criminal*. 2ª. ed., México D.F., Ubijus, 2012, págs. 224 y sgtes.; VIANO, Emilio. “Terrorism”. En: BRYANT, C. y PECK, D. (Eds.). *Twenty First Century Sociology*. California, EE.UU., Sage Publications, Volumen II, 2007, [págs. 313-320], p. 314; GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per y REDONDO, Santiago. *Principios de Criminología*. 2ª. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2001, págs. 636-637; DEFLEM, Mathieu. “Terrorism”. En: MILLER, J. (Ed.). *21 st Century Criminology: A reference handbook*. Thousand Oaks, EE.UU., Sage Publications, [págs. 533-541] 2009, p. 534.

7 Este es uno de los motivos que ha impulsado el Mensaje N°755-362, proyecto de ley iniciado por el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, 03/11/2014; Boletín 9.692-07, p. 3. [en línea]. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=%209692-07 [fecha de consulta: 05 enero 2015]. Reconocen también dicha dificultad probatoria: VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo un problema de Estado*. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2001, Volumen II, págs. 684 y sgtes; HERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 58 y sgtes.

8 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 58.

nación y sanción de conductas terroristas⁹, conservan elementos subjetivos del tipo y dentro de ellos fórmulas muy similares a la que emplea el art. 1° de la Ley N°18.314.

Conforme a tales necesidades, el presente artículo persigue una aproximación dogmática a la finalidad terrorista en general (*infra* II), siendo analizados luego los tres elementos que acompañan a tal finalidad y cuya función precisamente ha sido fijada en el otorgamiento de un mayor nivel de concreción a la finalidad terrorista (*infra* III) para finalmente presentar breves conclusiones en torno a lo expuesto (*infra* IV).

Pero antes de comenzar con tal análisis debemos efectuar dos prevenciones. En la medida que este trabajo pretende, en buena parte, entregar pautas para la determinación de la concurrencia o ausencia de un elemento subjetivo que integra el tipo, es necesario aclarar que adherimos aquí a las *concepciones normativas*. Con esto nos alejamos en particular de las *concepciones psicológicas*, puesto que estas tesis plantean, sin mayores matices, la necesidad de acceder al conocimiento ajeno, entendido éste como un fenómeno propiamente psicológico, objeto que se sitúa más allá de la percepción sensorial y resulta prácticamente inacreditable a través de los medios probatorios habituales¹⁰. Contrario a esto, creemos que la afirmación procesal de los diferentes elementos subjetivos que aparezcan integrados en el tipo, no puede consistir en una labor descriptiva sino más bien *adscriptiva*¹¹. Tal como señaló en su oportunidad BOCKELMANN: “no es tarea de los conceptos subjetivos del Derecho penal expresar tesis o proposiciones psicológicas sino ser simples títulos, soportes de determinados presupuestos de valoración jurídica de las conductas humanas”¹².

Por otro lado, aun cuando el objeto de estudio se encuentre determinado, cabe advertir una dificultad que resulta imposible eludir: el estudio del terrorismo aparece minado de preguntas desafiantes, frente a las cuales usualmente sólo

9 Nos referimos al proyecto de ley iniciado por la Moción de los Honorables Senadores Sres. Espina, Allamand, Chahuán, García y Prokurica, 01/10/2014, Boletín N°9.669-07; y al proyecto de ley iniciado por el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, 03/11/2014; Boletín 9.692-07.

10 Así: RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, España, Bosch, 1999, p. 191; del mismo autor: “Consideraciones sobre la prueba del dolo”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*. Santiago, Chile, N°4, 2004, [págs. 13-26], p. 17.

11 RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 275; en forma similar señala HRUSCHKA: “como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa”; HRUSCHKA, Joachim. “Sobre la difícil prueba del dolo”. En: del mismo autor, *Imputación y Derecho Penal*. Traducción de Ragués i Valles, Ramon, Buenos Aires/Montevideo, Editorial B de F, [págs. 181-199], 2009, p. 195.

12 Citado y traducido en: DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Buenos Aires/Montevideo, Editorial B de F, 2007, p. 52.

pueden ofrecerse respuestas parciales¹³. Dicha aseveración resulta algo evidente si se tiene en cuenta que hasta ahora una tarea, tan importante como lo es encontrar una definición concreta, precisa y universalmente aceptada de terrorismo, haya sido una labor inconclusa¹⁴. El presente trabajo no ha asumido tal problema, sino que se concentra solamente en uno de los aspectos que parecen centrales a la hora de diferenciar esta manifestación delictual del resto: su finalidad.

II. La finalidad terrorista en la Ley N°18.314 luego de la reforma de la Ley N°20.467/2010

Como ya se anticipó, la Ley N°20.467 publicada el 8 de octubre de 2010, modificó sustancialmente el régimen de determinación y sanción de conductas terroristas establecido en la LCT. La citada enmienda legal, persiguió, entre otros fines, una revisión de los conceptos con los cuales se definía y delimitaba el carácter terrorista de una conducta y en específico la denominada “finalidad terrorista”¹⁵, suprimiendo para ello, como elemento subjetivo autónomo, el haber sido cometido el hecho “*para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*”¹⁶, pasando ésta a ser una de las hipótesis asociadas a la finalidad de “*producir el temor en la población o en una parte de ella*”,

13 Resulta aquí forzosa la referencia al punto de partida epistemológico que da sustento al pensamiento crítico de SANTOS: “*vivimos en tiempos de preguntas fuertes y de respuestas débiles*”; SANTOS, Boaventura de Souza. *Sociología Jurídica Crítica*. Madrid, España, Editorial Trotta, 2009, págs. 12 y sgtes.

14 En ese sentido: AMBOS, Kai. *Terrorismo y Ley. Análisis comparativo: República Federal Alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia*, Lima. Editorial Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 25; así también: O'BRIEN, Martin y YAD, Mayid. *Criminology. The key concepts*. Londres, Routledge, 2008, p. 170; BROWN, Sthepen; ESBENSEN, Finn-Aage & GEIS, Gilbert. *Criminology. Explaining crime and its context*. 8ª. ed., Boston, Elsevier, 2013, p. 458; YOUNG, Reuven. “Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation”. En: *Boston College International and Comparative Law Review*. N°1, 2006, Volumen 29 [págs. 23-105], p. 24; SCHARF, Michael. “Defining terrorism as the peacetime equivalent of War crimes: Problems and prospects”. En: *Case Western Reserve University Journal of International Law*. 2004, Volumen N°36 [en línea, págs. 359-354], p. 359. Disponible en: http://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/229 [fecha de consulta: 24 de febrero de 2015]; SETTY, Sudda. “What’s in a name? How nations defines terrorism ten years after 9/11”. En: *University of Pennsylvania Journal of International Law*. N°1, 2011, Volumen 33 [págs. 1-63], págs. 6-7.

15 Véase el Mensaje presidencial con el que se da inició a la reforma legal; 12 de septiembre de 2010, Historia de la Ley N°20.467, págs. 5 y sgtes., Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1017644> [fecha de consulta: 12 de enero de 2015].

16 Antigua circunstancia 2ª del art. 1º de la Ley N°18.314.

única finalidad que subsistiría en la vigente formulación de la LCT¹⁷. De esa forma, en la ley vigente sobre conductas terroristas consta una única finalidad terrorista:

“[L]a finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Dicha exigencia subjetiva constituye el núcleo conforme al cual deben remitirse las conductas que en su faz objetiva pueden ser calificadas como “potencialmente terroristas”¹⁸.

En forma mayoritaria, nuestros autores han sostenido que la naturaleza –y a la vez la ubicación, dentro de la sistemática de la teoría del delito– que se le ha asignado a la finalidad terrorista es la de ser un *elemento subjetivo del tipo o del injusto*^{19/20}. Como consecuencia de lo anterior, para la doctrina mayoritaria este delito es catalogado como un *delito de tendencia interna trascendente o de intención*, y a su vez, dentro de tal categoría, es identificado como un delito de

17 La Ley N°20.467 modificó no sólo eso, sino una serie de aspectos de la Ley N°18.314, entre otros: la presunción de finalidad terrorista, una serie de aspectos en el denominado “catálogo de conductas terroristas” del art. 2, el régimen de penalidad establecido en el art. 3 y el art. 3 bis, entre otras enmiendas de importancia; todo lo cual puede revisarse con mayor detalle a través del documento comparativo disponible en el sitio web del Congreso Nacional en: <http://www.leychile.cl/Navegar/controlCambios?idNorma=29731&idParte=&idVersion=2011-06-21&idVersionContexto=2005-11-14> [fecha de consulta: 17 de enero de 2015].

18 El art. 2 de la LCT, contempla el catálogo de conductas consideradas objetivamente como terroristas, las cuales en su mayoría poseen un equivalente en la legislación común, adquiriendo solamente la calificación de “terrorista” una vez que es posible afirmar también concurrencia de la finalidad terrorista, tal como el inc. 1° del art. 2 expresamente reconoce.

19 En ese sentido: HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 57; VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., p. 675; BASCUÑÁN, Antonio. *El delito de Incendio terrorista. Informe en Derecho*, sin fecha, p. 16 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/0b3db5f55e09dadc3bd5e9d6f637eb25.pdf> [fecha de consulta: 20 de enero de 2015].

20 Si bien esta última designación (“*del injusto*”), no es incorrecta, dado que la tipicidad es un componente del injusto, en lo sucesivo nos referiremos a estos elementos como “elementos subjetivos del tipo”, al ser preferible –como explica ZAFFARONI– esta última forma, por cuanto explicita con mayor precisión la pertenencia de estos elementos al tipo, evitándose también la confusión con los elementos subjetivos de la justificación, también integrantes del injusto; vid.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2002, p. 542.

resultado cortado, puesto que la finalidad exigida trasciende o se sitúa más allá de las exigencias objetivas del tipo ^{21/22}.

De tal identificación, se desprende que la función que el legislador ha perseguido al introducir el mentado elemento subjetivo del tipo, sería la de anticipar la consumación formal del injusto²³, función inherente en los *delitos de intención*²⁴. Siendo opinión también mayoritaria señalar que para satisfacer al tipo basta la presencia de la finalidad de causar el temor, más no la producción efectiva de dicho temor. Luego -como es lógico- si se plantea la situación contraria: los hechos efectivamente provocan temor en la población o en una parte de ella, pero no existió el propósito de causar dicho temor en los autores, la conducta no podría ser catalogada como terrorista²⁵.

La importancia de considerar tal injusto como un delito de resultado no debe menospreciarse, pues entraña importantes consecuencias prácticas, entre otras: la determinación del momento consumativo y el grado de exigencia de dolo.

En primer término, para que los injustos que sanciona la LCT se entiendan consumados, se requerirá que se encuentren satisfechas las exigencias de la faz objetiva respectiva, más la concurrencia de este propósito o finalidad de causar temor (constando también, desde luego, el dolo como elemento subjetivo genérico), sin que sea necesaria la verificación de un resultado preciso que se relacione con dicha alarma ni tampoco la acreditación de una relación de peligro de ninguna clase²⁶.

En segundo lugar, la incorporación en la LCT de un elemento subjetivo del tipo, ha llevado a plantear la interrogante de si acaso estos elementos exigirían tal intensidad de dolo que sólo ha de ser posible la comisión de estos delitos

21 Así: HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 57; BASCUÑÁN, ob. cit., p. 16.

22 En contra: VILLEGAS, Myrta. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., págs. 675-677, para quien se trataría de un delito de tendencia (intensificada).

23 En contra: VILLEGAS, Myrta. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., págs. 676-677; para la autora la introducción de dicho elemento cumple la función de concretar la acción lesiva, ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir satisfactoriamente con tal fin.

24 En los *delitos de intención o de tendencia interna trascendente*, al legislador le es suficiente la comprobación de la sola intención del sujeto, prescindiendo de si dicha intención se concreta o no, para que se entienda consumado el delito; así: BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial. Trotta, 1999, Volumen II, págs. 72-73; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 3ª. re impresión, Madrid, España, Editorial Universitas, 1996, p. 396.

25 Expresamente: HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 57.

26 De ese parecer: *Ibíd.*, p. 57; BASCUÑÁN, ob. cit., p. 16. Sin perjuicio de lo anterior VILLEGAS, coherente con la naturaleza que le asigna a la finalidad terrorista, establece que la consumación se produciría en tanto se compruebe a lo menos una relación de peligro concreto para con el bien jurídico colectivo: VILLEGAS, Myrta. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., págs. 677-678.

con dolo directo, o si por el contrario la finalidad o intención que encarnan estos elementos pueda verse satisfecha también vía dolo directo de segundo grado e incluso dolo eventual. Cuestión de gran relevancia que no parece del todo esclarecida.

El asunto ha sido materia de escasos y no muy extensos pronunciamientos en la doctrina nacional. Para POLITOFF, MATUS & RAMÍREZ la constatación de un elemento de esta clase en el tipo conduciría, “[p]or regla general, a la exclusión del castigo de esa figura a título de dolo eventual o culpa, pues tales condiciones anímicas son incompatibles con la intención claramente manifestada en el elemento subjetivo”²⁷. Mientras que para HERNÁNDEZ, sería cuanto menos discutible la posibilidad de admitir la coexistencia de elementos subjetivos del tipo con un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, al menos en cuanto a su extensión absoluta a todas las clases de injustos con elementos trascendentes al dolo, descartando categóricamente la convivencia de estos elementos con el dolo eventual²⁸.

En doctrina comparada es dominante la posición que ve en los términos que denotan elementos subjetivos una exigencia ordinaria de dolo directo de primer grado, admitiéndose sólo en ciertos casos dolo directo de segundo grado; basándose para ello, principalmente, en una interpretación gramatical de los respectivos términos²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, son varios los autores que admiten la posibilidad de que estos elementos que reflejan una especial intención, sean cometidos con dolo directo de segundo grado e, incluso más, con dolo eventual, especialmente tratándose de los *delitos de resultado cortado*. STRATENWETH, por ejemplo, rechaza que a través de estos elementos, el legislador en forma unívoca haya querido hacer referencia al dolo directo y excluir al dolo eventual, para tal autor, especialmente los *delitos cortados de resultado* pueden configurarse por medio de dolo eventual³⁰. Asimismo, PUPPE considera que, en la medida que el legislador ha buscado, a través los *delitos de resultado cortado*, adelantar

27 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, p. 194 [el destacado es nuestro].

28 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 57; reitera su opinión: “Comentario al artículo 1°”. En: *Código Penal Comentado, Parte General*. HERNÁNDEZ, H. y COUSO, J. (Dir.), Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2001, 2011, p. 89.

29 Con profusas referencias: GIL GIL, Alicia. “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. N°6, Madrid, España, 2ª. época, 2000, [págs. 103-138], págs. 112-114.

30 STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General: El hecho punible*, traducido por CANCIO, M. y SANCINETTI, M. España, Navarra, Editorial Aranzadi, 2000, Tomo I, págs. 172-173; de similar parecer: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, traducido por CUELLO, J. y SERRANO, J.L. 2ª. ed., Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 1997, págs. 371 y sgtes.

la punición, prescindiendo de la producción del resultado, no puede entenderse que su voluntad haya sido excluir el dolo directo de segundo grado ni el dolo eventual, sino que precisamente entregar una protección anticipada al bien jurídico, de lo que se entiende que la interpretación contraria sería opuesta a la finalidad perseguida por el propio legislador³¹.

Alicia GIL GIL se acerca a estas posturas, aseverando que los *delitos de resultado cortado*, en tanto expresan una finalidad del legislador de adelantar la consumación formal, equivalen a tentativas. Bajo ese entendido, la exigencia subjetiva que respecto a éstas se hace no debiera ser distinta a aquellas que se formulan en relación a la tentativa, lo que conduce a la procedencia ordinaria del dolo eventual³². Tal autora descarta que una interpretación gramatical de estos términos sea un argumento válido o a lo menos definitivo, debiendo girar el debate en torno a la estructura del injusto y al papel que en estos elementos juega el factor subjetivo. En palabras de la autora:

“[s]i no existe ningún motivo para excluir en la tentativa la posible comisión con dolo eventual tampoco lo habrá para excluirlo en un delito de resultado cortado, ya que, como hemos explicado, no se trata sino de «una tentativa tipificada como delito consumado», salvo que para un tipo determinado, argumentos adicionales de carácter sistemático, teleológico o de otra clase, indiquen claramente que la voluntad de la Ley ha sido excluir el castigo de la comisión con dolo eventual [...] la voluntad de actuar exige que el autor quiera con voluntad directa (y no mera aceptación) la realización de todo aquello que depende exclusivamente de su voluntad, pero no es necesario que quiera con voluntad directa la concurrencia de aquellos elementos del tipo cuya concurrencia no depende ya de su voluntad y respecto de los cuales basta un mero «contar con», lo que permitirá la comisión de los actos ejecutivos con dolo eventual”³³.

Como puede comprenderse la determinación de esta cuestión está lejos de ser trivial, en cuanto define un mayor o menor campo de aplicación de la norma. En nuestro sistema tal debate, más que cerrado, parece no haber alcanzado la suficiente extensión.

Ahora bien, en lo tocante al contenido de la finalidad en estudio, HERNÁNDEZ ha señalado que ésta sería “ideológicamente neutra” y no podría entenderse como exclusiva ni inherente a la actividad de los grupos caracterizados como terroristas³⁴. Tal como éste indica: “[t]oda actividad delictiva puede provocar en la víctima misma y en los demás un justo temor de ser víctima de un delito similar”, aseveración que ejemplifica a través de la sensación de inseguridad que en la

31 PUPPE, Ingeborg. “Kommentar § 15”. En: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I. Baden-Baden, 1991, p. 63; citado por: GIL GIL, ob. cit., págs. 114-115.

32 GIL, ob. cit., passim., especialmente: págs. 130-133.

33 *Ibid.*, págs. 131-132.

34 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 58.

población provocan los actos de un asesino o violador en serie, y aún más los “lanzas”, sujetos respecto a los cuales sería absurdo plantear la aplicación de la LCT. Cuestionando finalmente que dicho propósito puede, como puede no estar presente, en la voluntad de quien comete actos terroristas, careciendo de un rendimiento diferenciador para con la delincuencia común³⁵.

Tal como puede apreciarse, la alternativa del modelo patrio evidencia cierta desconexión con la descripción fenomenológica que tradicionalmente se efectúa de este ámbito de delincuencia. En efecto, el legislador al optar por la finalidad de “*producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie*” desconoce el propósito político que usualmente guía a los actos catalogados como terroristas³⁶, el cual por lo demás posibilita –en mayor medida– distinguir tal clase de criminalidad de la denominada “delincuencia común”³⁷.

Dicho alejamiento de la *finalidad política*, es además refrendado por la historia de la Ley N°19.027/1991 –quizás la modificación más substancial que ha experimentado la LCT– cuyo mensaje expresamente reconocía que:

*“Más que una ideología, el terrorismo es un método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras. Lo que caracteriza la conducta terrorista es el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o a toda la población”*³⁸.

Con mayor precisión, VILLEGAS identifica la finalidad de producir temor en la población con la búsqueda de causar un resultado de “alarma pública”³⁹. En respaldo de su postura la autora cita un emblemático fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (Caso Edwards):

“[L]a alarma es el resultado posible del carácter programado, sistemático y organizado que tiene la acción terrorista, que es además, una violencia instrumental, orientada a la consecución de determinados fines, y por tanto, la alarma

35 Ibid., p. 58.

36 Expresamente: VILLEGAS, Myrna. “Delitos relativos a la Ley Antiterrorista”, ob. cit., p. 512; también: HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 58; y BASCUÑÁN, ob. cit., p. 5.

37 VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”, ob. cit., p. 7; GUERRERO, ob. cit., págs. 224 y sgtes.; VIANO, ob. cit., p. 314; GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, ob. cit., págs. 636-637; DEFLEM, ob. cit., p. 534.

38 Mensaje del Ejecutivo, *Historia de la Ley N°19.027*, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 5 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=19027> [fecha de consulta: 26 de enero de 2015]. El destacado es propio.

39 VILLEGAS, Myrna. “Delitos relativos a la Ley Antiterrorista”, ob. cit., p. 512.

*específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia*⁴⁰.

Pueden hallarse también antecedentes de aquello en la historia de la tramitación de la Ley N°20.467/2010, donde el propio Mensaje presidencial y diversas intervenciones de los parlamentarios en sala, dan cuenta del afán legislativo de proteger el “orden y la seguridad pública”, tendientes a la mantención de la “paz social”⁴¹; y a la posterior concreción que de tales objetos de protección se habría hecho, por el Ejecutivo, en la discusión en sala, apuntándose explícitamente a que los actos terroristas se ejecutarían para causar “[d]esestabilización o pánico social”⁴².

Así entonces existiría cierta base, entre los escasos autores que se han pronunciado al respecto, y respaldo en los antecedentes legislativos, para sostener que el bien jurídico protegido en el actual modelo de la LCT sería el *orden público* en su *faz subjetiva*; lo que podría entenderse como un sentimiento de tranquilidad pública, centrada en una opinión de seguridad social, de una situación de ausencia de alarma social⁴³.

Incluso más, el nuevo proyecto de ley iniciado por mensaje del Ejecutivo que busca instaurar una nueva ley sobre conductas terroristas reconoce expresamente –y desarrolla con profusión– el concepto de “orden público” como objeto de tutela del sistema antiterrorista que propone⁴⁴.

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que la presencia de esta finalidad “neutra”, que no se condice plenamente con la fenomenología del terrorismo, no debe llevar a construir una interpretación jurídico-penal absolutamente desconectada de la manifestación de tal fenómeno criminal. Especialmente si lo que se busca es una definición jurídico-penal “operativa” de terrorismo, que obre y cumpla su efecto propio; tal elaboración dogmática no puede olvidar

40 Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de noviembre de 1992, Gaceta Jurídica N°149, citado en: VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”, ob. cit., p. 12.

41 Mensaje del Ejecutivo y Discusión en Sala, *Historia de la Ley N°20.467*, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 5, 37, 103, 105, 128, 172 y 173 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1017644> [fecha de consulta: 23 de enero de 2015].

42 Intervención del Ministro del Interior y Seguridad Pública, Sr. Rodrigo Hinzpeter, Discusión en Sala, *Historia de la Ley N°20.467*, ob. cit., p. 100.

43 Con detalles sobre el concepto de orden público como objeto de tutela penal: GUZMÁN, José Luis. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”. En: del mismo autor, *Estudios y defensas penales*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Lexis-Nexis, 2005, [págs. 7-80], págs. 28 y sgtes.

44 Mensaje N°755-362, proyecto de ley iniciado por el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, 03/11/2014; Boletín 9.692-07, ob. cit., págs. 11-12.

los datos empíricos del terrorismo, provenientes de las Ciencias Sociales⁴⁵, como tampoco puede soslayarse la finalidad política propia y distintiva del terrorismo –al menos no en términos absolutos– pudiendo incluso establecerse cierta conexión con dicha finalidad, a través de los denominados elementos objetivos de concreción⁴⁶.

Por otro lado, además de la neutralidad de la finalidad terrorista, el modelo seguido por la LCT impone una marcada subjetivación para describir la conducta base terrorista, que cierne sobre los hombros del ente persecutor una notable dificultad probatoria, a la vez que condena a tal precepto, en buena medida, a la inaplicabilidad.

Frente a tal dificultad, cobran relevancia ciertas circunstancias que el propio art. 1 de la LCT describe y que acompañan al elemento subjetivo del tipo, cuya función sería precisamente la de facilitar la prueba de tal elemento: los denominados “criterios de concreción”⁴⁷ de orden objetivo, los cuales permitirían orientar la difícil labor del intérprete al sopesar la existencia o no de la finalidad de causar temor en la población. En el siguiente apartado se analiza cada uno de ellos.

III. Los criterios objetivos de concreción

Los criterios de concreción, constituyen, en términos simples, *indicios objetivos* que permitirían demostrar en forma indirecta la existencia de la finalidad terrorista. Teniendo en cuenta la difícil tarea de acreditar un aspecto subjetivo, interno, tal como la finalidad terrorista –que, ordinariamente, nadie más que el propio actor conoce– es indispensable un acercamiento a tales circunstancias, en torno a las cuales, en definitiva, se orienta el debate en juicios por conductas terroristas.

Estos criterios serían tres: *la naturaleza y efectos de los medios empleados (infra a); la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas (infra b); y el haberse cometido para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias (infra c).*

45 En ese sentido abogan por un concepto “operativo” de terrorismo: CANCIO, Manuel. *Los delitos de Terrorismo: Estructura típica e injusto*. Madrid, España, Reus, 2010, p. 53; LAMARCA, Carmen. “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1993 [págs. 535-559], Tomo XLVI, págs. 535-536.

46 Especialmente con los elementos de concreción “*evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas*” y “*el haberse cometido para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*”.

47 Término empleado por: BASCUÑÁN, ob. cit., págs. 16 y sgtes.

a. La naturaleza y efectos de los medios empleados

El primero de estos elementos de concreción, hace referencia, en términos generales, al empleo de medios de comisión estragosos, que producen o pueden producir un daño indiscriminado.

Para la comprensión del alcance de este criterio de concreción objetivo, debe acudir a la historia de la Ley N°19.027/1991. Particularmente, cabe destacar que la modificación al proyecto original, que constaba en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, contenía la incorporación de una circunstancia (circunstancia 2ª), que permitía calificar a la conducta de terrorista en el caso:

“2a. Que el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar estragos o extender sus efectos a un grupo indeterminado de personas, particularmente si estas son ajenas a los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente como si se intimida verosímelmente con su uso”⁴⁸.

Más allá que dicha circunstancia en definitiva no fuese incorporada en el texto definitivo de la Ley N°19.027/1991, lo relevante es que los fundamentos entregados para la exclusión de tal circunstancia nos entregan dos guías interpretativas.

En primer término, según expone BASCUÑÁN, el fundamento de la exclusión no radicaría en una negación de la necesidad que los métodos o medios empleados en la perpetración de los delitos terroristas tuviesen que ser perversos, crueles, bárbaros, alevosos, etc., “[s]ino en la consideración de que esta sola circunstancia no basta para la atribución de la calidad de delito terrorista”⁴⁹. En efecto, como se señalaría durante la discusión en sala: “[n]o es dable afirmar que todo delito cometido con métodos crueles necesariamente es un delito terrorista”⁵⁰. Pero más relevante, en lo que aquí concierne, resulta la segunda fundamentación de la exclusión que daría el diputado Gutenberg Martínez en dicha comisión. De acuerdo al aludido, la referencia “[a]l daño indiscriminado que tiene su origen en artificios explosivos e incendiarios o en medios tóxicos, corrosivos o infecciosos, que son los del tipo que pueden generar estragos o daños indiscriminados” se hallaría ya incorporada en la primera circunstancia calificante del hecho

48 Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, *Historia de la Ley N°19.027*, ob. cit., págs. 37 y sgtes.

49 BASCUÑÁN, ob. cit., p. 18.

50 Intervención del diputado Sr. Gutenberg Martínez, Discusión en Sala, Cámara de Diputados, *Historia de la Ley N°19.027*, ob. cit., p. 89.

como terrorista a través del uso de la expresión “*medios empleados, sea por su naturaleza o efectos*”⁵¹.

Tal antecedente legislativo permite dotar de sentido el alcance de este criterio objetivo de concreción. Especialmente la segunda fundamentación, ya reseñada, conduce a entender que la expresión “*la naturaleza y efectos de los medios empleados*”, hace alusión, en forma no taxativa, al empleo de métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado (a las personas), tales como medios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar estragos o extender sus efectos a un grupo indeterminado de personas. Lo cual puede ser concretado, con mayor precisión aún, si se realiza una interpretación teleológica de dichos términos, vinculándolos con la necesaria protección del bien jurídico orden público.

Este criterio de concreción ha sido sometido a decisión en varias causas recientes sobre conductas terroristas.

Quizás una de las consideraciones más ilustrativas, para precisar el contenido de este elemento fue la que emanó del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, a través de la cual dicho tribunal se encargó de descartar la presencia del mentado elemento de concreción en el denominado “*Caso Pitronello*”. En dicho caso el tribunal desechó que el atentado en concreto poseyera, por su naturaleza y efectos, la virtud de dar indicios de la finalidad terrorista. Al respecto el tribunal se apoyó en la hora en que se detonó el artefacto, la inexistencia de peatones o trabajadores, agregando a renglón seguido que: “[d]ebe atenderse a las “*propiedades*” del medio empleado y a las *secuelas o resultas que derivan del mismo*”, ejemplificando que diverso criterio hubiere surgido si esta misma bomba hubiera sido instalada en la sucursal bancaria en horas de afluencia de público, “[y]a que la detonación del mismo se habría traducido, con certeza, en lesiones a los clientes y/o funcionarios, además de los daños correlativos en el inmueble”⁵².

Por su parte en la caso suscitado por el atentado en las oficinas de la Defensoría Penal Pública de la ciudad de Temuco, el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, tras descartar la participación del único acusado, estimó que el artefacto empleado⁵³, en horas de la madrugada a las afueras de las oficinas de un servicio público (Defensoría Penal), reunía las cualidades idóneas y necesarias (en abstracto) para afectar la vida y/o la integridad física de las personas y causar daños a la propiedad, a lo que se adicionó la voladura de esquiras en

51 Ibid., p. 89.

52 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 15 de agosto de 2012, RUC N°1100557630-1, RIT N°150-2012, considerando N°17.

53 En esta ocasión se colocó y detonó un artefacto explosivo artesanal, consistente en un extintor de un kilo, relleno con pólvora negra, activado mediante un sistema de detonación eléctrico temporizado. Artefacto de frecuente uso en atentados de esta clase.

diversas poblaciones incrustándose en ventanales de diversos domicilios cercanos; determinando en conclusión que: “[...]las cuestiones fácticas enunciadas precedentemente satisfacen y, desde luego, configuran el delito de colocar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daños, previsto y sancionado en el artículo 2°N°4 de la ley 18.314”⁵⁴.

Aun cuando tales fallos no coincidan con exactitud, es posible extraer de ellas ciertos aportes para dotar de mayor determinación al elemento en estudio. En particular debe resaltarse la consideración contextual espacio-temporal en que se producen los hechos, lo cual es un aspecto que analizan ambos fallos: si se trató de un contexto que resulta lo suficientemente amenazante para la integridad física de una o más personas.

Otra guía interpretativa creemos que viene dada por cierta disposición contenida en el “*Convenio Internacional para la represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas*”⁵⁵. En efecto, tal convenio suscrito y vigente en Chile⁵⁶, a través de su art. 2 N°1 entrega ciertos baremos que resultan relevantes a la hora de ponderar la existencia del criterio de concreción “*naturaleza y efectos de los medios empleados*”, especialmente en los casos en que la existencia del elemento subjetivo del tipo es debatido a la luz de actos consistentes en la colocación de bombas u otros artefactos explosivos o incendiarios. Señala el citado precepto:

“Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura”.

Considerando que el CIRATB entiende que la entrega, colocación, detonación, etc., de los objetos que describe y en las condiciones que detalla, constituyen conductas terroristas, creemos que tales elementos pueden ser perfectamente recogidos por el intérprete nacional para dotar de contenido a la expresión “*naturaleza y efectos de los medios empleados*”, asignando a tal descripción, amplia e indeterminada, un mayor nivel de concreción y sentido.

En particular, son útiles la referencia a los ámbitos físico-espaciales en los cuales o en contra de los cuales debe colocarse o detonarse el artefacto, a saber: “*un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura*”, espacios relevantes

54 Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 25 de mayo de 2010, RUC N°0801129503-8, RIT N°44-2010, considerando N°8.

55 Denominado en lo sucesivo como CIRATB por sus siglas.

56 Dicho instrumento fue promulgado en Chile con fecha 6 de febrero de 2002, a través del Decreto promulgatorio N°519 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

tanto por su relevancia, la posible concurrencia de varias personas que podrían resultar heridas o afectadas por el atentado, o bien por la utilidad o servicio que tales lugares prestan a la comunidad, cuya afectación o paralización –aun temporal– supone un grave menoscabo para la vida social. Lugares que por lo demás reflejan una estrategia de intimidación o diseminación del terror, en la medida que, el mensaje que entregaría el o los terroristas a la población es que cualquiera puede ser víctima de sus acciones⁵⁷.

b. La evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas

El segundo criterio de concreción: *la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas*, ha sido entendido por parte de la doctrina como “[l]a certeza de que el acto obedece a un plan premeditado [...] que tiende a la consideración del terrorismo selectivo”⁵⁸; siendo, a su vez, el concepto de *terrorismo selectivo*, explicado como “[a]quella manifestación del terrorista caracterizada por la selección de determinados sujetos como objeto de la acción a través de la cual se pretende la creación de un estado de temor generalizado”⁵⁹.

A pesar que algunos autores hayan planteado que el uso de la voz “evidencia” de cuenta del alto estándar de convicción que impondría este criterio⁶⁰, no vemos cómo –al menos desde la entrada en vigor del Código Procesal Penal– esta inclusión podría significar la elevación del estándar habitual de la duda razonable^{61/62}.

Detrás de este criterio de concreción podría afirmarse la existencia –al menos implícita– de una finalidad de tipo política, en la medida que la selección de

57 Similar: KIDD & WALTER, ob. cit., p. 66.

58 Así VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., p. 684; también: BASCUÑÁN, ob. cit., p. 19.

59 BASCUÑÁN, ob. cit., p. 19.

60 Similar: VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., p. 684.

61 Una interpretación similar efectúa HERNÁNDEZ en relación al término “fehacientemente” que emplea el inc. 2° del art. 5 de la Ley N°20.393: HERNÁNDEZ, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. En: *Revista Política Criminal*. N°9, 2010 [págs. 217-236] Volumen 5, págs. 223-224.

62 La *duda razonable* aparece impuesta a través del inciso 1° del artículo 340 del CPP como estándar de convicción judicial para fundamentar la decisión de condena. La duda razonable es un estándar probatorio que impone una alta exigencia de certeza (si bien no *certeza absoluta*) al juez y constituye –en palabras de TARUFFO– una imposición de naturaleza ético-política, en cuya virtud “[s]e trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la ‘certeza’ de su culpabilidad, mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra”; TARUFFO, Michele. *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2009, págs.112-113.

una categoría o grupo de personas como blanco de ataques, pone en evidencia una determinada ideología que permitiría justificar por qué el grupo terrorista considera que las personas seleccionadas son “blancos legítimos” (*legitimate targets*) de sus ataques⁶³. En otros términos, la selección de determinadas personas como blancos de ataques terroristas, contrario a lo que sucede con un ataque indiscriminado a la población civil, esconde una determinada ideología, una definición acerca de cómo los terroristas ven el mundo que los rodea e identifica quiénes son sus enemigos⁶⁴, lo que pone en evidencia la finalidad política que motiva un actuar de este tipo.

Esta circunstancia, al igual que la anterior, ha sido frecuentemente sometida a consideración de los tribunales para poder acreditar la existencia de la *finalidad terrorista*.

Ahora bien, más que por su contenido o alcance, el debate en torno a este criterio de concreción, ha surgido por el hecho que tal elemento se haya intentado acreditar mediante la presunta adscripción de los acusados a grupos o ideologías de corte anarquista.

Dicha pretensión probatoria fue especialmente cuestionada en varios fallos recientes por causas tramitadas bajo la legislación de la LCT.

Entre ellos pueden citarse ciertas consideraciones vertidas en el *Caso Pitronello*:

“Que, por otra parte, la invocación de la ideología del acusado como parte de los factores a considerar para dar por probado el carácter de los hechos que se atribuyen, constituye una argumentación inadmisibles conforme los términos de la misma ley y contrario a un ordenamiento jurídico que sanciona conductas, más no ideas ni formas de ser, ya que supone atender y estigmatizar tales líneas de pensamiento, más que los comportamientos que son el objeto de reproche penal”⁶⁵.

Algo similar también se plasmó en el fallo decisorio del *Caso Verdugo y Silva*:

[...] si se pretendiera establecer responsabilidad en el delito por el cual se acusa a los encartados, sobre la base de la pertenencia que se ha descrito, se estaría intentando sancionar a quienes tendrían cierto o pleno grado de coincidencia de pensamiento con el grupo de características que se menciona (no obstante no haberse demostrado la ejecución de actos directos para el preciso y específico ilícito atribuido), hipótesis o pretensión que se encuentra en franca oposición a la orientación de nuestro ordenamiento jurídico vigente, en el que impera la

63 Sobre la importancia de la ideología en la selección de los objetivos de ataque véase: DRAKE, C.J.M. “The role of ideology in terrorist’s target selection”. En: *Terrorism and Political Violence*. N°2, 1998 [págs. 53-85], Volumen 10, págs. 55 y sgtes.

64 *Ibid.*, págs. 56 y sgtes.

65 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 15 de agosto de 2012, RUC N°1100557630-1, RIT N°150-2012, considerando N°20.

*idea de atribución de responsabilidades penales en razón de los actos, personal y efectivamente, ejecutados por aquellos a quienes se persigue penalmente, mas no se pretende un castigo en razón de sus pensamientos y/o creencias, tal como expresamente se encuentra consagrado en el título Bases de la Institucionalidad, y específicamente, en el artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República de Chile, unido lo anterior la derogación, hace más de 20 años ya, del artículo 8° de la misma Carta Fundamental, que puso fin a la persecución y castigo de la propagación de ideologías o doctrinas*⁶⁶.

Resulta evidente que todo ejercicio punitivo que anuda la imposición de la pena a las características personales del condenado; sus ideologías, creencias o formas de conducir su vida, más que a una conducta lesiva de un bien jurídico tutelado, del cual puede hacerse responsable; constituye una manifestación del denominado “Derecho penal de autor”⁶⁷. Una proyección punitiva con tal impronta indudablemente entra en pugna con el *principio de culpabilidad*⁶⁸ y con ciertos derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos⁶⁹.

Sin contradecir lo anterior, pensamos que la puesta en práctica de un Derecho Penal del hecho o del acto, no supone –al menos en términos absolutos– el completo olvido de ciertos elementos enraizados con el ser y sus creencias. No cabe duda que estos aspectos no pueden consistir en el centro de la imputación en un Estado Democrático⁷⁰, pero esta afirmación no implica que no hayan de jugar un rol secundario en el ejercicio punitivo⁷¹.

66 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 14 de junio de 2013, RUC N°1200393089-9, RIT N°182-2013, considerando N°5.

67 Con más detalle véase: ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR, ob. cit., págs. 65 y sgtes.; JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por OLMEDO, M. Granada, España, Comares, 2002, págs. 58 y sgtes.; KÜNSENMÜLLER, Carlos. *Culpabilidad y Pena*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, págs. 219 y sgtes.; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 1999, págs. 214 y sgtes.

68 KÜNSENMÜLLER, ob. cit., p. 219.

69 Sin ánimo exhaustivo pueden a lo menos mencionarse: los numerales 3 (inc. 7°), 4, 6 y 12 del art. 19 de la Constitución Política de la República; los artículos 17, 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 12 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

70 Un Estado que aspire a ser democrático debe tener en especial consideración el lineamiento de “pluralismo”. Siguiendo a HÄBERLE: “*La idea del pluralismo nos recuerda que el Estado constitucional no es una “asociación de dominación” que flota por “encima” de los ciudadanos, sino que se constituye una y otra vez a partir de los ciudadanos y los grupos, y que se encuentra a su servicio*»; HÄBERLE, Peter *El Estado Constitucional*, traducido por FIX-FIERRO, H. 1ª. reimpresión, México D.F., Editorial Universidad Autónoma de México, 2003, p. 198.

71 Reconociéndole al autor y sus características personales un rol secundario: BACIGALUPO, ob. cit., p. 214; también: JESCHECKY WEIGEND, ob. cit., págs. 58-59.

Creemos que la inclusión en la estructura típica de un elemento subjetivo del tipo, fuerza al escrutinio de ciertos aspectos que dicen relación con ideas, ideologías y pertenencia a colectivos que en forma accesoria sirven para la determinación del tipo de imputación que resulta adecuado para el caso concreto, sin que esto (¡nunca!) deba convertirse en el centro de la pretensión punitiva.

Dicha asunción resulta compartida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. En efecto, en un reciente fallo, tal órgano tuvo la oportunidad de asentar que:

«El terrorismo es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. *No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian*»⁷².

De igual forma, el Tribunal Supremo Español tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la relevancia y límites con que deben ser consideradas circunstancias como las ideas o ideologías de los acusados, en la causa a que dio lugar el trágico episodio de los atentados con bombas a los trenes de la estación de Atocha, ciudad de Madrid, conocido como “11-M”. En esa oportunidad tal órgano señaló:

“La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicacio-

72 Sentencia Tribunal Constitucional Español, 21 de mayo de 2002, sentencia N° 633-2002, cita extraída de: RODRÍGUEZ, Luis, *et al. Código Penal comentado y con jurisprudencia*. 3ª. ed., Madrid, España, La Ley, 2009, p. 1445.

nes, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción⁷³.

El Tribunal Supremo Español es cauto al analizar el juzgamiento de ideas o pensamientos, sin perjuicio de lo cual, no rechaza la utilidad que estas circunstancias (unidas a otras y especialmente a acciones violentas) pueden tener en la averiguación y esclarecimiento de hechos terroristas, remarcando siempre que esto no debe traducirse al juzgamiento exclusivo de ideas o pensamientos, es decir, esta no debe ser la base fáctica única en la que se funda una acusación. El equilibrio logrado en esta sentencia parece destacable, preci-

73 Sentencia Tribunal Supremo Español, 17 de julio de 2008, sentencia N°503-2008.

samente porque alcanza un deseable balance entre el resguardo de derechos civiles y políticos de larga data en la tradición de los Estados liberales, con el indispensable interés público en el esclarecimiento de hechos delictivos de tal gravedad como aquellos que entrañan los actos terroristas; donde, en suma, las ideologías no deben representar el centro de la acusación, sino que un antecedente más para lograr la convicción de un aspecto tan elusivo como lo es la voluntad del autor.

De igual forma quienes han estudiado la fenomenología del terrorismo, destacan la importancia que adquieren las ideologías para los grupos terroristas, en la determinación previa de los objetivos en contra de los cuales se dirigen sus acciones⁷⁴, lo que conecta a tales aspectos directamente con el elemento de concreción en estudio e indirectamente con la finalidad general de causar temor en la población o en una parte de ella.

Pero volviendo al centro de lo sustentado, el elemento subjetivo del tipo en la LCT incorpora una interrogante adicional a la tarea de subsunción: el porqué de la realización del tipo objetivo, ¿cuál era el propósito ulterior a la realización del hecho típico? Luego la respuesta de si el título de imputación será alguna de las figuras típicas de la LCT depende de cómo contestemos a las anteriores interrogantes, en la medida que es necesario afirmar que las figuras que objetivamente son descritas en la LCT deben conectarse con una finalidad precisa, la cual por lo demás entrega, a tales conductas base, un mayor desvalor, que se halla conectado con el bien jurídico colectivo tutelado.

Como se ha afirmado, la averiguación de aspectos motivacionales, no sólo resulta útil sino necesaria, en cuanto refleja indiciariamente los móviles de los autores de este tipo de atentados, a la vez que diferencian cualitativamente tales actuaciones del resto de la delincuencia etiquetada como común, en donde la explosión de una sucursal bancaria, por ejemplo, podría perseguir afanes de lucro o de simple destrucción y no un ánimo de deslegitimar a través de la violencia los medios económicos de producción y distribución, buscando producir, consecuentemente, un sentimiento de temor a un sector de la población identificado con la protección de tales intereses.

Con todo parece indispensable considerar, a lo menos, dos límites en tal labor, para que de ella no resulte una indagación intolerable del fuero interno de las personas. Primero, los aspectos motivacionales no pueden constituir el centro, ni el punto de partida de la imputación, como tampoco pueden desligarse ni alejarse de los actos materiales (conductas base) a los cuales deben siempre acceder en forma próxima. Segundo, es necesario distinguir dos planos de indagación: uno *intelectual*, en el que predominan las consideraciones racionales que llevan a delinquir al sujeto, y que parece accesible para calificar la

74 DRAKE, ob. cit., *passim*.

existencia de una determinada finalidad; y otro *ánimico*, teñido por sentimientos, pasiones o impulsos, ámbito que el poder punitivo debe respetar y frente al cual debe plegarse⁷⁵.

c. El haberse cometido para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias

Tercer y último criterio de concreción. Tal circunstancia con anterioridad a la reforma propiciada por la Ley N°20.467/2010, figuraba incorporada en la LCT como elemento subjetivo del tipo autónomo y alternativo a la finalidad de provocar temor (circunstancia 2ª art. 1), pasando a formar, luego de tal enmienda legislativa, parte del elemento subjetivo del tipo único, como “[u]na de las hipótesis asociadas a la finalidad de producir el temor en la población o en una parte de ella”⁷⁶.

En cierta medida también puede apreciarse que bajo esta circunstancia subyace una finalidad de tipo política⁷⁷.

Su inclusión no se hallaba prevista en el proyecto original de la Ley N°19.027/1991, ya que en el Mensaje del Ejecutivo el terrorismo constituía en breves cuentas: un “[m]étodo *de acción criminal cuyo objetivo es causar temor a parte o a toda la población*”⁷⁸, de manera que su inclusión debe su origen a una indicación presentada por varios diputados, quienes fundamentaron la incorporación en razón que la consideración de tal elemento encuentra un mayor grado de coincidencia en la doctrina y en los tratados internacionales⁷⁹. Siguiendo tal antecedente, señala VILLEGAS que la circunstancia en estudio habría sido pensada en forma específica para el tipo penal de secuestro terrorista^{80/81}.

75 Adherimos con esto a lo planteado en: SALINERO, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación. Los delitos de odio”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLI, Valparaíso, Chile, 2013, 2º semestre [págs. 263 - 308], págs. 286-290.

76 Mensaje del Ejecutivo, *Historia de la Ley N°20.467*, ob. cit., p. 5.

77 Según VILLEGAS, en esta circunstancia se advertiría cierto atisbo de reconocimiento de la finalidad política, pero sin contar con la entidad suficiente como para erigirse en un elemento clarificador de la entidad política de las conductas terroristas, pues nada aseguraría que las exigencias impuestas tengan un carácter estrictamente político; VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., p. 688.

78 Mensaje del Ejecutivo, *Historia de la Ley N°19.027*, ob. cit., p. 5. El destacado es propio.

79 Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, *Historia de la Ley N°19.027*, ob. cit., págs. 28 y sgtes.

80 VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., p. 687.

81 Lo que puede generar ciertas dificultades concursales, con el delito de *secuestro político*, contemplado en el art. 5 letra b) de la Ley N°12.927 sobre Seguridad del Estado.

Este criterio de concreción contempla tres posibilidades alternativas: el *arrancar*, es decir, obtener con violencia⁸²; *inhibir*⁸³, lo que equivale a impedir o reprimir el ejercicio de facultades⁸⁴, e *imponer*, en otros términos, poner una carga, una obligación u otra cosa⁸⁵; acciones todas referidas a “resoluciones de la autoridad”, debiendo entenderse la voz “autoridad” en su sentido amplio o general, como “[c]ualquier persona que detenta ciertas atribuciones de mando o poder, siempre que se trate de una autoridad pública, no de carácter privado”⁸⁶, excluyéndose a toda persona u organización que no se desempeñe en un órgano del Estado⁸⁷.

La inclusión de esta circunstancia dentro de las hipótesis de concreción del elemento subjetivo del tipo, genera ciertos cuestionamientos, puesto que –tal como ya advertían los autores con anterioridad a la reforma de 2010– el propósito de *arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*, hace posible la imputación a título de delito terrorista, de conductas en que podría no concurrir subjetiva ni objetivamente la producción de un estado de terror⁸⁸ (v.gr.: secuestro de un gendarme para solicitar la liberación de dos sujetos privados de libertad), lo que pondría en entredicho la relación indiciaria que supondría el legislador, luego de la reforma del 2010, entre tal circunstancia y la finalidad de causar temor en la población o en parte de ella.

IV. Conclusiones

El exacerbado subjetivismo que evidencia la regulación vigente para sancionar conductas terroristas en Chile, justificó el presente estudio. En el modelo de la LCT, el elemento finalidad adquiere un rol nuclear en la definición de lo que puede estimarse como un acto terrorista.

82 Cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española [en línea]. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=autoridad> [fecha de consulta: 26 de enero de 2015].

83 Hipótesis incorporada a través de la Ley N°20.467/2010.

84 Primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española [en línea]. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=inhibir> [fecha de consulta: 26 de enero de 2015].

85 Primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española [en línea]. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=imponer> [consulta de consulta: 26 de enero de 2015].

86 KÜNSENMÜLLER, Carlos. “Artículos 12° y 13°”. En: POLITOFF, S. y ORTIZ L. (Dirs.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, p. 208; similar: GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, Tomo I, p. 231. Si bien el Código Penal y diversas leyes penales especiales hacen reiterado uso del término “autoridad”, se ha escogido la interpretación que se da a este término en relación a la circunstancia agravante general del art. 12 N°13, por tener ésta un carácter –en cierta forma– general para el resto de las disposiciones que integran la “parte especial”.

87 BASCUÑÁN, ob. cit., p. 24.

88 *Ibid.*, p. 23; también: VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo un problema de Estado*, ob. cit., p. 688.

Aun cuando se pueda esperar, a partir de enmiendas legales en actual discusión, una transición hacia un modelo mixto, no puede descartarse la inclusión de un elemento subjetivo del tipo que ofrezca similares desafíos de interpretación.

Con todo, mientras esto no ocurra, subsisten cuestiones que merecen ser sometidas a discusión (v.gr.: el grado de dolo que parece exigible para los delitos de resultado cortado), mientras otros aspectos exigen un estudio más profundizado.

Es cierto que el carácter neutro del elemento subjetivo del tipo en la LCT, que además se encuentra escasamente ligado a la finalidad política que viene a caracterizar tradicionalmente al terrorismo, dificulta la consideración o no de una conducta como terrorista, en la medida que no la hace claramente diferenciable de la *delincuencia común*. No obstante, los denominados criterios de concreción de que ésta se encuentra premunida, permiten, en gran medida, facilitar la labor al intérprete.

Los elementos de concreción, en tanto mecanismos indiciarios de la finalidad terrorista, permiten contar con referentes objetivos (especialmente cuando aludimos a la *naturaleza y efectos de los medios empleados*) y se encuentran mediatamente ligados a la finalidad de tipo política con que comúnmente las ciencias sociales caracterizan al terrorismo (especialmente la circunstancia de *evidencia de que la acción obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas*, y en menor medida la circunstancia de *haberse cometido el delito para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*).

En primer término, el elemento de concreción *naturaleza y efectos de los medios empleados*, según los antecedentes legislativos revisados, hace referencia al empleo de medios de comisión estragosos, que producen o pueden producir un daño indiscriminado, lo que de acuerdo al CIRATB y los fallos recientes de nuestros tribunales, debemos entender que sucede, especialmente, cuando con el delito base se ha puesto en peligro la vida de una o varias personas, particularmente si se trata de atentados con dicho potencial lesivo, realizados en espacios de libre acceso al público o lugares de relevancia o de gran importancia para la comunidad.

A su turno la circunstancia de la *evidencia de que la acción obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas*, trasluce una finalidad de tipo política y sigue a una variante precisa del terrorismo, el “terrorismo selectivo”. Más que su contenido, las dudas surgen al momento de decidir si resulta admisible acreditar tal elemento mediante la comprobación de ideas o ideologías a las que adscribirían los imputados.

Según se trató de justificar, la prueba de ideas, pensamientos o ideologías contribuirá al esclarecimiento de estos hechos, siempre que ésta no sea la base fáctica única, ni tampoco principal, sobre la que verse el juzgamiento y la imputación personal y que se halle conectada en forma próxima al acto material base que se reprocha. Esta indagación debe dar cuenta de las consideraciones racionales que llevan a delinquir al sujeto y que manifiestan un fin ulterior, que en este caso se relaciona con la identificación de un grupo determinado de víctimas. Pretender que un elemento subjetivo pueda ser probado, prescindiendo de la incorporación al proceso de datos y aspectos *motivacionales* parece un contrasentido.

El tercer elemento de concreción *haberse cometido (el delito) para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*, también daría cuenta –si bien en forma tenue– de una finalidad política. Como se explicó el carácter indiciario que puede tener esta circunstancia de concreción en relación a la finalidad de causar temor es cuestionable, puesto que aquella haría posible la imputación a título de terrorista de delitos en que se encuentre ausente, tanto objetiva como subjetivamente, la producción de temor en la población. Por lo demás dicha circunstancia ofrece menores dificultades interpretativas, que las dos anteriores, en cuanto su concurrencia se traduce en la exteriorización clara de alguna conducta, normalmente una exigencia verbal, a partir de las cuales pueda afirmarse la requerida maniobra de presión a la autoridad.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

CONSIDERACIONES SOBRE EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

Camila Guerrero Martínez¹

Resumen

Las rupturas familiares de la modernidad y el posterior traslado de los hijos en común —ya sea dentro o fuera del país— en manos de alguno de sus progenitores y sin el consentimiento del otro, aparece como un problema propio de nuestros tiempos, reflatando una de las viejas discusiones que se han dado en el delito de sustracción de menores respecto de la determinación del sujeto activo. El presente artículo tiene por objeto abordar el problema teniendo en cuenta la situación actual de la persecución penal del delito, las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia, así como también la evolución del artículo 142 del Código Penal. Se plantea que, tratándose de los progenitores, sería posible que en ciertos casos les sea aplicable el artículo 142 por ser un tipo penal abierto en cuanto al sujeto activo, pero habría que efectuar una serie de distinciones partiendo siempre de la base de encontrarnos en situaciones de crisis familiar, ya que de lo contrario el menor de edad se encontraría irrefutablemente en la esfera de protección de sus padres y no resultaría afectado el bien jurídico protegido por la norma.

I. Introducción; II. Marco conceptual; 1. Bien jurídico protegido por el artículo 142 del Código Penal; 2. Conducta típica; III. Problema de los progenitores como sujetos activos del tipo; 1. El problema en la doctrina nacional; 2. El problema en la jurisprudencia nacional; 2.1. Admisibilidad plena; 2.1. Admisibilidad parcial; 2.3. Admisibilidad circunstancial; 3. Toma de postura; IV. Conclusiones.

I. Introducción²

El delito de sustracción de menores tiene su origen remoto en el robo de niños, que era castigado duramente en el Digesto, en el Fuero Juzgo y en las Partidas³, por la profusa ocurrencia de la conducta punible, dados los incentivos generados por la propia institucionalidad que legalizaba la esclavitud

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Artículo elaborado en base a la tesis de pregrado: GUERRERO, Camila. *El delito de sustracción de menores en Chile. Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo*. Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.
- 3 Digesto. Lib. XLVIII, tit. 15, L.1; Fuero Juzgo. Ley 3, tit. 3, lib. VII.: Partidas. Ley 22, tit., 14, P. VII.

y favorecía la servidumbre. El origen histórico en Chile⁴, por otro lado, se encontraría en el artículo 408 del Código Penal español de 1848⁵, que dejó de lado la noción del *robo de niños* para hablar derechamente de *sustracción*, término utilizado hasta nuestros días en la legislación chilena y española vigente.

Desde su tipificación inicial en 1874 hasta la actualidad, el artículo 142 del Código Penal chileno ha sufrido grandes cambios, que se vieron influenciados por la contingencia del momento, la opinión pública y la alteración del régimen institucional⁶. En este sentido, uno de los aspectos que más se han hecho notar a lo largo de sus modificaciones es su carácter de delito de extrema gravedad, lo que se ve reflejado además en lo elevada que siempre ha resultado ser su pena, llegando incluso a contemplar en su momento, la pena de muerte para la figura básica⁷.

4 ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873, reimpresión 2013, p. 63.

5 El artículo 408 del Código Penal español establecía: “La sustracción de un menor de siete años será castigada con la cadena temporal”.

6 Para un análisis más profundo sobre la evolución del tipo penal Cfr.: GUERRERO, Camila. Ob. cit., (nota 2), Capítulo I, págs. 11-82.

7 “Los mayores cambios se realizaron respecto de la figura hiperagravada del delito, que hoy en día se encuentra regulada en el inciso final del artículo 142, por remisión al inciso final del artículo 141. A diferencia de lo que ocurrió con las figuras agravadas, conservó como sanción la pena de muerte desde su instauración en 1983 hasta su derogación definitiva en el año 2001. Por otro lado, en cuanto a los abusos deshonestos, estos fueron introducidos como agravante en la Ley 9.762 de 1950 por indicación de Grove, pese a las sugerencias del Instituto de Ciencias Penales de no incluirla por innecesaria, ya que sólo se justificaría en caso de violación y, siendo ese el caso, habría concurso de delitos e igualmente se incrementaría la pena. Dicha agravante fue suprimida para el caso de los menores de 18 años pero mayores de 10 con la Ley 18.222, pero mantenida para el caso de menores de 10 años. Finalmente, fue definitivamente suprimida en la Ley 19.029 de 1991.

Respecto de las agravantes simples que hoy se mantienen vigentes: la que menos cambios sufrió a lo largo de las reformas fue la relativa a la finalidad de obtención de rescate, ya que desde su instauración se ha mantenido prácticamente igual. Las agravantes simples de “imposición de exigencias” y “arrancar decisiones”, fueron introducidas por la Ley 18.222 de 1983 y se mantienen vigentes en la actualidad. En cuanto a “resultar grave daño para la persona del menor”, fue introducido como agravante por la Ley 18.222 de 1983, pero sólo para el caso de los mayores de 10 pero menores de 18 años, ya que no se contemplaba para las víctimas menores de 10 años (que tenían la agravante de abusos deshonestos). Se mantuvo en los mismos términos con la Ley 19.029 de 1991, pero se eliminó la pena de muerte de su escala de penalidad. Finalmente, a partir de la Ley 19.241 la agravante rige para todos los casos en que las víctimas sean menores de 18 años, sin distinción. Precisamente este fue otro de los cambios notorios sufridos por la norma: la diferenciación por edades de la víctima para establecer la mayor o menor punibilidad del delito y para la aplicación de algunas agravantes. La distinción fue introducida por la Comisión Redactora de 1872, a propósito del artículo que regulaba el delito de raptó. Posteriormente, la Ley 9.762 no hizo cambios, la Ley 18.222 mantuvo la diferencia de penas en la figura simple y en las agravantes, pero estableció la misma

En la actualidad, una de las particularidades que presenta el art.142 CP, además de tener asignada una pena elevada, es que afortunadamente se trata de un *delito de escasa ocurrencia* y esto puede ser inferido a partir de datos concretos. Según estadísticas del Ministerio Público⁸, en el período comprendido entre diciembre de 2000 y enero de 2015 se registró un total de 1.503 ingresos asociados al artículo 142 del Código Penal. De ese total, sólo 60 causas se encuentran actualmente vigentes y 1.432 se encuentran terminadas, las que corresponden al 95,27% del total general registrado. Es más, según lo reflejan las estadísticas de la cuenta pública efectuada por el Fiscal Nacional en el año 2014⁹, se registró entre imputados conocidos y no conocidos un total de 1.348.895 ingresos, de los cuales 167.274 correspondían a casos asociados a la categoría de delitos contra la libertad e intimidad de las personas, es decir, el 12.4% del total general. Sin embargo, por concepto del artículo 142 del Código Penal se ingresaron un total de 119 casos, correspondientes al 0,07% del total de la categoría y al 0,008% del total general del año 2014. Lo que permite clarificar la particularidad de ser un delito de escasa ocurrencia.

Pero resulta interesante constatar además, que otra de las particularidades que presentan en la práctica las investigaciones sobre este delito, es que la mayoría –no todos ciertamente– *finalizan por términos facultativos* por tratarse de imputaciones efectuadas a uno de los progenitores del menor de edad. De un total de 1.834 causas concluidas entre diciembre del año 2000 y enero de

sanción para la figura hiperagravada sin distinción de edades “presidio mayor en su grado máximo a muerte”. La ley 19.029 sólo mantuvo diferencia de penalidad en cuanto a la figura simple y, finalmente la Ley 19.241 estableció la aplicación de la norma en general para menores de 18 años.

Por otro lado, la facultad de optar al beneficio de reducción de pena por la devolución libre de todo daño de la víctima también sufrió una serie de cambios. Se estableció con la Ley 9.762 a indicación del Instituto de Ciencias Penales por aplicación análoga del principio contemplado en el artículo 456 como “prudente medida de política criminal” y se mantuvo igual hasta la Ley 19.029. Los cambios introducidos por la ley consistieron en la eliminación de un requisito de orden temporal (“si antes de iniciarse el procedimiento judicial”), la sustitución de la frase “el raptor” por “los partícipes” y la incorporación de una condición para su aplicación, consistente en que no se haya pagado el rescate. Finalmente, la Ley 19.241 trasladó la figura del artículo 142 y lo hizo aplicable al delito de secuestro incorporándolo en el nuevo artículo 142 bis, **eliminó la referencia a las personas a quienes se podía devolver la víctima** y estableció una distinción en la reducción de penas: en dos grados si opera la devolución antes de cumplirse las condiciones exigidas y, en un grado después de cumplidas. Lo anterior con el objeto de resguardar la integridad de la víctima en todo momento”. Cfr.: GUERRERO, Camila. Ob. cit., (nota 2). Págs. 78-82.

- 8 FISCALÍA NACIONAL. División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión (DIVEST). Información proporcionada con fecha 5 de febrero de 2015, en base a los datos arrojados por el Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF).
- 9 MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. 2015. Boletín estadístico anual 2014, p. 22 [en línea]. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2015].

2015, la gran mayoría de las causales aplicadas se debían a términos facultativos (50,9%), al ejercicio de la facultad para no investigar (23,2%), al sobreseimiento definitivo (8,7%) y a la agrupación de la causa a otro caso (8,6%). Esto quiere decir que el 91,4% del total de causas, finalizó por términos facultativos, agrupaciones a otro caso o salidas judiciales distintas de la sentencia definitiva. Así, desde el año 2000 a la fecha, sólo el 6,7% de las causas ingresadas han terminado por sentencia definitiva, correspondientes a 123 casos, de los cuales 34 lo fueron por sentencia absolutoria (1,8%) y 89 por sentencia condenatoria (4,8%).

Entrando más en el detalle de los datos referidos, es posible establecer una cierta tendencia en cuanto a las causales específicas de término más reiteradas en el delito de sustracción de menores. Dentro de un universo de 1.834 casos entre diciembre de 2000 y enero de 2015, el primer lugar lo ocupa el archivo provisional con 621 casos correspondientes al 33,8%; luego la facultad para no iniciar la investigación con 426 casos correspondiente al 23,22% y la decisión de no perseverar con 175 casos, correspondientes al 9,54%. Dichas causales son seguidas por otras salidas judiciales con 165 casos (8,9%), el sobreseimiento definitivo con 161 casos (8,77%), la incompetencia con 145 casos (7,9%) y la sentencia definitiva condenatoria con 89 casos (4,85%). Finalmente, con 34 casos se encuentra la sentencia definitiva absolutoria (1,85%), otras salidas judiciales con 14 casos (0,76%) y el principio de oportunidad propiamente tal con 2 casos (0,10%).

En este orden de cosas, si tuviéramos que hacer un análisis respecto de la tendencia en la generalidad de los delitos, podremos sostener que la sustracción de menores *se aparta de la regla general a nivel nacional*. Así por ejemplo, tomando como referencia el año 2014, de un total de 1.624.698 causas finalizadas en el Ministerio Público, la segunda causa de términos después del archivo provisional correspondió a la sentencia condenatoria

Lo anterior, en contraste con lo que sucedió el mismo año 2014 en relación con el delito de sustracción de menores. De un total de 134 causas finalizadas, después del archivo provisional correspondiente al 31,3% con 42 causas, la segunda y tercera causa de término correspondió al sobreseimiento definitivo con 20 causas y a otras salidas no judiciales con 18 causas, correspondientes al 14,9% y 13,4% respectivamente. Es más, la cuarta causal de término fue la decisión de no perseverar con 15 casos y sólo en quinto lugar se encontró ubicada la sentencia definitiva condenatoria con 12 casos, correspondiente al 8,9% del total general del año 2014, al igual que la facultad para no investigar.

Finalmente, no deja de ser interesante que otra de las particularidades de este delito sea el hecho de tener un *elevado porcentaje de causas terminadas por incompetencia*, por estimarse que su conocimiento correspondía a los Tribunales de Menores (en su tiempo) o de Familia (actualmente). Dicho porcentaje asciende a 7,9% en el total de causas entre diciembre de 2000 y enero de 2015.

Si tomamos como referencia nuevamente el año 2014, esa cifra está muy por encima de lo que ocurre a nivel nacional en las estadísticas del Ministerio Público¹⁰ con respecto a la categoría de delitos contra la libertad e intimidad de las personas, en que el porcentaje de causas que terminaron por incompetencia sólo alcanzó el 0,5% de un total de 203.745 casos.

Todo lo anterior, no hace más que graficar que existen dificultades en la *praxis* penal a la hora de determinar la aplicación de la norma en estudio. Ponemos énfasis en la causal de *incompetencia* para estimar que dentro de las razones que están detrás de la marcada tendencia por aplicar términos facultativos, sobreseimientos definitivos y agrupaciones de casos, se encuentra al problema de enfrentar situaciones en las que los principales sujetos involucrados, son los progenitores, guardadores o familiares cercanos de un menor de edad, ya que de un total de 145 causas terminadas por incompetencias entre el año 2000 y enero de 2015¹¹, en 121 casos el imputado era uno de los progenitores, abuelos o tíos del menor de edad y los hechos tuvieron lugar en contextos de disputa de derechos tutelares. Lo anterior, constituiría un problema dada la característica de *ultima ratio* del Derecho Penal, que lleva a agotar todas las instancias antes de optar por la vía punitiva, especialmente si se toma en consideración que aun cuando este tipo de casos puedan encuadrarse dentro de la figura básica, esto es, que la conducta sea ejecutada sin el móvil de obtener un rescate, sin imponer exigencias ni arrancar decisiones, sin haber resultado grave daño en la persona del menor de edad y sin haberse cometido homicidio, violación o lesiones graves; aun así, la pena asignada al delito en referencia es muy elevada, correspondiéndole al autor del tipo, la sanción de presidio mayor en su grado medio a máximo. Es decir, por el solo hecho de incurrir en la conducta típica, el sujeto activo arriesga una pena en abstracto que va desde diez años y un día a los veinte años, lo que a todas luces podría parecer excesivo para un progenitor que no ha afectado la seguridad del menor de edad como presupuesto de su libertad ambulatoria.

Pese a la dificultad práctica anteriormente expuesta, analizaremos a continuación, si es que es posible que existan situaciones en las que la aplicación de la norma sea justificada en casos que involucren a progenitores e hijos como sujetos del tipo penal sometido a análisis.

II. Marco conceptual

En las líneas que siguen, nos referiremos al bien jurídico protegido por el artículo 142 del Código Penal y analizaremos brevemente la conducta típica,

10 MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. 2015. Boletín estadístico anual 2014, p. 33 [en línea]. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2015].

11 Correspondientes al 7,9%, dentro de un universo de 1.834.

a efectos de clarificar la problemática planteada sobre si los progenitores pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, y ser –en definitiva– considerados sujetos activos del tipo.

1. Bien Jurídico protegido

Precisar lo que debe entenderse por bien jurídico ha sido quizás una de las tareas más difíciles en el ámbito de la ciencia penal¹², existiendo a nivel doctrinal tantas definiciones como autores han tratado el tema¹³. Eso sí, es posible señalar que habría un consenso mínimo¹⁴ de ver al bien jurídico como el punto de encuentro entre injusto y política criminal¹⁵, de tal manera que el Derecho Penal solamente debiera tener por tarea proteger bienes jurídicos y los tipos penales solamente debieran ser interpretados en este sentido¹⁶. Para

-
- 12 Sobre el carácter controvertido del concepto de bien jurídico protegido: Cfr. FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Montevideo, Editorial B de F Ltda., 2004. p. 3: “el debate jurídico-penal no solo reconoce implicancias teóricas, sino también disidencias procedentes de la política criminal y de la propia criminología. Se trata, en suma, de la discusión –nunca cerrada– en torno a la verdadera capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico para el derecho penal”; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 64; ABANTO, Manuel. *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*. *Revista Penal*, N°18, 2006, p. 4 [en línea]. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/283/273> [fecha de consulta: 14 de enero de 2015].
- 13 Dentro de las cuales destacamos –por su influencia en la dogmática penal– la sostenida por ROXIN, que entiende por bien jurídico protegido “todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”. Cfr. ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], p. 5. ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [fecha de consulta: 14 de enero de 2015].
- 14 En contra JAKOBS, quien sostiene que el Derecho Penal no tiene por función la protección de bienes jurídicos, sino garantizar la vigencia de la norma, de tal manera que, partiendo de la base de que las normas son la estructura de la sociedad, para que la sociedad no sólo exista de modo imaginario sino realmente, sus normas han de tener vigencia. Así “*el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación*”. Cfr. JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En: MONTEALEGRE, E. (Coord.) *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 39-56.
- 15 Cfr. HORMAZÁBAL, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. El objeto protegido por la norma penal. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992, p. 169. Para quien “la política penal fundada en la protección de bienes jurídicos constituye una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad, como sujeto participativo en los derechos sociales”; FERNÁNDEZ, Gonzalo. Ob. cit. (nota 12), p. 304.
- 16 Cfr. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean, y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008,

efectos de nuestro análisis, en cuanto al *sustrato material* de la teoría de los bienes jurídicos, entenderemos por tales, “aquellos intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para la convivencia social”¹⁷ y, al referirnos al bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, lo haremos en un *sentido sistemático*, como “el *objeto de protección jurídica* que ha de suponerse en una legislación racional y que, por lo mismo, constituye el punto de partida y la primera pregunta en la indagación acerca del ámbito de aplicación de una determinada figura delictiva”¹⁸.

Se ha planteado que el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores puede ser la libertad individual¹⁹; la seguridad²⁰; la seguridad personal como presupuesto de la libertad ambulatoria²¹; los intereses familiares²²

p. 67. Los autores sostienen: “una visión liberal del derecho penal no puede atribuir a este otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos”; ABANTO, Manuel. Ob. cit. (nota 12), p. 4.

17 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean, y RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit. (nota 16), p. 67.

18 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean, y RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit. (nota 16), p. 70.

19 Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998; LABATUT, Gustavo. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, tomo II, págs. 32-34; BULLEMORE, Vivian. Curso de Derecho Penal. 2ª ed., Santiago, LegalPublishing Chile, 2005, págs. 107 y 111.

20 Cfr. HERMOSILLA, Nurieldin. *Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142*. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1963, p. 12.

21 MATUS, Jean y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters, 2014, tomo I, p. 251.

22 En la doctrina nacional no ha sido posible encontrar partidarios de esta teoría, sin embargo, en el derecho comparado podemos distinguir dos tendencias en este sentido. Aquellos que ponen el foco de atención en los derechos y deberes de familia inherentes a los padres y guardadores del menor, y aquellos que además dan relevancia a los derechos del menor, en concordancia con el derecho internacional en materia de los derechos del niño. Dentro de los primeros podemos señalar a COBO, DÍAZ-SANTOS y CARRARA, mientras que en cuanto a la segunda hipótesis se encuentra LLORIA GARCÍA. Cfr.: COBO, Manuel. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, N°14, 1961, págs. 207-232 [en línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2014], p. 222; DÍAZ-SANTOS, D. 1973. Los delitos contra la familia. Madrid, Editorial Montecorvo; CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá, Librería Editorial Temis Ltda., 1964, Vol. III.; LLORIA, Paz. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, Paz. (Dir.). *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid, Editorial Istel, 2008, págs. 33-76.

o bien que sería un delito pluriofensivo²³. A nuestro entender la tesis que mejor refleja nuestra realidad actual es la tesis de la seguridad del menor de edad como presupuesto de su libertad ambulatoria. Dicha seguridad estaría garantizada por la presencia del menor de edad dentro de un determinado parámetro especial, esto es, una esfera o ámbito establecido para su convivencia, ya sea de manera legal, convencional –producto de un acuerdo completo y suficiente en caso de crisis familiar o divorcio– o judicialmente (resolución emitida por un tribunal de familia).

Esta noción es, a mi juicio, completamente compatible con el planteamiento emitido por los tribunales superiores de justicia, específicamente por la Corte Suprema²⁴ y la Corte de Apelaciones de Valdivia²⁵. Esta última, utilizando la tesis en comento, no ha descartado la posibilidad de que los padres del menor de edad sean sujetos activos del delito de sustracción de menores, aludiendo indirectamente a la esfera o ámbito de convivencia al que me refiero. La diferencia radicaría eso sí en la validez que se ha dado a una u otra forma de determinación judicial de la custodia del menor de edad, ya que en casos de crisis familiares por un lado se ha dado predominancia a quien tiene el cuidado personal del menor de edad por sentencia judicial²⁶ y, por otro lado, a quien tiene la relación directa y regular de sus hijos²⁷. Así, podemos establecer que, adoptándose la tesis de la seguridad individual como presupuesto de la libertad ambulatoria, **es posible llegar a sostener que los progenitores puedan tener la calidad de sujetos activos del tipo, pero sólo tratándose de situaciones en que exista una crisis familiar y dependiendo siempre de las circunstancias del caso**, de modo que serán los hechos los que establecerán esta calidad, en cada caso en particular. Profundizaremos este punto en el apartado III.

2. Conducta típica

A pesar de las diversas modificaciones sufridas por el texto del artículo 142 del Código Penal²⁸, existe un elemento o núcleo central de la figura que se ha

23 Cfr. DONNA, Edgardo. Derecho penal. Parte Especial. Buenos Aires, RubinzalCulzoni Editores, 2001, tomo II-A, p. 215; GARCÍA, O. El delito de sustracción de menores y su configuración [en línea]. *In Dret.* N°2, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf> [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2014].

24 Corte Suprema, 24 de diciembre de 2012, ROL N°7872-2012.

25 Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de julio de 2012, ROL N°262-2012. Considerando 6°.

26 Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de julio de 2012, ROL N°262-2012. Considerando 6°.

27 Corte de Apelaciones de Valdivia, 6 de septiembre de 2012, ROL N°366-2012.

28 Cfr.: GUERRERO, Camila. Ob. cit. (nota 2), págs. 78-82.

mantenido intacto: el verbo rector del delito, consistente en la *sustracción* de un menor de 18 años.

La conducta típica del artículo 142 CP, es la “sustracción”, porque tratándose de un menor de edad el concepto de ‘libertad’ no es el mismo que tratándose de un adulto²⁹. Lo anterior, atendido a que estaríamos frente a un concepto restringido de libertad, que a diferencia de lo que ocurre con el delito de secuestro establecido en el artículo 141, la protección de la libertad aparecería mezclada con la tutela de la seguridad del menor de edad y la lesión de la misma se produciría a través de una particular forma de libertad que sería ejercida por aquellos a los que la ley otorga su protección y cuidado, en lugar y a nombre del menor de edad. Esta sería la razón por la que, pese a regular supuestos similares, el verbo rector difiere tratándose de mayores de edad – secuestro–, respecto de los menores de 18 años –sustracción–.

En cuanto al alcance normativo de la noción de *sustracción*, podemos decir que si bien en doctrina nacional existe un consenso en cuanto a entender que implicaría apartar a un menor de una esfera de vigilancia, existen ciertas diferencias mínimas sobre la determinación de dicha esfera.

Así, para LABATUT³⁰ y BULLEMORE³¹, *sustraer* significa “*apartar al menor de una esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho (padres, guardadores, maestros, niñeras, etc.)*”. En esa misma línea se encuentra ETCHEBERRY, quien sostiene que el término *sustracción* indicaría la idea de quitar al menor de la esfera de cuidado y dependencia en que se encuentra (generalmente la de sus padres y guardadores), y que tratándose de los menores de edad –niños vagos– que no estén en tal dependencia ni jurídicamente ni de hecho, la *sustracción* consistirá en conductas muy parecidas al secuestro: encierro o detención³².

Difiriendo con ETCHEBERRY en este último punto, HERMOSILLA³³ considera que existirían dos tipos de *sustracción*: propia e impropia. La *sustracción propia* consistiría en “separar al menor del ámbito de resguardo y dependencia que le es natural normalmente”, mientras que la *sustracción impropia* consistiría en extraer a menores –niños vagos– que no se encuentran amparados por una protección familiar ni estatal, ya que si bien el contenido material de la acción se asemeja al secuestro (aprehender, retener, encerrar, ocultar, etc.) existiría un “elemento objetivo diferenciador

29 ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. cit. (nota 19), p. 211.

30 LABATUT, Gustavo. Ob. cit. (nota 19), p. 33.

31 BULLEMORE, Vivian. Ob. cit. (nota 19), p. 111.

32 ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. cit. (nota 19), p. 211.

33 HERMOSILLA, Nurieldin. Ob. cit. (nota 20), p. 32.

extratípico” (sic), consistente en la edad del sujeto pasivo. Por su parte, para HERMOSILLA, la acción no implicaría un reemplazo de la autoridad del padre o guardador sobre el menor de edad por la del ofensor, así como tampoco requeriría que el menor de edad se encuentre materialmente en su hogar bajo su resguardo para que la sustracción se configure, ya que se trataría de una condición jurídica –no material– de carácter general y permanente. De esta manera, la figura sería aún aplicable, si el menor de edad se encuentra en la vía pública o si se encuentra perdido camino a su hogar³⁴.

Precisamente sobre este último punto ha fallado la Corte Suprema, en sentencia del 24 de diciembre de 2012³⁵, a propósito de un caso de sustracción de un menor de 16 años que fue sometido a la aplicación de descargas eléctricas en su cuerpo, como venganza por un presunto robo que este habría cometido en el domicilio de una de las imputadas. La defensa señaló que existiría un error de derecho en la sentencia del tribunal *a quo* por tratarse de hechos que se encarnarían en el delito de secuestro y no sustracción de menores, al no haber sido sacado el menor de edad de su esfera de cuidado y dependencia, sino que de la vía pública. La Corte Suprema, desechó la alegación formulada argumentando que a partir de la ubicación sistemática de la norma, existiría un consenso general acerca de los principales bienes jurídicos de la norma, que “*constituirían materializaciones de la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto pasivo, esto es, de poder trasladarse de un lugar a otro, en el que se afecta de manera directa la seguridad como exigencia de la libertad en general, y en especial como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, sin que exista exigencia alguna referida a una determinada esfera de custodia física y personal que deban ejercer los encargados del menor ofendido para configurar dicho ilícito*”³⁶.

GARRIDO MONTT³⁷, por su parte, introduce en su definición dos medios de comisión –al igual que en el secuestro– y sostiene que el comportamiento prohibido consistente en *sustraer* a un menor de edad implica “*sacarlo de la esfera de custodia en que se encuentra, en el entendido que lo perseguido es detenerlo o encerrarlo, privarlo de la libertad de desplazamiento, de la que potencialmente es titular*”³⁸. Dicha noción, señala, debe ser dife-

34 HERMOSILLA, Nurielidín. Ob. cit. (nota 20), p. 33.

35 Corte Suprema, 24 de diciembre de 2012, ROL N°7872-2012.

36 Corte Suprema, 24 de diciembre de 2012, ROL N°7872-2012.

37 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte Especial*. 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 397.

38 Énfasis añadido.

renciada de la acción descrita en los artículos 355³⁹ y 357⁴⁰. En cuanto al primero de ellos, debido a que la sustracción de menores no comprendería la situación de una persona que de hecho tiene a un menor de edad en su poder y se niega a entregarlo a aquella a quien le corresponde legalmente esa custodia. Por otro lado, la conducta debe diferenciarse de la acción descrita en el artículo 357, ya que esta última consiste en inducir a un menor a abandonar la casa de sus padres o guardadores, sin que se le encierre o detenga. Sobre este último punto, LABATUT difiere, ya que la omisión de la ley por hacer referencia a los medios empleados para la comisión del delito, implicaría que puedan serlo cualquiera, *“incluso la inducción a la fuga sin que el raptor participe materialmente en ella”*⁴¹.

Para MATUS y RAMÍREZ⁴², por su parte, el verbo rector sustraer significaría *“sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba, teniendo como primer objeto de protección su seguridad individual y, en segundo plano, su libertad ambulatoria y los derechos de custodia o patria potestad de las personas que lo tienen a su cargo”*.

Finalmente y por tratarse de un delito de escasa ocurrencia, el primer pronunciamiento por parte de los tribunales superiores de justicia del que hemos tenido registro sobre esta materia lo encontramos en la sentencia del 11 de noviembre de 1981 de la Corte de Apelaciones de Santiago⁴³, la que señaló que el término *sustracción* del artículo 142 estaría constituido por la *“separación o apartamiento de un menor de 10 años (hoy 18 años) de la esfera de protección o custodia familiar a que se encontraba sometido”*⁴⁴. Lo anterior, respecto del secuestro de un menor de edad perpetrado por tres sujetos con el propósito de obtener un rescate a cuyo pago se subordinaba el otorgamiento de su libertad.

39 El artículo 355 del Código Penal tipifica el delito de negativa de entrega de un menor en los siguientes términos: “El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio”.

40 El artículo 357 del Código Penal tipifica el delito de inducción al abandono del hogar de la siguiente manera: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

41 LABATUT, Gustavo. Ob. cit. (nota 19), p. 33.

42 MATUS, Jean y RAMÍREZ, Maria Cecilia, 2014, Ob. cit. (nota 21), págs. 252-253.

43 Mientras se encontraba vigente la tipificación del artículo 142 del Código Penal, introducido por la Ley 9.762.

44 Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de noviembre de 1981. En: *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Penales*, 2ª parte, sección 4ª, t. LXXXVIII, p. 258.

Ahora bien, dentro de los casos más recientes, en el año 2012 la Corte de Apelaciones de Valdivia emitió dos pronunciamientos⁴⁵, a partir de la sustracción de dos menores efectuada por uno de los progenitores en compañía de dos sujetos con el objeto de sacarlos del país. Señaló en dichas oportunidades –sin definir lo que debía entenderse por “sustracción”– que el delito previsto y sancionado en el artículo 142 N°2 consistía en “*sustraer a un menor de dieciocho años de un ámbito que la ley ha establecido como necesario para su adecuado desarrollo, a saber, la custodia de sus padres o aquellos que legalmente lo tuvieren a su cuidado*”⁴⁶ (énfasis añadido).

A partir de lo señalado precedentemente, entenderemos por *sustraer*: **apartar o separar a un menor de edad, de la esfera de resguardo a que se encuentra sometido (legal, convencional o judicialmente)**. Resguardo que sería entendido como condición jurídica –no material– de carácter general y permanente (mientras no se establezca jurídicamente lo contrario), comprendiendo de esta manera tanto las hipótesis en que el menor de edad se encuentre transitando solo en la vía pública o en dirección a su hogar, como las hipótesis en las que se encuentra transitoriamente sometido a la custodia de hecho de familiares distintos de los progenitores, niñeras, establecimientos escolares, etc.

III. Problema de los padres como eventuales sujetos activos del tipo

En las líneas que siguen, nos referiremos a los argumentos que se han dado en la doctrina nacional y en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, para negar o admitir la posibilidad de que los progenitores del menor de edad sean considerados sujetos activos del delito para, posteriormente, adoptar una postura al respecto.

1. El problema en la doctrina nacional

En países como Italia, Alemania, España –por ejemplo– la posibilidad de que los progenitores puedan ser sujetos activos del delito es una realidad concreta. Eso sí, respecto de los dos primeros se ha objetado en la doctrina nacional⁴⁷ la posibilidad de compararlos con la realidad chilena, dado que en dichos ordenamientos este delito sólo se sancionaría como atentado contra los derechos tutelares y con una baja penalidad, razón por la cual sería perfectamente admisible que uno de los padres incurra en tal delito⁴⁸. Sin embargo, tratán-

45 Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de julio de 2012, ROL N°262-2012, y Corte de Apelaciones de Valdivia, 17 de diciembre de 2012, ROL N°550-2012.

46 Considerandos 4° y 2° de las sentencias de supra nota 45, respectivamente.

47 ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. cit. (nota 19), p. 212; LABATUT, G. Ob. cit. (nota 19), p. 33.

48 La verdad es que en el caso alemán “si bien está comprendido entre los delitos contra la libertad, se le reconoce por la doctrina su sentido de sustracción del menor ámbito de

dose del caso español, la discusión es más reciente y, a diferencia de Italia y Alemania, comparte raíces históricas con nuestro ordenamiento penal, según ya señalamos⁴⁹. En 1995 el delito perdió sustantividad propia y pasó a ser considerado en España como una forma especialmente agravada del secuestro. Sin embargo, esto habría traído una serie de inconvenientes dado el incremento de casos de sustracción internacional de menores que involucraban a alguno de los progenitores, por lo que se debió incorporar posteriormente un nuevo artículo 225 bis a su Código Penal, para regular de manera especial y con una pena reducida, el delito de sustracción parental de menores de edad, contemplando como agravante la sustracción internacional de los mismos⁵⁰.

En Chile, en cambio, la postura mayoritaria de la doctrina se ha inclinado por desechar la posibilidad de que los padres puedan ser sujetos activos del delito de sustracción de menores. Para LABATUT⁵¹, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, este delito “constituye un gravísimo atentado contra la libertad personal”, por lo que “la consideración del bien jurídicamente protegido, hace que no queden comprendidas en el art. 142 del Código Penal las sustracciones cuya finalidad es hacer perder al menor su estado civil”.

La crítica de LABATUT parte de la base que siempre que un padre sustraiga a su hijo, será para hacerle perder su estado civil, lo que no es del todo cierto. La Corte Suprema en el año 2013 a propósito de la sentencia del caso Paul Schäfer⁵², emitió un pronunciamiento acerca de terceros que contrataron a un padre, que no tenía contacto frecuente con su hijo, para que los acompañara mientras estos arrancaban con su hijo eludiendo a la justicia por las investigaciones sobre abuso sexual que se dirigían en contra de Paul Schäfer⁵³. Claramente en este caso, la finalidad del padre no es la de hacer perder al hijo su estado civil, sino más bien de carácter económico: la obtención de dinero a cambio de facilitar la conducta típica.

protección de sus custodios legales”. Cfr.: MATUS, Jean y RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit. (nota 21), p. 251.

49 ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873 (reimpresión 2013), p. 63.

50 A partir de dicha tipificación expresa, la doctrina española se ha abocado a la tarea de clarificar y delimitar el concepto de sustracción parental de menores (que ha recibido otras denominaciones tales como: traslado ilícito de menores, detención ilegal de menores, *enlevement*, *legal kidnapping*, *abduction*, etc.), siendo definido por LLORIA como “la conducta del progenitor que, ostentando o no la custodia, sustrae físicamente al hijo del ámbito de relación familiar, trasladándolo de su lugar de residencia dentro o fuera del país donde habitualmente vive el menor con la finalidad de impedir o dificultar gravemente la relación entre el hijo y el otro progenitor”. Cfr. LLORIA, P. Ob. cit. (nota 22), p. 23.

51 LABATUT, Gustavo. Ob. cit. (nota 19), págs. 33-34.

52 Corte Suprema, 25 de enero de 2013, ROL 3579-2011.

53 Corte Suprema, 25 de enero de 2013, ROL 3579-2011. Considerandos 36 y 48.

ETCHEBERRY⁵⁴, por su parte, da dos argumentos para descartar la sustracción parental en nuestro ordenamiento jurídico penal: (1) lo elevado de la penalidad del art. 142 del Código Penal, al ser concebido en nuestra legislación dentro de la tradición española del *robo de niños*, en que la seguridad personal del menor de edad y su situación en la sociedad quedan expuestas a gravísimo peligro, lo que de ordinario no ocurriría cuando el sujeto es uno de los padres y; (2) el hecho que se señale como circunstancia atenuante del delito la de devolver al menor de edad *a sus padres*, lo que parecería indicar que en concepto del legislador este delito no puede tener como sujeto activo a uno de los padres, ya que la atenuante no se restringiría a aquel de los padres que tenga encomendado el cuidado de la persona del menor de edad, sino que comprendería la entrega a cualquiera de ellos. Para el autor, finalmente, “la conducta de aquel de los padres que sustraiga al menor de edad del cuidado del otro podrá ser inculpada, concurriendo las circunstancias del caso, a título de desacato o de alguno de los atentados contra el estado civil de las personas”⁵⁵.

En cuanto a la elevada penalidad, cabe señalar que para la fecha en que el autor realizó esta observación (en el año 1998), aun se encontraba vigente la pena de muerte para una de las agravantes del tipo, lo que dejó de ser así recién el 5 de junio del año 2001 con la reforma introducida por la Ley 19.734⁵⁶. La figura hiperagravada del delito de sustracción de menores dejó de tener la pena de “presidio mayor en su grado máximo a muerte” y pasó a tener la de “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”, por la modificación del inciso final del artículo 141 al que se remite el actual inciso final del artículo 142. Sin embargo, no deja de ser cierto que la figura básica del delito aún mantiene una pena en abstracto elevadísima que va desde los 15 años y un día a los 20 años.

Otra de las observaciones que se pueden hacer a la opinión del autor, dice relación con el actual tenor literal del beneficio de reducción de pena que contempla la ley para cuando el autor devuelve a su víctima libre de todo daño. Dicho beneficio se encontraba tipificado en el inciso final del artículo 142 CP, en cuya norma se establecía que la devolución debía hacerse “a los padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad”. Sin embargo, el 28 de agosto de 1993 la Ley 19.241 introdujo un nuevo artículo 142 bis en el que se regula la devolución libre de todo daño tanto para el secuestro como para la sustracción de menores pero sin contemplar a quienes debía realizarse esta devolución. De hecho, si se analiza la historia de la tramitación legislativa

54 ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. cit. (nota 19), p. 212.

55 *Ibid.* p. 212.

56 Ley 17.734, que deroga la pena de muerte. “Artículo 1 N°15.- 15. En el inciso quinto del artículo 141, artículo 390 y numeral 1° del artículo 433, sustituyese la expresión “a muerte” por “a presidio perpetuo calificado”.

de la referida ley, en la sesión N°25 del 10 de agosto de 1993⁵⁷ de la Cámara de Diputados, el diputado BOSSELIN señaló que como la norma no establecía a quienes debía hacerse la devolución “la correcta inteligencia de la misma hace pensar que la devolución podrá hacerse tanto a la autoridad como a los familiares, a los encargados o a cualquiera otra persona, entidad o institución que reciba a la persona para reincorporarla al orden jurídico normal”⁵⁸ (énfasis añadido). Lo anterior, deja entrever que el argumento de texto referido a la devolución de los padres para negar la sustracción parental, carece de pertinencia en la actualidad.

GARRIDO MONTT⁵⁹ por su parte, no se refiere directamente al tema, es más, considera que se trata de un tipo penal abierto en relación con el actor: “el legislador no hizo exigencias respecto del sujeto activo, no requiere tener características especiales”. Sin embargo, consideró útil tener en cuenta la preferencia del artículo 148 del Código Penal sobre detención ilegal⁶⁰, cuando sea un funcionario público quien realice la conducta punible durante el ejercicio de sus funciones.

Finalmente MATUS y RAMÍREZ⁶¹, han señalado que el sujeto activo puede ser cualquiera, menos quien tenga a su cargo la seguridad del menor de edad. Así, en opinión de los autores, ni los padres ni los tutores o guardadores pueden cometer este delito. Las razones que dan al respecto pueden sistematizarse de la siguiente manera: (1) que en nuestro ordenamiento no se afectaría con la sustracción de menores los derechos tutelares, por lo que debe averiguarse si la persona que toma al menor de edad es de aquellas que por ley están a su cargo; (2) que nuestra ley ya contempla un delito especial y privilegiado para el guardador que incumple su deber de entregar al menor de edad a quien la ley le otorga preferencia, consistente en el delito de negativa de entrega de un menor del artículo 355 CP, que excluiría la aplicación del artículo 142 CP y, finalmente; (3) que no sería obstáculo a la anterior conclusión el hecho de que Chile haya suscrito el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, ya que su propósito no sería penalizar el

57 Cámara de Diputados. Sesión N°25. Ordinaria, del 10 de agosto de 1993, págs. 2437-2440 [en línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/14633 [fecha de consulta: 25 de febrero de 2015].

58 Cámara de Diputados. Sesión N°25. Ordinaria, del 10 de agosto de 1993, p. 2440 [en línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/14633 [fecha de consulta: 25 de febrero de 2015].

59 GARRIDO, Mario. 2005. Ob. cit. (nota 37), p. 398.

60 El artículo 148 del Código Penal establece: “Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios. (sic)
Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos”.

61 MATUS, Jean y RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit. (nota 21), p. 251.

traslado ilícito de menores de un Estado a otro, sino asegurar el ejercicio de los derechos conferidos a los padres en el ámbito civil.

Concordamos con los autores sobre este último punto referido a la diferencia de propósitos que existen entre el art.142 CP y la Convención⁶², así como también con el primero. El sujeto activo efectivamente puede ser cualquier persona menos quien lo tenga a su cargo. Sin embargo, si bien concordamos con que en el caso de los guardadores el actor incurriría en el delito de negativa de entrega del menor del artículo 355 CP y no sustracción del mismo, sostenemos que no debe asumirse *per se* la atipicidad de la conducta o su reconducción al artículo 355 CP en todos los casos en que el actor sea uno de los progenitores. La generalización en este tipo de delitos puede producir efectos indeseados y perfectamente pueden darse situaciones en las que un progenitor que abandonó a su pareja y a su hijo siendo bebé, regrese años más tarde con el objeto de sustraer al menor de edad, pero motivado por razones distintas a la infracción a los derechos tutelares, ya que no cuenta con ningún tipo de vínculo afectivo⁶³. Pero además, pueden darse situaciones de violencia intrafamiliar constitutivas de delito, en que un sujeto que cuenta con orden de alejamiento de sus hijos, incurra en la conducta típica, por afectarse directamente la seguridad individual y la libertad ambulatoria del menor de edad.

De lo señalado precedentemente, podemos decir que la mayoría de la doctrina –que se ha referido al tema a nivel nacional–, ha optado por rechazar la posibilidad de considerar la sustracción parental. Sin embargo, hemos hecho notar que muchos de los argumentos que se han dado al respecto están siendo actualmente superados, no sólo por las constantes modificaciones del tipo, sino que también por el surgimiento de casos que requieren una perspectiva más amplia respecto del tema.

2. El problema en la jurisprudencia nacional

Pese a la negativa tajante de la doctrina nacional, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido vacilante, inclinándose últimamente por *aceptar* la posibilidad de que los progenitores puedan ser sujetos activos del delito de sustracción de menores. De hecho, es posible identificar tres tendencias al respecto:

- que los padres del menor de edad pueden ser sujetos activos siempre;

62 Sobre la relación entre el artículo 142 del Código Penal y la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, así como el tratamiento jurisprudencial del Convenio en Chile, Cfr.: GUERRERO, Camila. 2015. Ob. cit. (nota 2), Capítulo IV: págs. 219-236.

63 Caso Paul Schäfer, a propósito de Á.S. y su padre, P.S. Cfr.: Corte Suprema, 25 enero 2013, ROL 3579-2011.

- que el progenitor que no tiene el cuidado personal puede ser sujeto activo y;
- que los progenitores podrán ser sujetos activos dependiendo de las circunstancias del caso.

2.1. Admisibilidad plena

Existen dos casos emblemáticos en que los tribunales han aceptado la posibilidad de que los padres del menor de edad pueden ser sujetos activos, sin condiciones. El primero de ellos porque marcó la pauta acerca de la nueva interpretación literal del actual artículo 142 del Código Penal (siendo citada en resoluciones posteriores) y, el segundo, porque se trató de un caso en que un menor de edad fue sustraído por su padre previo pago por parte de terceros, en el marco de una operación destinada a evadir la justicia frente a las acusaciones que enfrentaban, por abusos sexuales reiterados cometidos contra menores de edad.

La Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia del 23 de diciembre de 2008⁶⁴ fue la primera en pronunciarse a favor de considerar a los progenitores como sujetos activos del tipo. Se trató del caso de una lactante de 15 días que fue retirada intempestivamente por su padre desde el Hospital en que se encontraba, saltando por la ventana con la lactante y ocasionándole hematomas en sus brazos⁶⁵. La defensa del acusado, argumentó que éste no podría tener la calidad de sujeto activo en el delito imputado, por encontrarse probado que era el padre de la menor y que por lo tanto su actuar sería atípico. La Corte, sin embargo, confirmó la decisión de condenar al imputado por el delito de sustracción de menores emanada del Juzgado de Letras y Garantía de Carahue⁶⁶, en base a dos argumentos relativos al tenor literal de la norma y al principio de tipicidad.

En cuanto al primer argumento, la Corte se refirió a las modificaciones sufridas por el artículo 142 del Código Penal a partir de la Ley 19.241 del 28 de agosto de 1993⁶⁷. Señaló que previo a su modificación, la referida norma con-

64 Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de diciembre de 2008, ROL N°1192-2008.

65 Esta sentencia ha sido además objeto de análisis por parte de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional, precisamente por el alcance que le da a la tipificación actual de los artículos 142 y 142 bis del Código Penal. Cfr. SAN MARTÍN, María Angélica. “Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres”. En: *Revista jurídica del Ministerio Público*, N°37, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, págs. 272-277.

66 Juzgado de letras y Garantía de Carahue, 17 de noviembre de 2008, RUC N°0700978576-5.

67 Para más detalle sobre las modificaciones introducidas por la referida ley: Cfr. GUERRERO, Camila. Ob. cit. (nota 2), págs. 56-66.

templaba como atenuante especial en su inciso final, un beneficio de reducción de pena para el caso en que operara la devolución del menor de edad de manera voluntaria y libre de todo daño, “a sus padres, familiares o a la autoridad señalada”. Dicha circunstancia constituía un argumento de texto para sostener que en virtud de tal atenuante los padres no podían revestir la calidad de sujeto activo. Sin embargo, señaló que “el actual artículo 142 del Código Penal, constituye en cuanto a la persona que puede revestir la calidad de autor, un tipo penal abierto, que ya no está restringido a ciertas o determinadas personas”⁶⁸. Lo anterior, debido a que dicho beneficio pasó a estar regulado por el artículo 142 bis del Código Penal, haciéndose aplicable tanto al delito de secuestro como al de sustracción de menores, eliminándose la referencia a quienes debía ser devuelta la víctima.

En segundo lugar, la Corte se refirió al principio de tipicidad, en virtud del cual los actos de las personas para que puedan ser sancionados con una pena, debían estar descritos por una ley penal. Estimó que “cuando el legislador ha querido restringir su comisión a determinados sujetos o que éstos revisitan ciertas calidades, lo ha dicho expresamente”⁶⁹ y señaló tres casos en que el Código Penal había establecido que los delitos debían ser cometidos por determinados sujetos activos: los padres legítimos o ilegítimos o las personas que tuvieren al niño bajo su cuidado (347 CP), el que se halla encargado de la persona del menor (355 CP) y el que tiene a su cargo la crianza o educación de un menor (357 CP), razón por la cual resultaba inocuo para la resolución del recurso de autos, si el imputado tenía o no la calidad de padre de la víctima.

Pero además es interesante analizar el voto disidente de la sentencia en comento, ya que si bien estuvo en contra de lo razonado por la mayoría, por estimar que debía absolverse al imputado, señaló que no se configuraría el tipo legal por no atentarse el bien jurídico protegido consistente en la libertad o seguridad del menor de edad ya que el padre sólo habría ejercido sus derechos tutelares al sacar a su hija por estimar que el tratamiento hospitalario le generaba sufrimiento. Sin embargo, señaló igualmente que “el texto del tipo legal al decir solo ‘la sustracción de un menor’, no da indicio alguno de quienes pueden ser los autores”⁷⁰, dejando entrever que, si se tratara de un caso en que un progenitor, sin pretender ejercer sus derechos tutelares sobre el menor de edad, atenta contra el bien jurídico protegido por 142 CP, sería plenamente factible considerarlo como sujeto activo del tipo.

68 Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de diciembre de 2008, ROL N°1192-2008. Considerando 6°.

69 Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de diciembre de 2008, ROL N°1192-2008. Considerando 7°.

70 Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de diciembre de 2008, ROL N°1192-2008. Considerando 2° del voto disidente.

Si bien *–a priori–* podría pensarse que no es posible encontrar un caso con tales características o que correspondería más bien a situaciones de laboratorio, lo cierto es que a propósito del caso de Paul Schäfer *–al cual nos hemos referido previamente–* la Corte Suprema condenó a un padre como autor del delito de sustracción de menores en sentencia del 25 de enero de 2013⁷¹.

A raíz de las diversas denuncias e investigaciones iniciadas en su contra sobre abusos sexuales reiterados, cometidos en contra de los menores de edad que asistían al denominado “internado intensivo de Villa Baviera”, los colaboradores cercanos de Schäfer sacaron a uno de los niños subrepticamente de Villa Baviera momentos antes que se efectuara un allanamiento a ese predio. Dicha acción se habría llevado a cabo con el objeto de alejarlo y esconderlo de la policía que lo buscaba por orden del tribunal, habiéndose demostrado, además, que fue llevado a diferentes ciudades del país por un grupo de personas dirigidas por miembros de la ex Colonia Dignidad, quienes dispusieron de su vida por un tiempo aproximado de dos años, llevándolo al sur para después trasladarlo hasta la Quinta Región, donde permaneció por varios meses oculto en un domicilio particular. Dentro de ese grupo de personas se encontraba su padre, quien no lo tenía a su cargo, puesto que se encontraba separado de su madre desde hace varios años.

Según consta en los hechos de la causa⁷², el padre habría sido reclutado en el año 1997 por miembros de Villa Baviera para evitar la entrega del menor de edad a su madre que estaba requiriéndolo desde febrero del año 1997, ofreciéndole un pago mensual de \$200.000 pesos, para lo cual simulaban un contrato laboral. Al cabo de un año, el padre se separó del grupo y dejó a su hijo a merced de los colonos alemanes, quienes posteriormente entregaron al menor a un Juzgado de Menores de Santiago luego de dos años de desaparición.

Si bien se había condenado en primera instancia al padre como colaborador⁷³ de Paul Schäfer, por la conducta realizada en contra de su hijo, la Corte Suprema estimó que siendo la sustracción de menores un delito de carácter *permanente*⁷⁴, todos aquellos que intervinieron luego del retiro del menor de edad también aportaron a la ejecución material del hecho *–inclusive el padre–* existiendo un evidente dolo común de sustraer al menor de edad de la esfera de protección de sus padres o de la autoridad por causa de su condición de víctima y de ser testigo de los hechos que se investigaban. Por lo anterior, todos ellos debían ser responsabilizados en su calidad de autores por contribuir a mantener y prolongar la situación delictiva en las distintas etapas del

71 Corte Suprema, 25 de enero de 2013, ROL N°3579-2011.

72 Corte Suprema, 25 de enero de 2013, ROL N°3579-2011. Considerandos 36° y 48°.

73 Ministro en visita extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Talca, 16 de noviembre de 2004, ROL N°53.015-1996.

74 Corte Suprema, 25 de enero de 2013, ROL N°3579-2011. Considerando 49°.

delito. Es más, luego de condenar al padre junto al resto del grupo en calidad de autores del delito de sustracción de menores, la Corte Suprema estimó que a este le afectaba además “la agravante del artículo 13 del Código Penal⁷⁵; pues, la naturaleza, antecedentes del delito y el peligro para el menor de edad sustraído, su propio hijo”, la hacían procedente⁷⁶.

En definitiva, es posible sostener que mediante la sustracción de un menor de edad por alguno de sus progenitores se pueda efectivamente lesionar el bien jurídico protegido por la norma. De hecho en el caso referido, la Corte Suprema ni siquiera cuestionó dicha afectación así como tampoco se cuestionó la posibilidad de considerar o no al padre –quien facilitó, cooperó y se vio beneficiado económicamente con la ejecución del ilícito– como sujeto activo del tipo, procediendo a recalificar al imputado como autor por el artículo 142 del Código Penal.

2.2. Admisibilidad parcial

Existen a su vez, casos en que la Corte no niega tajantemente la posibilidad de considerar a los progenitores como sujetos activos del tipo, sino que condiciona su aplicación a la circunstancia de detentar o no alguno de los derechos tutelares de los progenitores sobre sus hijos. En el sentido referido, hemos identificado un fallo en que la Corte de Apelaciones de Valdivia⁷⁷ sostuvo con fecha 7 de julio de 2012, que el padre de dos menores de edad, y que no tenía el cuidado personal sobre los mismos, habría cometido el delito de sustracción menores sobre sus hijos por concurrir los supuestos de la conducta típica. El caso se trataba a dos menores que habrían sido sacados por su padre de nacionalidad brasileña, en compañía de una mujer contratada por este para encargarse del cuidado de los niños mientras duraba el viaje a Brasil. Todo lo anterior, con el objeto de abandonar el país, mientras se encontraba pendiente una audiencia para discutir la demanda declarativa de tuición y solicitud de patria potestad efectuada por la madre ante un Tribunal de Familia⁷⁸.

75 El artículo 13 del Código Penal establece: “Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito: Ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor”.

76 Corte Suprema, 25 de enero de 2013, ROL N°3579-2011. Considerando 58°.

77 Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de julio de 2012, ROL N°262-2012.

78 En cuanto a los hechos, se trataba de una ciudadana chilena que contrajo matrimonio en Chile con una persona de nacionalidad brasilera y que de esta unión habrían nacido dos hijos. En el mes de abril de 2010 la familia se trasladó a vivir a Brasil, pero en el mes de septiembre del mismo año el matrimonio se separó de hecho. La madre regresó a Chile con sus hijos e interpuso en el Juzgado de Familia de Valdivia una demanda declarativa de tuición y solicitó la patria potestad de sus menores, fijándose una audiencia para fines de 2010. En dicha oportunidad, se concedió al padre un régimen provisorio de relación directa y regular con sus hijos, sin que pudiera sacarlos del domicilio de la madre. Durante su visita, el padre se habría llevado a los menores, que se encontraban al cuidado

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia pronunciada en juicio abreviado, optó por absolver a la imputada por considerar que no estaba concertada para la ejecución del hecho relativo a la sustracción y no se habría afectado en los hechos la seguridad de los menores de edad, ya que la imputada fue contratada precisamente para cuidarlos. Sostuvo además, en el considerando sexto de la sentencia, que el bien jurídico protegido por la norma era la libertad del menor de edad en pro de su seguridad y que, dicha consideración implicaba que fuera relevante que uno de los padres haya sido quien cometió la acción típica “pues de ser así no se estaría, en rigor, trasladando al menor de edad desde el lugar que la ley definió como indispensable para su seguridad, consistente precisamente, en el cuidado de sus padres”. Es decir, sobre este punto pareciera ser que la Corte estaría negando la posibilidad de que los padres puedan ser sujetos activos del tipo. No obstante, y pese a que la imputada en la causa era la mujer contratada por el padre, la Corte emitió opiniones acerca de la participación del padre como autor del delito de sustracción de menores, sosteniendo que un aspecto esencial del caso decía relación con el cuidado personal, conferido por sentencia judicial a la madre. De esta manera, se habría limitado a la madre el ámbito de libertad en que el niño podía desarrollarse, excluyéndose al padre, sin perjuicio de la relación directa y regular fijada, que por definición, no le permitía hacerse del cuidado exclusivo de los menores. Así, “al obrar de este modo, el padre trasladó a los niños desde un ámbito en que la ley les aseguraba su seguridad y mediante ella, (su) libertad, infringiendo con ello el tipo penal”⁷⁹.

La Corte en definitiva, realizó en esta sentencia una distinción que no se había hecho previamente. Estimó que, dentro de los derechos tutelares, el cuidado personal jugaba un rol fundamental a la hora de determinar el sujeto que legalmente tiene a su cargo al menor de edad. De tal manera que, si se considera que el sujeto activo del delito de sustracción de menores puede ser cualquier persona, menos quien tiene a su cargo el menor de edad e interpretando que tener a cargo un menor de edad significa tener el cuidado personal, podría sostenerse que el progenitor que no tiene el cuidado personal, puede ser susceptible de ser sujeto activo, siempre y cuando se afecte además el bien jurídico protegido consistente en la seguridad del menor de edad en pro de su libertad.

de una niñera, con el objeto de refugiarse en la embajada brasileña y posteriormente salir del país. Para llevar a cabo su cometido, el sujeto habría contratado previamente a dos personas, quienes le ayudaron a realizar la sustracción: un ciudadano norteamericano, dueño de una empresa dedicada al rescate de personas, y una mujer que se encargaría de cuidar a los niños mientras duraba el viaje. Tanto el padre como la mujer fueron detenidos en el norte de Chile, mientras intentaban salir del país en forma clandestina.

79 Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de julio de 2012, ROL N°262-2012. Considerando 6°.

Esta interpretación en mi opinión, merece algunos reparos. Sostenemos que en casos como el referido, lo correcto sería reconducir la conducta típica al artículo 355 del Código Penal. Si la acción es realizada por el progenitor que no tiene cuidado personal pero sí tiene relación directa y regular con el menor de edad (derecho a visitarlos) es precisamente porque así se le da concedido de común acuerdo o por resolución judicial, de tal manera que si se le ha sido entregado el menor de edad por aquel que lo tiene a su cargo (su madre por ejemplo), la negación de entrega por aquel que en uso de su derecho a visita se lleva al menor de edad (como efectivamente ocurrió en el caso), no se adecúa al tipo penal de la sustracción de menores por darse los supuestos de concurrencia del delito de negativa de entrega de un menor del artículo 355 CP. Volveremos sobre este punto más adelante.

2.3. Admisibilidad circunstancial

Finalmente, los tribunales superiores de justicia se han referido a la posibilidad de que los progenitores puedan ser sujetos activos del delito del 142 CP, pero atendidas las circunstancias o factores que rodean el caso y sin regirse por una regla general sobre ejercicio legítimo de derechos adquiridos del cuidado personal. En este sentido, hemos identificado dos sentencias que fueron dictadas por la Corte de Apelaciones de Valdivia en el año 2012, eso sí, ambas de carácter absolutorio.

La primera de ellas, dice relación con el pronunciamiento emitido el 6 de septiembre de 2012⁸⁰ sobre el sujeto de nacionalidad brasileña imputado por la sustracción de sus dos hijas al que nos acabamos de referir en el apartado anterior. En contra de lo establecido dos meses antes por la misma Corte de Apelaciones⁸¹, se estimó que si bien el artículo 142 del Código Penal no excluía expresamente la posibilidad de que un padre pueda tener la calidad de sujeto activo, recalcó que serían los hechos los que establecerían dicha calidad en cada caso particular.

De esta manera, apartándose de la línea argumentativa que destacó la importancia del titular del cuidado personal, puso énfasis de la relación directa y regular del imputado con sus hijos y en la patria potestad. Sostuvo en definitiva que *“en este caso, la esfera de libertad y seguridad de los menores que busca proteger la ley penal y cuya vulneración tipifica el delito en análisis, no excluía de este ámbito al padre y acusado de la causa, quien mantenía vigente sus derechos, aun cuando el cuidado lo tuviera la madre”*⁸², para arribar a dicha conclusión, la Corte tuvo especialmente en consideración que a la fecha de ocurrir el hecho

80 Corte de Apelaciones de Valdivia, 6 de septiembre de 2012, ROL N°366-2012.

81 Que absolvió a la mujer contratada por el padre en procedimiento abreviado.

82 Corte de Apelaciones de Valdivia, 6 de septiembre de 2012, ROL N°366-2012. Considerando 5°.

investigado, aún no se encontraba discutida la tuición y patria potestad de los menores, ya que el imputado sustrajo a los menores de edad antes de la fecha de la audiencia en que se discutiría precisamente la titularidad de dicho derecho. En consecuencia, en opinión de la Corte y dadas las circunstancias del caso, el padre no estaba privado de la esfera de protección de los menores, sin perjuicio de corresponderle a la madre el cuidado personal de los mismos, atendida la separación de los padres⁸³.

El razonamiento de la Corte se dirigió entonces a considerar que dentro de los derechos tutelares, lo que marcaría la diferencia para sostener que un padre se encuentra privado de la esfera de protección de un menor de edad, ya no sería el no tener el cuidado personal en sí, sino la carencia total y absoluta de derechos tutelares, como la relación directa y regular y la patria potestad. De tal manera, que teniendo alguno de ellos o encontrándose pendiente la audiencia en que se definiría su titularidad, el sujeto no podría incurrir en la conducta típica.

Ahora bien, en otra sentencia absolutoria pronunciada el 17 de diciembre de 2012⁸⁴, la Corte rechazó la posibilidad de considerar a un progenitor con antecedentes de violencia intrafamiliar (constitutiva de delito), como sujeto activo del artículo 142 CP, por estimar que –según las circunstancias del caso– no se había afectado el bien jurídico protegido.

El Ministerio Público había recurrido de nulidad en contra de la sentencia absolutoria de fecha 24 de octubre de 2012, pronunciada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Valdivia⁸⁵, señalando que el padre podía ser sujeto activo del tipo dado que el artículo 142 N°2 CP no distinguía y que la sentencia *a quo* habría exigido una calidad que el legislador no establece actualmente. Argumentó que abonaba a lo anterior, el hecho de la afectación del bien jurídico protegido, específicamente en lo referido a la

83 Los hechos del caso tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.068 que introdujo modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en el caso de que sus padres vivan separados y que modificó, entre otras cosas, los criterios de cuidado personal eliminando el criterio conocido en doctrina como “regla supletoria legal de atribución automática a la madre”, es decir, que si los padres vivían separados (supuesto de hecho determinado), tocaba a la madre el cuidado personal de los hijos menores (regla de atribución automática y determinada). Cfr. RODRIGUEZ, M. “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia”. *Revista Chilena de Derecho*, N°36(3), Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, págs. 545-586.

84 Corte de Apelaciones de Valdivia, 17 de diciembre de 2012, ROL N°550-2012.

85 Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, 24 de octubre de 2012, RUC N°1101343690-K, RIT N°91-2912.

seguridad de la menor de edad, en base a las siguientes razones⁸⁶: (1) los antecedentes penales del padre por delitos cometidos en contextos de violencia intrafamiliar y alcoholismo; (2) las medidas de protección dispuestas a raíz de lo anterior por un Tribunal de Familia, consistentes en la permanencia de la menor en un Hogar y la prohibición del padre de acercarse a la madre y a sus hijos por un período de tres meses; (3) el hecho de que el acusado no tenía relación directa y regular con su hija, sino que por el contrario, la custodia de ésta estaba entregada al Hogar, autorizándose las visitas de la madre pero no del padre; y, (4) los síntomas de estrés postraumático que habría presentado la menor de edad, asociado a la forma de comisión de la sustracción, al haber sido sacada desde el Hogar contra su voluntad y de manera violenta, afectando su vida e integridad física y psicológica.

La Corte de Apelaciones, sin embargo, en un escueto fallo estimó que no se daban los supuestos del tipo, por no afectarse el bien jurídico protegido de la seguridad de la menor de edad como presupuesto de su libertad ambulatoria. Lo anterior, por no desprenderse del caso –de las circunstancias del caso– la existencia de algún peligro o lesión al que se hubiere sometido a la menor de edad, sino que por el contrario, *“su conducta estuvo motivada por un sentimiento paternal, esto es, lograr recuperar para el seno familiar a su hija, con la cual mantenía una relación afectiva y ausente de violencia intrafamiliar hacia ella”*⁸⁷.

Lo interesante de este razonamiento es que a diferencia del fallo previamente comentado, estamos frente a un sujeto que carece totalmente de derechos tutelares, por encontrarse estos restringidos por sentencia judicial. Producto de la situación de violencia intrafamiliar en que vivía, el cuidado personal de la menor de edad se encontraba entregado a un Hogar, mientras que la relación directa y regular sólo se habría concedido respecto de la madre y no del padre. Así, a pesar de encontrarse fuera de la esfera de protección de la menor, a pesar de los antecedentes del padre por violencia intrafamiliar reiterada (constitutiva de delito), a pesar de sus antecedentes por alcoholismo y de haberse decretado una orden de alejamiento respecto de la menor por un tribunal de justicia, la Corte sostuvo que el hecho de sacar a una menor de su esfera de protección, resultando lesionada, no es constitutiva del delito de sustracción de menores, por el sentimiento paternal con que habría obrado el sujeto. Sentimiento que excluiría la aplicación de una norma que no requiere de móviles para que opere su figura básica, sino que opera por el solo hecho de incurrirse en la conducta descrita.

86 Corte de Apelaciones de Valdivia, 17 de diciembre de 2012, ROL N°550-2012. Considerando 1°.

87 Corte de Apelaciones de Valdivia, 17 de diciembre de 2012, ROL N°550-2012. Considerando 3°.

Lo anterior me parece a lo menos discutible. Estimamos que en el caso en análisis no es posible reconducir la conducta al 355 del Código Penal, por no existir delegación voluntaria por quien tiene al menor a su cargo (de hecho, el sujeto tenía una orden de alejamiento vigente respecto de la menor), por lo que podría resultar procedente el delito de sustracción de menores, dados los antecedentes de violencia del sujeto activo y dada la forma de comisión de la conducta típica, que habría afectado la seguridad física de la menor y podría afectar su bienestar psicológico.

En consecuencia, podemos establecer que los tribunales de justicia, a diferencia de la doctrina nacional, han emitido pronunciamientos que admiten y rechazan la sustracción parental. Dentro de los casos en que la han admitido, existen sentencias absolutorias al respecto y condenatorias, pero ya no en base a la atipicidad, por la argumentación de la devolución libre de todo daño, sino que dependiendo de las circunstancias de cada caso, privilegiando algunas veces ciertos derechos tutelares sobre otros, o bien, privilegiando el móvil que estuvo detrás del progenitor al momento de realizar la conducta típica.

3. Toma de postura

Llegados a este punto cabe hacernos cargo de la pregunta de rigor objeto del presente artículo: ¿pueden los padres de un/a menor de edad ser sujetos activos del delito de sustracción de menores tipificado en el artículo 142 del Código Penal?

Hay que distinguir.

Sostenemos que el progenitor puede (eventualmente) ser sujeto activo del 142 CP pero esto dependerá siempre de la ponderación de las circunstancias de cada caso que efectúen los tribunales de justicia. Lo anterior por las siguientes razones:

- 1) La última modificación del artículo 142 CP⁸⁸ que eliminó el beneficio de reducción de pena por la devolución del menor libre de todo daño a sus padres, pasando éste a quedar regulado en el artículo 142 bis CP, en donde no contempla a quienes debe realizarse dicha devolución;
- 2) La nueva interpretación literal de la norma que han venido desarrollando los tribunales superiores de justicia, en cuanto a que el artículo 142 contemplaría un tipo penal abierto respecto de los sujetos activos, ya que por el principio de tipicidad, cuando el legislador ha querido restringir su aplicación a ciertos sujetos lo ha señalado de manera expresa;

88 Chile, Ley 19.241, que modificó el Código Penal y la ley que sanciona conductas terroristas, en lo relativo al secuestro de personas y sustracción de menores. Diario Oficial del 28 de agosto 1993.

- 3) Porque sin apartarnos del criterio de la seguridad individual y la libertad ambulatoria como bien jurídico protegido por el tipo, es posible que un progenitor incurra en la conducta típica descrita por el artículo 142 del Código Penal, específicamente por la afectación de la seguridad del menor de edad. Así por ejemplo:
- Se puede vulnerar la seguridad del menor de edad cuando uno de los progenitores con antecedentes de violencia intrafamiliar constitutiva de delito hacia el menor, sin detentar el cuidado personal, la relación directa y regular y la patria potestad del mismo y teniendo vigente en su contra las medidas accesorias de obligación de abandonar el lugar de residencia y/o de prohibición de acercarse al menor⁸⁹, lo sustrae de quien lo tiene legalmente a su cargo, pretendiendo alterar una situación de derecho por vía de hecho. Lo anterior, porque precisamente la seguridad física y psicológica del menor peligrará a su cargo y porque no ha existido delegación por quien lo tiene a su cargo (excluyendo la eventual aplicación del artículo 355 del Código Penal).
 - Se puede también vulnerar la seguridad del menor de edad cuando el progenitor que se encuentra separado de hecho del otro progeni-

89 Chile, Ley 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario oficial del 7 de octubre de 2005. La Ley 20.066 distingue entre dos supuestos distintos. Por un lado la violencia intrafamiliar no constitutiva de delito y, por otro, la violencia intrafamiliar constitutiva de delito. Una de las normas aplicables a ambos casos es la que dice relación con las medidas accesorias que puede decretar la justicia. Dicha medidas se encuentran reguladas por el artículo 9 de la ley en los siguientes términos:

Artículo 9°.- Medidas accesorias. Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias: a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima; b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias; c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan; d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término; e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva. Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes.

tor durante años (sin haber generado vínculo afectivo, sin haber tenido contacto con el menor ni haber sido parte de su crianza), lo sustrae motivado por finalidades distintas de la vulneración de derechos tutelares, como razones económicas si es que el progenitor es contactado por terceros para concretar la sustracción de manera impune⁹⁰. Esta sería una hipótesis de abuso de derecho que el ordenamiento jurídico no puede tolerar.

Si bien esta postura se condice con lo que han venido resolviendo recientemente los tribunales superiores de justicia, no concordamos del todo con las circunstancias que se han tomado en cuenta a la hora de condenar o absolver a un progenitor por la conducta típica.

¿Cuáles podrían ser esas circunstancias? Se propone la siguiente sistematización:

Como primer filtro, habría que señalar que el tipo sólo sería aplicable a situaciones de crisis familiar (entendiendo el concepto de familia en un sentido amplio, sin distinguir si existe o no vínculo matrimonial entre los padres), ya que en los demás casos el menor de edad se encontraría efectivamente bajo la esfera de protección de sus progenitores y no sería posible constatar la afectación al bien jurídico protegido. Como segundo filtro, habría que distinguir, en mi opinión, si el sujeto tiene o no antecedentes por violencia intrafamiliar constitutiva de delito en los términos de la Ley 20.066. Este es un aspecto que ha sido totalmente obviado en la discusión y que –estimo– debe ser necesariamente reconsiderado.

En el primer caso, esto es, tratándose de un sujeto con antecedentes por violencia intrafamiliar constitutiva de delito⁹¹, consideramos que se configuraría la conducta típica, si el menor es sustraído por un progenitor que tiene vigentes las medidas accesorias de obligación de abandonar el hogar y/o prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio.

En el segundo caso, tratándose de un progenitor sin antecedentes por violencia intrafamiliar constitutiva de delito, habría que aplicar el tercer filtro, distinguiendo tres situaciones distintas:

- a) Si el progenitor tiene el cuidado personal compartido con el otro progenitor: no comete delito alguno, ya que el menor de edad se encuentra dentro de su esfera de protección.
- b) Si el progenitor tiene la relación directa y regular de manera plena o se encuentra limitada por un Tribunal de Familia: comete el delito de nega-

⁹⁰ Corte Suprema, 25 de enero de 2013, ROL N°3579-2011.

⁹¹ Chile, Ley 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario oficial del 7 de octubre de 2005. Párrafo 3° artículos 13 y siguientes.

tiva de entrega del menor del artículo 355 del Código Penal, si pretende huir con el menor de edad dentro o fuera del país con el objeto de privar a la madre de sus derechos tutelares. Esta interpretación se condice con el móvil detrás de un padre, que no pretende afectar la seguridad de su hijo.

- c) Si el progenitor no tiene derechos tutelares sobre el menor de edad, ya sea por habérselos otorgado por sentencia judicial en su totalidad al otro progenitor o por haber existido un alejamiento duradero sin haber tenido contacto alguno con el menor: comete el delito de sustracción de menores el progenitor que carece de derechos tutelares sobre el menor y al que no se le ha entregado su custodia temporal bajo ningún respecto. Sostenemos que el vínculo familiar en sí, no lo hace inmune frente a la persecución penal, ya que –en este caso– de seguirse con la tesis de la negativa de entrega de un menor o de la atipicidad, podrían darse situaciones de abuso de derecho, según hemos señalado a propósito del caso Paul Schäfer.

En definitiva, respecto de los progenitores, si bien el artículo 142 del Código Penal contempla un tipo penal abierto en cuanto al sujeto activo, es necesario distinguir considerando las circunstancias de cada caso y la efectiva afectación al bien jurídico protegido por el tipo. Hemos procurado señalar algunas de las circunstancias que estimamos, debiesen ser consideradas, para efectos de determinar si en los hechos es posible que el progenitor haya incurrido en la conducta típica.

IV. Conclusiones

El bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es la seguridad del menor de edad como presupuesto de su libertad ambulatoria. Una de las dificultades que presenta el tipo es la de determinar si es factible o no que los progenitores puedan ser considerados como sujetos activos, partiendo de la base que el alcance del verbo rector “sustraer” implica necesariamente apartar o separar a un menor de la esfera de resguardo a que se encuentra sometido (legal, convencional o judicialmente). En este sentido, la doctrina nacional que se ha referido al tema, ha sido enfática en rechazar dicha posibilidad, atendido a que el menor no dejaría de estar bajo su esfera de resguardo. La conducta sería por tanto atípica, o bien, susceptible de ser reconducida a la figura del desacato o de negativa de entrega del menor, según el bien jurídico que resulte afectado. La jurisprudencia en cambio, ha admitido recientemente dicha posibilidad, por considerar que se trataría de un tipo penal abierto en lo relativo a los sujetos activos. Dentro de los casos que la han aceptado, existen tanto sentencias absolutorias como condenatorias al respecto, pero ya no desde la base de la atipicidad, de la reconducción, ni de la atenuante especial de la devolución del menor libre de todo daño (a propósito de la persona a quien debía ser devuelta), sino que a partir de la base de las circunstancias de cada caso, que estarían determinadas algunas veces por la titularidad del

cuidado personal del menor y, otras veces, por el móvil que estuvo detrás del progenitor al momento de realizar la conducta típica.

La posición que se ha adoptado en este artículo es que debe hacerse una distinción. Sin perder de vista el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, concordamos con la línea de la Corte Suprema que ha optado por la tesis del sujeto activo abierto, aceptando la posibilidad de que los progenitores puedan cometer la conducta típica, en base a las circunstancias de cada caso. Consideramos que efectivamente es posible que se presenten hipótesis en las que resulte afectado el bien jurídico protegido por el artículo 142 del Código Penal en lo relativo a la seguridad del menor, cuando la conducta ha sido ejecutada por uno de los padres de la víctima. Diferimos eso sí respecto de algunas de las circunstancias que la Corte ha estimado para condenar o absolver a los progenitores involucrados en los hechos. Dentro de los aspectos que se deberían tener en cuenta, señalamos el hecho de que se trate de casos de **crisis familiar**, determinada por la separación de hecho o de derecho de los progenitores, en que haya habido situaciones de **violencia intrafamiliar hacia el menor de edad**, se hayan decretado las medidas de prohibición de acercamiento y de obligación de abandonar el hogar decretadas por un tribunal, **o bien, en que haya existido desvinculación física y emocional entre los sujetos involucrados**, de manera que el progenitor no haya formado parte del crecimiento ni de la crianza del menor. El mero vínculo sanguíneo no puede prestarse para excluir la punibilidad de las conductas de ciertos sujetos, cuando estos han realizado efectivamente una conducta típica y hayan afectado el bien jurídico protegido por la norma. Sólo de esta forma, se puede lograr otorgar una protección eficaz a situaciones en las que ni el Derecho Civil ni el Derecho de Familia han resultado ser suficientes para la protección y resguardo de la seguridad de un menor de edad.

Por último, como consideración final de *lege ferenda*, se sostiene que la alta tasa de causas finalizadas por términos facultativos en el Ministerio Público, especialmente por incompetencia por tratarse de hechos cometidos en contextos de disputa de derechos tutelares, sumada a la escasa ocurrencia del delito en situaciones que involucren a sujetos distintos de los progenitores, nos llevan a cuestionarnos la real utilidad de contar con un tipo penal con sustantividad propia y una pena tan elevada que la hace imposible de ser aplicable a los progenitores en dicho contexto. Podría evaluarse la posibilidad que el tipo penal se mantenga para aquellos casos en que la conducta sea cometida por terceros o por progenitores en las hipótesis que hemos planteado, en que efectivamente se lesione el bien jurídico protegido y evaluar la posibilidad de crear en una norma distinta, una *figura atenuada*, que contemple el traslado parental ilícito realizado por un progenitor vulnerando los derechos tutelares del otro, con pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos tutelares o presidio en casos más graves, estableciéndose en todo caso, excusas penales absolutorias y subtipos atenuados, como ocurre en el caso español. Dentro de

esta figura, se podría además contemplar como agravante el traslado ilícito de menores hacia otro Estado, en los términos establecidos en el artículo 3 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO, Manuel. *Acerca de la teoría de bienes jurídicos* [en línea]. Revista Penal, N°18, 2006. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/283/273> [fecha de consulta: 14 de enero de 2015].
- BULLEMORE, Vivian. *Curso de Derecho Penal*. 2ª ed., Santiago, LegalPublishing Chile, 2005.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero*. Bogotá, Librería Editorial Temis Ltda., 1964, Vol. III.
- COBO, Manuel. *Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores)* [en línea]. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, N°14, 1961, págs. 207-232. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2014].
- DONNA, Edgardo. *Derecho penal. Parte Especial*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, tomo II-A.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Montevideo, Editorial B de F Ltda., 2004.
- GARCÍA, Octavio. *El delito de sustracción de menores y su configuración* [en línea]. In Dret. N°2, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf> [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2014].
- GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte Especial*. 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- GUERRERO, Camila. *El delito de sustracción de menores en Chile. Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo*. Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.
- HERMOSILLA, Nurieldin. *Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142*. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas

- cas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1963, p. 12.
- HORMAZÁBAL, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992.
- JAKOBS, Günther. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: MONTEALEGRE, E. (Coord.) *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 39-56.
- LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas*. 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, tomo II.
- LLORIA, Paz. “La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar”. En: LLORIA, P. (Dir.). *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid, Editorial Iustel, 2008, págs. 33-76.
- MATUS, Jean. y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters, 2014, tomo I.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean, y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- RODRÍGUEZ, María Sara. “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, N°36(3), Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, págs. 545-586.
- ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica sometido a examen*. Traducción de Manuel Cancio Meliá [en línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [fecha de consulta: 14 de enero de 2015].
- SAN MARTÍN, María Angélica. “Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres”. En: *Revista jurídica del Ministerio Público*, N°37, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, págs. 272-277.

PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO DE LAS DECLARACIONES ESPONTÁNEAS DE LOS ADOLESCENTES

María Angélica San Martín Ponce¹

La Sala Penal de la Corte Suprema rechazó recursos de nulidad deducidos por las defensas que en lo medular cuestionaban principalmente que se hubiera infringido el derecho de un adolescente a no autoincriminarse, al supuestamente tomársele declaración por los policías, sin la presencia de su abogado defensor, según lo dispone la norma del artículo 31 de la Ley N°20.084.

Respecto del primer recurso cabe señalar que la policía concurrió al domicilio de uno de los adolescentes condenados, luego de obtener su apodo de parte de testigos que acudieron al lugar de los hechos, mientras se trabajaba el sitio del suceso por parte de la policía. Con dicho dato acudieron a su domicilio, donde se entrevistaron con su madre, quien indica que su hijo no se encontraba en el lugar, el cual, mientras ella dialoga con los funcionarios, aparece intempestivamente y ante el emplazamiento de su madre comienza a llorar reconociendo haber participado en el ilícito, dando detalles de éste.

En el considerando 7° se reconoce que mientras los funcionarios investigadores llevan a cabo las actuaciones propias de su labor, pueden ocurrir situaciones que escapan a su actividad y a su control.

Es así que a juicio de la mayoría de la Sala Penal no resulta controlable el hecho que un adolescente, que acaba de participar en la comisión de un homicidio, se desborde emocionalmente y confiese espontáneamente el hecho, sin dar a la policía la oportunidad de detener su relato para dar cumplimiento a las formalidades previstas en la ley, cuestión que es diametralmente opuesta a la práctica de un interrogatorio al menor, en que los policías formulen preguntas obviando la prohibición de efectuarlo sin la presencia de su defensor.

Se agrega que tampoco resulta posible entender que la sola presencia policial haya generado en el adolescente un grado tal de amedrentamiento que le hubiese forzado a confesar los hechos, dado el contexto en que se encontraba —en su casa y acompañado de su mamá—, de manera que contaba con un contexto protegido ante la eventual amenaza de los funcionarios que, de haber ocurrido, habría sido reclamada por su madre, circunstancia que, en todo caso, debía ser acreditada.

1 Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

El segundo recurso, que también se rechaza, se basaba en similares alegaciones, diferenciándose de la situación de hecho anterior, que en dicho caso la policía no estuvo ni siquiera presente cuando los adolescentes confesaron frente a sus referentes familiares su participación, limitándose el accionar policial a manifestarle a los familiares que los nombres de los adolescentes los había entregado el adolescente que le refiere los hechos a su madre. La información acerca de la participación de estos coimputados se allega a la investigación mediante las declaraciones de dichos familiares que posteriormente concurren a dependencias policiales.

Finalmente cabe señalar, que en este sentido se mantiene el razonamiento sostenido por la Corte Suprema el año 2012, al fallar rechazando un recurso de nulidad en causa Rol N°3973-1, en una situación de hecho similar, en la que se validó la actuación policial en que escucharon un relato espontáneo de un adolescente frente a un familiar. Situación diferente a la conocida por la misma Corte Suprema el año 2010, en el caso Rol N°4001-10, donde no se estimó de buena fe la actuación policial que en el contexto de un supuesto control de identidad, sostuvo un diálogo con un adolescente del que surge información incriminatoria, en cuyo considerando vigésimo señaló: *“...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 constitucionales y legales que inspiran el nuevo sistema procesal penal, que bajo ningún respecto o circunstancia ampara”*.

Texto completo

Santiago, veintitrés de junio de dos mil quince.

Vistos:

En los antecedentes RUC N°1400360665-2, RIT N°58-2014 y rol de ingreso de esta Corte Suprema N°6298-15, el Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en procedimiento ordinario, dictó sentencia definitiva el veintinueve de abril del

año en curso, por la cual condenó a R.A.C.G., como autor del delito consumado de homicidio simple cometido en la persona de Miguel Mondaca Meza el día 12 de abril de 2014, en la comuna de Maipú, a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Además condenó a M.A.M.L., como autor del mismo delito, a la pena de cuatro años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, y a M.I.G.B. y Y.P.A.O., por su responsabilidad en el mismo ilícito, a la pena de tres años y un día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Efectuó los abonos pertinentes y eximió a los intervinientes del pago de las costas.

En contra de ese fallo la defensa del adolescente M.A.M.L., por una parte, y la apoderada de M.I.G.B. y Y.P.A.O., por la otra, dedujeron sendos recursos de nulidad cuyas copias rolan a fojas 50 y 66, respectivamente. Luego de admitidos a tramitación según se lee a fojas 96, se fijó la audiencia para su conocimiento a fojas 103.

Corre agregada a fojas 107 el acta que da cuenta de su realización.

Considerando:

Primero: Que el recurso intentado por la defensa de M.A.M.L. invocó, en primer término, la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, mencionando la infracción de los artículos 5°, 6°, 7°, 19 N°3 incisos 2, 4 y 6, y N°7 letra f) de la Constitución Política de la República; del artículo 40.2.b.ii de la Convención sobre los Derechos del Niño; y del artículo 31 de la Ley N°20.084. Reclama la transgresión del debido proceso en sus aspectos del derecho a contar con defensa letrada y del derecho a no autoincriminarse,

garantía que se encuentra en armonía con el principio de legalidad recogido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental.

Precisa que, dentro de las evidencias de cargo, están los dichos de los funcionarios investigadores Orlando Calderón Molina, Carolina Coopman Ruiz-Tagle y Fernando Badilla Muñoz, quienes concurrieron al domicilio del menor, lugar donde éste efectuó declaraciones sobre los hechos, sin estar asistido por un abogado ni enterado de los derechos que le otorga la ley –entre ellos el de guardar silencio y no autoincriminarse–, relato que reprodujeron en juicio. Añade que la detención se desarrolló bajo la hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, lo que permitía únicamente, conforme con el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, controlar la identidad del adolescente si existían indicios fundados de su participación en el ilícito, sin que sea posible que participe de cualquier actuación que exceda la mera acreditación de identidad sin la presencia de defensor. Sin embargo, los dichos de M.L. se refirieron a cuestiones sobre la existencia y dinámica del hecho investigado y la participación, de manera que fueron esenciales para obtener mayor información.

Sostiene que la buena fe con que actuaron los funcionarios policiales no es relevante a la hora de analizar la licitud o ilicitud de la diligencia; que aunque no le pidieron directamente la declaración al adolescente incidió el grado de presión a que se

vió sometido, y que es absurdo estimar que los investigadores son testigos de oídas de los padres de los imputados. Refiere que la restante prueba del Ministerio Público no cumple con el estándar del artículo 340 del Código Procesal Penal para adquirir convicción, de manera que no se habría llegado a una condena sin esa evidencia ilícita.

Da cuenta de la preparación del recurso, al haber pedido la exclusión temática de los testigos, petición que fue acogida por una decisión que fue revocada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Santiago, y se pidió valoración negativa en alegatos de clausura.

Subsidiariamente invocó la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, estimando que se incurrió en un error de derecho al aplicar los artículos 2, 20, 23, 24, 26 y 47 de la Ley N°20.084, determinándose equivocadamente la naturaleza y extensión de la sanción aplicada, ya que correspondía imponerle 3 años de libertad asistida especial. Explica que se obvió considerar el interés superior del adolescente, contexto en que es relevante su arraigo familiar, su adecuada relación con las figuras de autoridad y los estudios que cursa. Añade que el artículo 20 de la ley del ramo establece que la sanción es una intervención socio-educativa y no un castigo, y por ello está mayormente orientada a la vida en libertad. Sostiene que otro principio no abordado es el de la excepcionalidad de las sanciones privativas de libertad, en cuyo examen cabe tener en consideración que el adolescente no registra ante-

cedentes penales, que un adulto en su situación habría conseguido una pena alternativa, y los antecedentes personales y sociales referidos.

Agrega que se infringieron las reglas de determinación de la sanción, que debe estar orientada por los antecedentes personales y sociales del adolescente, los principios legales rectores y los criterios del artículo 24 de la Ley N°20.084, que pretenden permitir la gradualidad o progresividad de la intervención penal, precisando que no se consideraron los contenidos en las letras c), d) y f) del precepto. Sostiene que este error tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo puesto que se ha aplicado la pena de 4 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social en circunstancias que le correspondía otro tipo de sanción.

Finaliza solicitando, respecto de la causal principal, que se anule el juicio y la sentencia, excluyendo del auto de apertura los testigos Orlando Calderón Molina, Carolina Coopman Ruiz-Tagle y Fernando Badilla Muñoz, luego se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado. Subsidiariamente, que se invalide la sentencia, y se dicte una de reemplazo que condene a M.A.M.L. a la sanción de tres años de libertad asistida especial como autor de homicidio simple.

Segundo: Que el recurso impetrado por la defensa de los adolescentes M.I.G.B. y Y.P.A.O. esgrimió como causal principal la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Pro-

cesal Penal, en términos similares a los planteados en el arbitrio reseñado en el fundamento previo, por lo que no se detallarán para evitar reiteraciones inútiles. Precisa este libelo que los referidos funcionarios investigadores más Juan Dehays Riadi afectaron en el procedimiento investigativo sus garantías constitucionales puesto que, a partir de la información dada por M.L., se logra dirigir la investigación contra los recurrentes, quienes en su momento relataron a sus familiares la información de los hechos que luego transmitieron a los policías.

Adicionalmente, se reclama respecto del adolescente G.B. la infracción de su derecho al debido proceso en la elaboración de una pericia de huellas que fueron captadas de una botella encontrada en el lugar de los hechos, puesto que ese elemento no fue levantado con cadena de custodia y por ello no fue exhibido como prueba material, a lo que suma la circunstancia que el cotejo se hizo con información privada del acusado sin su conocimiento ni autorización. En esas circunstancias, la prueba pericial no cumple con los procedimientos previstos en el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal, por lo que el proceso no se encuentra legalmente tramitado ya que la falta de levantamiento de esa evidencia impidió el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 188 y 320 del mismo código. Agrega que los datos para efectuar la pericia fueron extraídos del sistema biométrico del registro civil, lo que implica la transgresión del artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, del

artículo 40.2.b.vii de la Convención de los Derechos del Niño, y citando el artículo 4 de la Ley N°19.628 sobre el tratamiento de los datos personales, aclara que el menor no estuvo en conocimiento de la información que se recabó del registro civil ni entregó autorización siquiera verbal para permitir el ingreso a los datos de sus huellas dactilares, a pesar que a ello obligan los artículos 7 letra i) de la Ley Orgánica del Registro Civil y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sostiene que pidió en la audiencia de preparación de juicio oral la exclusión de los testigos y la pericia mencionados, acogiendo la supresión temática de las declaraciones de los imputados adolescentes y sus familiares, las que fueron incorporadas posteriormente por la Corte de Apelaciones de Santiago. Además pidió la valoración negativa de esa evidencia en alegatos de clausura.

Como causal subsidiaria, respecto del adolescente G.B., se invocó el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo código. Alega la transgresión del deber de fundamentación de la sentencia en la valoración de la pericia ya referida, puesto que la falta de levantamiento de esa evidencia no sólo produce dudas sobre su confiabilidad, sino también puede estimarse como el incumplimiento de un requisito de admisibilidad, al tenor de lo prevenido en los artículos 316 inciso primero y 314 inciso final del código del ramo y añade que no se puede concluir lógicamente

que una prueba que no es confiable permita llegar a una convicción sobre la participación más allá de toda duda razonable. Sin embargo, señala que esa prueba fue valorada positivamente, sirviendo de fundamento para sostener la participación culpable del acusado, quien debió ser absuelto.

En subsidio de esta causal, se impletró finalmente la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, de modo similar al arbitrio presentado por la defensa de M.L., precisándose, en el caso del recurrente A.O., que cuenta con arraigo familiar, es un joven capaz de acatar normas, asiste a segundo nivel de enseñanza básica para adultos y se incorporó voluntariamente al programa ASR de Reinserción de Fundación Tierra de Esperanza. En cuanto al adolescente G.B., se explica que cuenta con arraigo familiar, es un joven capaz de acatar normas, respetuoso, autocrítico, asiste a tercer nivel de enseñanza básica para adultos y se incorporó voluntariamente al programa de Tratamiento de Consumo de Drogas de Fundación Tierra Esperanza.

Indica que los adolescentes no registran antecedentes penales, que un adulto en su situación habría conseguido una pena alternativa, y que los antecedentes personales y sociales referidos, convierten al régimen cerrado en desproporcionado e innecesario. Sostiene que este error tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo puesto que se ha aplicado la pena de 3 años y un día de internación en régimen cerrado con

programa de reinserción social en circunstancias que correspondía otro tipo de sanción.

Solicitan, finalmente, que se anule el juicio y la sentencia, excluyendo del auto de apertura los testigos Orlando Calderón Molina, Carolina Coopman Ruiz-Tagle, Fernando Badilla Muñoz y Juan Dehays Riadi, y el perito Sergio Ulloa Rojas, y luego se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado. Subsidiariamente, que se anule el juicio y la sentencia, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos a un tribunal no inhabilitado para que disponga la realización de un nuevo juicio oral. Y en subsidio de lo anterior, que se invalide la sentencia, y se dicte una de reemplazo que condene a M.I.G.B. y Y.P.A.O. a la sanción de tres años de libertad asistida especial como autores del delito de homicidio simple.

Tercero: Que, en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del asunto, los litigantes formularon sus alegaciones, sin que se haya rendido prueba alguna.

Cuarto: Que como se expuso precedentemente, el recurso de nulidad descansa en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se

encuentren vigentes”, centrando sus reclamos en el desconocimiento del derecho al debido proceso, en su vertiente del derecho a guardar silencio, al principio de no autoincriminación, y del derecho a la intimidad.

Quinto: Que, en lo tocante al derecho a guardar silencio y de no autoincriminarse, es del caso traer a colación la premisa básica prevista en el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, cual es el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, lo que recoge también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal contenido es recogido en el Código Procesal al prevenir el derecho a guardar silencio como consecuencia de entenderse que el deber de probar asiste únicamente al acusador, lo que luego también hace el artículo 31 de la Ley N°20.084 Sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, que reza: *“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”.

Esta última norma, entonces, solo previene condiciones particulares para el procesamiento de adolescentes que se explican por tratarse de personas en desarrollo que requieren de un sistema legal que garantice una reacción penal adecuada a su condición que no les permite tomar decisiones con entera libertad ni comprender necesariamente las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a persecución penal. La norma legal refuerza la garantía del debido proceso en su variante de la legalidad del procedimiento, en cuanto previene que el adolescente únicamente puede prestar declaración ante el Fiscal y en presencia de un defensor, ciertamente porque, cual ocurre según la regla general ya referida, habrá de declarar por interés propio. De allí que la participación del abogado defensor será indispensable en cualquier actuación que se requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad.

Sexto: Que, siendo ese el marco de actuación de la policía respecto de adolescentes, se hace necesario acudir al contexto fáctico que rodeó la declaración del imputado M.L., a fin de determinar si tal delimitación ha sido excedida.

Cabe dejar constancia, entonces, que según se desprende de las alegaciones vertidas en estrados por los intervinientes, la policía concurre al domicilio del adolescente luego de obtener, de familiares del occiso,

información respecto de problemas previos de la víctima con un sujeto apodado el “v.”, que corresponde al imputado M.L.. En ese lugar, se entrevistan con su madre, quien indica que su hijo no está presente, y mientras dialoga con los funcionarios, aparece intempestivamente el menor, quien comienza a llorar y ante el emplazamiento de su mamá sobre el hecho que se estaba investigando reconoce haber participado en el ilícito, dando detalles de éste. Así también aparece de la lectura de la sentencia, en los pasajes en que se reproducen los dichos de los policías en juicio.

Séptimo: Que el contexto referido ciertamente es, por sí solo, de alta complejidad, no sólo para un adolescente, sino para cualquier individuo, al indagarse las circunstancias en que se produce la muerte de una persona, que ocurre en un lugar concurrido —una cancha de fútbol de barrio—, pocas horas después de ocurrido.

De esta manera, mientras los funcionarios investigadores llevan a cabo las actuaciones propias de su labor, dentro de las cuales se encuentra el empadronamiento de testigos, deben apegarse a las facultades que la ley le otorga, no obstante lo cual debe considerarse que en tales pesquisas pueden ocurrir situaciones que escapan a su actividad y a su control, principalmente en la respuesta de los individuos que intervengan en esas actividades. Es así que no resulta controlable el hecho que un adolescente, que acaba de participar en la comisión de un homicidio, se desborde emocionalmente y confiese

espontáneamente el hecho, sin dar a la policía la oportunidad de detener su relato para dar cumplimiento a las formalidades previstas en la ley, cuestión que es diametralmente opuesta a la práctica de un interrogatorio al menor, en que los policías formulen preguntas obviando la prohibición de efectuarlo sin la presencia de su defensor. En suma, no aparece en este caso actuación ilegal que reprochar a los funcionarios investigadores, desde que no incurrieron en acción alguna que exceda sus márgenes de actuación y que haya motivado la espontánea confesión del adolescente.

A mayor abundamiento, y sin ser determinante, no resulta posible entender que la sola presencia policial haya generado en el adolescente un grado tal de amedrentamiento que le hubiese forzado a confesar los hechos, dado el contexto en que se encontraba —en su casa y acompañado de su mamá—, de manera que contaba con un contexto protegido ante la eventual amenaza de los funcionarios que, de haber ocurrido, habría sido reclamada por su madre, circunstancia que, en todo caso, debía ser acreditada. En suma, ese aspecto de la causal principal de los recursos de nulidad será desechada.

Octavo: Que, cabe pronunciarse ahora, sobre el fundamento de la pretendida vulneración de garantías constitucionales en la elaboración de la pericia. Sobre la misma, importa recordar que se ha alegado la imposibilidad de ejercer derechos a producir prueba sobre el elemento consistente en la botella al no haber

sido levantado con cadena de custodia, como la utilización de parámetros de comparación de las huellas del ámbito privado del adolescente G.B..

Respecto del primer punto, cabe señalar que tal afirmación no está acompañada del relato de una situación concreta en que se haya verificado tal transgresión, esto es, no ha señalado la defensa las concretas actividades probatorias que intentó realizar y que se vieron frustradas por la falta de esa evidencia. En tales circunstancias, no aparece una afectación verdadera de los derechos invocados por la defensa de G.B., cuestión que hace innecesario analizar la concurrencia del vicio denunciado y lleva al rechazo de este apartado del recurso, puesto que, como ha sostenido esta Corte en oportunidades previas, el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entorpezca, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso y, en este caso, a producir prueba de descargo (SCS 2866-2013 de 17 de junio de 2013, 4909-2013, de 17 de septiembre de 2013, y 4554-14 de 10 de abril de 2014).

En cuanto a la denuncia de vulneración del derecho a la intimidad del adolescente, al haberse cotejado las huellas de la botella con el sistema biométrico del registro civil sin su autorización, resulta en forma evidente que tal diligencia resultaba impracticable. En efecto, al momento de concurrir los funciona-

rios policiales al sitio del suceso, desconocían a los partícipes del hecho y, ciertamente, ignoraban a quien correspondían las huellas que fueron encontradas en la botella periciada y, de hecho, sólo después de llevado a cabo el cotejo es que fue posible identificar al sujeto. Así, no resulta procedente solicitar autorización alguna, siendo inaplicable lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley N°19.628, y consecuentemente no hay vulneración alguna al derecho a la intimidad invocado por la defensa de G.B., por lo que se rechazará también este reclamo de nulidad, quedando desestimada la causal principal de los recursos en estudio.

Noveno: Que respecto a la causal subsidiaria deducida por la defensa del imputado G.B., esto es, la que denuncia la falta de lógica en la convicción adquirida por los juzgadores al sustentarse en una prueba que no es confiable, cabe señalar, en primer término, que la afirmación que contiene el recurso no es efectiva, desde que, tal como puede apreciarse del fundamento octavo de la sentencia censurada, las razones en virtud de las cuales los sentenciadores dieron por acreditada la participación del acusado descansan en una multiplicidad de medios probatorios, consistentes en los dichos de los funcionarios investigadores, quienes narran las afirmaciones vertidas por el padre del imputado y la abuela del acusado A.O., a las que suma la pericia de huellas. Lo anterior implica que el eventual vicio carece de trascendencia, desde que no constituye el único sustento de la decisión de condena de G.B..

Adicionalmente, no se aprecia tal falta de confiabilidad en la prueba pericial practicada, desde que no se ha puesto en duda que la botella de la cual se extrajo la huella con que se efectuó el cotejo se encontraba en el sitio del suceso, lugar que estaba siendo debidamente resguardado, y que quien efectuó el levantamiento es un experto, persona expresamente facultada para realizar tal diligencia de acuerdo con lo prevenido en la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal.

De esta suerte, esta causal del recurso también será rechazada.

Décimo: Que, finalmente, cabe hacerse cargo de la denunciada infracción de derecho en la imposición de las penas, en relación con las prescripciones de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y en relación con los factores que deben considerarse al efecto.

En ese sentido, la alegación de la defensa de los adolescentes se sustenta en la errónea determinación de la naturaleza de la sanción, consistente en internación en régimen cerrado, y su duración en el caso del acusado M.L., que se extendió por la sentencia a cuatro años. Tales penas, sin embargo, y al contrario de lo que se expresa en los recursos, han sido impuestas dentro de los rangos permitidos por la ley del ramo. En efecto, sobre la duración de la sanción, el artículo 21 establece como premisa que el tribunal debe aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo del señalado por la ley al ilícito, las reglas de determi-

nación de penas del Código Penal, de manera que siendo homicidio simple el delito cometido, cuyo castigo parte del presidio mayor en su grado mínimo, en el caso concreto el margen temporal es de tres años y un día a cinco años. Por su parte, en cuanto a la naturaleza de la sanción, el artículo 23 en su numeral segundo permite la aplicación de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial, sin indicar un orden especial de preferencia, de suerte que el tribunal puede imponer cualquiera de ellas.

Para la determinación de la sanción al adolescente, entonces, la ley fija los rangos temporales y determina la naturaleza de la misma de acuerdo a éstos y, tal como se ha expresado, la sentencia ha circulado dentro de los márgenes impuestos por la ley. Ahora bien, en cuanto a las restantes normas que se han tenido por infringidas en el libelo, ellas obligan al tribunal a la ponderación de determinados factores y determinan como principio utilizar la privación de libertad como último recurso, teniendo en cuenta para ello las finalidades de la ley. De esta manera, tales preceptos no establecen reglas precisas sino los parámetros de imposición de la sanción, siendo obligatorio, en este contexto, la valoración de estas circunstancias, cuestión que aparece sobradamente cumplida en la sentencia que se revisa, desde que su razonamiento décimo sexto expresa la estimación de cada uno de los factores señalados

en el artículo 24 de la Ley N°20.084 para decidir la sanción.

En estas condiciones, no aparece error de derecho alguno en la imposición de la sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social a los adolescentes, como tampoco en el rango temporal del mismo, ni el incumplimiento de la valoración de los factores que la ley obliga a ponderar, de manera que esta causal de los recursos de nulidad también deberá ser desechada.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo establecido en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en los escritos de fojas 50 y 66 por la defensa del adolescente M.A.M.L., y por la apoderada de M.I.G.B. y Y.P.A.O., respectivamente, contra la sentencia de veintinueve de abril del año en curso, dictada en los antecedentes RUC N°1400360665-2, RIT N°58-2014, por el Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, los que en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por acoger los recursos y declarar nula la sentencia y el juicio oral que la antecedió pues, en su concepto, se incurrió en la infracción del derecho a un debido proceso de los adolescentes, en particular el derecho a un debido proceso y a no autoincriminarse, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1) Que la sentencia impugnada ponderó, en el basamento quinto, en lo que interesa al recurso, los testi-

monios de los funcionarios investigadores Orlando Daniel Calderón Molina y Fernando Adolfo Badilla Muñoz, que dieron cuenta del relato hecho por el adolescente M.L. al momento en que el aparece ante su madre y los policías que estaban en su domicilio. Con ellos dio por establecido que no sólo reconoció haber participado en la muerte de Miguel Mondaca Meza, sino que relató los pormenores del hecho, en cuanto se juntó con su grupo de amigos, que bebieron alcohol, y luego se prepararon para golpear a un sujeto que lo había golpeado, que resultó ser Miguel Mondaca, que van a su domicilio, lo llaman y sale, que le lanza una tijera de cortar pasto que le da en la cara, y que luego lo golpean con diversos elementos, botellas y palos. También señaló que el G.J. portaba un arma de fuego.

2) Que si bien no es posible sino tener como cierto el hecho que ante la presencia de los policías que le aprehendieron y las preguntas de su madre, el menor M., reconoció su participación en el homicidio, a juicio del disidente la información que proporcionó, como ya se adelantó, afecta su derecho a no autoincriminarse.

Para justificar lo afirmado es preciso distinguir dos momentos en dicha situación. El primero consiste en el reconocimiento espontáneo y descontrolado de los hechos, que puede explicarse por su corta edad y la circunstancia de haber intervenido pocas horas antes en un hecho particularmente violento. No hay elementos de apoyo, pero bien puede

estimarse que tuvo lugar un “quiebre emocional” del imputado, imprevisto e incontrolable, ante el cual los policías son simples espectadores. Pero luego de ello la narración del adolescente se refiere a los pormenores de los hechos criminales, la identidad de quienes lo acompañaban, a la agresión y a los elementos empleados para golpear a la víctima, a la cronología de los hechos. Tales antecedentes, por su número y precisión, permiten colegir que luego del reconocimiento espontáneo e inesperado se pasa a una explicación detallada, diferenciable de la primera fase, que ha debido prolongarse por un período de tiempo más o menos significativo porque es claro que referencias de esta clase no pueden sino que hacerse mediando condiciones adecuadas, tranquilas, distintas de las iniciales. También ha de concluirse que la espontaneidad primigenia no perduró, y que en el interrogatorio que siguió, cuando menos, han debido mediar preguntas aclaratorias, encaminadas a verificar la consistencia de lo que se les contaba.

Surge con nitidez, entonces, que en esta segunda etapa el adolescente M. había recuperado el control de sí mismo, condiciones en las que proporcionó a los policías los detalles de su participación y la de sus co-imputados.

3) Si se tiene en cuenta que en esta materia operan el derecho a guardar silencio, a la no autoincriminación (artículos 19 N°7, letra f) de la Constitución Política de la República, 93 letra g) del Código Procesal Penal, artículo 8 de la Convención

Americana de Derechos Humanos), además de las normas especiales para el interrogatorio de los adolescentes que establece el artículo 31 de la Ley N°20.084, resulta evidente que los funcionarios investigadores debieron abstenerse de interrogar al menor porque el relato espontáneo ya había concluido, según ya se explicó.

Los policías debieron detener el relato a fin de resguardar los derechos a guardar silencio, a no autoincriminarse de que gozaba M.L., puesto que evidentemente entregaba información fuertemente incriminatoria. La suspensión de la diligencia era exigible respecto de todo cuanto fue dicho luego de su inesperada y espontánea “confesión”, porque el Estado siempre debe obrar con entero respeto a los derechos fundamentales, siendo los policías, en esas circunstancias, expresión del Estado. Debió aplicarse la regla del artículo 31 de la Ley N°20.084, que obligaba a que el interrogatorio de los menores se haga ante un Fiscal, en presencia de un defensor, pues en estos casos la autonomía de la Policía concluye con la acreditación de la identidad del adolescente.

La diligencia debió suspenderse en espera del Fiscal y de un Defensor, porque estos eran imprescindibles atendida la vulnerabilidad jurídica del menor imputado, la que objetivamente ha de entenderse concurrente sólo a resultas de su menor edad.

4) Que, en esas circunstancias, resulta claro que los datos obtenidos devinieron en ilícitos, toda vez que se consiguieron en una diligencia que

excedió los márgenes de actuación de la policía y, por ende, no podían ser valorados por los sentenciadores por provenir de una transgresión de la ley que, además, vulneró en forma trascendente el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse; y, además, vició las pesquisas que sucedieron relativas a la detención de G.B. y A.O., como también del acusado R.C.G., puesto que todas ellas surgieron de la develación efectuada por M..

Al haberse utilizado la información antes reseñada para formar la convicción de participación en el delito de autos, en circunstancias que no debía valorarse por haber sido obtenida con infracción de garantías constitucionales, la sentencia dictada en estos autos incurrió en un vicio que causa su nulidad, como también la del juicio que la antecede, condición que autoriza a disponer un nuevo juicio oral. Tal decisión debe hacerse extensiva al acusado R.A.C.G., puesto que aunque no dedujo recurso, se verifican los presupuestos para hacerle extensiva la decisión de nulidad según prescribe el inciso segundo del artículo 360 del Código Procesal Penal, ya que comparte la fuente de imputación de responsabilidad en el delito con los restantes condenados. De esta manera, en el nuevo juicio oral

en contra de esos acusados, es pertinente excluir temáticamente la declaración de los testigos Orlando Calderón Molina, Carolina Coopman Ruiz-Tagle, Fernando Badiella Muñoz y Juan Dehays Riadi, en cuanto a la confesión de M.L. y diligencias que surgieron de ella.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción de la sentencia a cargo del Ministro Sr. Dolmestch, la del voto en contra a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N°6298-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F. y Julio Miranda L. No firman los Ministros Sres. Cisternas y Miranda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintitrés de junio de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

