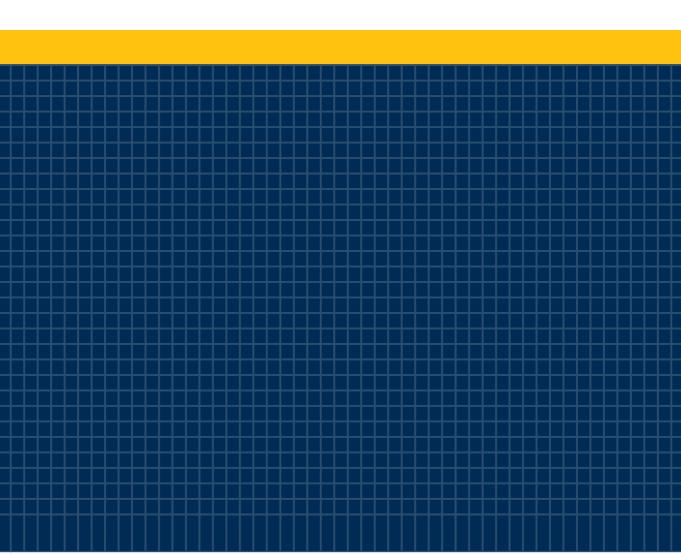
ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

N°48 - Septiembre 2011



# REVISTA JURÍDIGA DEL MINISTERIO PÚBLIGO

N°48 - Septiembre 2011

### Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

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

Pablo Campos Muñoz

#### Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz Coordinador

Sandra Luco Castro Ricardo Mestre Araneda María Cecilia Ramírez Guzmán Antonio Segovia Arancibia

#### **Colaboradores:**

Andrea González Leiva 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, 2º piso, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 965 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

		,	
	MATERIACI	AF INTERFC	CENEDAL
I.	MAIERIASI	DE INTERÉS	GENERAL

Sentencias Comentadas	
Comentario del fallo de recurso de nulidad en causa seguida en contra de María del Pilar Pérez López y José Ruz Rodríguez Carlos Gajardo Pinto	9
Fallos	
Recurso de hecho rechazado. Resolución que no da lugar al desafuero es apelable	66
Corte Suprema	
Recurso de queja acogido. Solicitud de reapertura de la investigación y audiencia para comunicar decisión de no perseverar <i>Corte Suprema</i>	68
Descarta inhabilidad de Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que actuó como Juez de Garantía en la misma causa Corte Suprema	72
Corre Supremu	
II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y A LOS TESTIGOS	
Artículos	
Protección a víctimas y testigos en casos complejos Marcelo Pérez Adasme y Ángela Chávez Torrico	81
III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN	
Artículos	
La obtención de ventajas no patrimoniales en el delito de tráfico de influencias  Luis Humberto Contreras Alfaro	113
IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES	
Artículos De la companya de la compa	
Prueba ilegal - exclusión - escuchas telefónicas	125

Algunas reflexiones en torno a la estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita  Tomás Ramírez Hermosilla	137
V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS	
Sentencias Comentadas	
Comentario al fallo de la Excma. Corte Suprema que resuelve acción de revisión, Rol 2827-11	157
Catalina Duque González y Sofía Huerta Castro	
Comentario acerca de la investigación y sentencia recaída en causa sobre delitos de abuso sexual del art. 366 bis y abuso sexual agravado <i>Ignacio Pinto Basaure</i>	168
VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS y crimen organizado	
Artículos	
Calificación jurídica del cobro de intereses excesivos en operaciones realizadas con cargo a tarjetas de crédito de casas comerciales  Verónica Rosenblut Gorodinsky	181
Figuras de ocultamiento y contacto del delito de lavado de dinero en la jurisprudencia chilena  Angélica Torres Figueroa	193
VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE y violencia intrafamiliar	
Artículos	
¿Qué solicitar a profesionales del área psicosocial en casos de violencia intrafamiliar? Propuesta sobre informes técnicos en delitos de violencia intrafamiliar Roberto Rodríguez Manríquez	213
Sentencias Comentadas	
Comentario a sentencia de la Corte Apelaciones de Rancagua que rechaza apelación de la sentencia definitiva, en causa que absuelve por el delito de parricidio, al haber actuado la procesada amparada en la eximente de responsabilidad criminal prevista en el artículo 10 N°4 del Código Penal Rodrigo Fernández Moraga	218
Reincidencia propia y Ley de Responsabilidad Penal Adolescente  María Angélica San Martín Ponce	237

# **PRÓLOGO**

La comisión de delitos siempre impacta a la comunidad, pero hay algunos que la sacuden más fuerte y por más tiempo. Es, en esos casos, cuando la sociedad espera con mayor expectación el castigo a quienes los cometieron, porque en buenas cuentas se trata del anhelo de justicia de todo grupo humano.

Durante la vigencia del procedimiento penal antiguo en que los procesos penales, no obstante los ímprobos esfuerzos y dedicación de los jueces del crimen, tenían normalmente una duración de varios años, ese deseo de justicia se veía más difícilmente satisfecho y el castigo que finalmente se dictaminaba terminaba apareciendo desligado del hecho dañoso y con un efecto diluido en cuanto a su resonancia social, tanto más que la primera etapa, y usualmente también la más larga, era secreta y escapaba al conocimiento del público en general.

Con nuestro actual sistema procesal penal, el impacto social surgido a partir de la comisión de delitos suele obtener respuesta del sistema penal de forma más inmediata, lo que redunda en una mayor sensación de justicia, y por ende, de mayor paz social.

De los casos más próximos en el tiempo que han conmocionado a la opinión pública, el conocido como el crimen de calle Seminario, sin duda, ha sido uno de los más impactantes. Y si bien entre la ocurrencia de los hechos y la dictación de la sentencia condenatoria hubo un espacio aproximado de dos años y medio, gracias a la publicidad del proceso penal actual, siempre se tuvo la información y la constancia del trabajo de los actores penales que buscaban justicia. En este número los lectores podrán encontrar el texto comentado de la sentencia con la que la Corte Suprema rechazó los recursos de nulidad deducidos por las defensas en dicha causa.

Mas como esa necesidad de justicia no sólo se busca y necesita en los casos más bullados, quienes nos desempeñamos en el ente persecutor hemos trabajado también con el mismo ahínco respecto de aquellos otros ilícitos con menor connotación, pero que también dañan la sana convivencia social, y como muestra de ese trabajo, hemos seleccionado en este número de nuestra Revista Jurídica otros fallos que destacan por su trascendencia, así como interesantes aportes a la discusión jurídica en materias como el tráfico de influencias, el delito de desvío de precursores químicos, la calificación jurídica del cobro de intereses excesivos en operaciones realizadas con cargo a tarjetas de crédito de casas comerciales, las escuchas telefónicas, los informes técnicos en causas por violencia intrafamiliar, la permanencia en el tiempo como requisito de las asociaciones ilícitas y la protección de víctimas y testigos en casos complejos.

# MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

# COMENTARIO DEL FALLO DE RECURSO DE NULIDAD EN CAUSA SEGUIDA EN CONTRA DE MARÍA DEL PILAR PÉREZ LÓPEZ Y JOSÉ RUZ RODRÍGUEZ

Carlos Gajardo Pinto<sup>1</sup>

### Comentario

Con fecha 2 de mayo de 2011, la Excma. Corte Suprema puso punto final a uno de los juicios más largos y complejos de la Reforma Procesal Penal, seguido en contra de los imputados María del Pilar Pérez López y José Mario Ruz Rodríguez al rechazar los recursos de nulidad deducidos por las defensas en contra de la sentencia definitiva dictada en esta causa.

La sentencia definitiva, dictada por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago con fecha 26 de febrero de 2011, había condenado a una pena de presidio perpetuo calificado y una de presidio perpetuo simple a cada uno de los acusados por los delitos de robo con homicidio, homicidio calificado, parricidio y lesiones graves.

Atendida la complejidad del caso, la sentencia de la Excma. Corte Suprema se debió pronunciar en un fallo bastante extenso sobre diversos puntos que la defensa levantó en sus recursos. Nos interesa destacar al menos cuatro de ellos:

# Sobre el derecho a guardar silencio y la declaración del testigo de oídas que escuchó su confesión

No es poco usual que en el período de investigación un imputado preste declaración ante la policía o los fiscales y luego al momento de enfrentar el juicio oral opte por hacer uso de su derecho a guardar silencio. La cuestión que surge dice relación con determinar si es posible que la declaración prestada en la etapa de instrucción sea reproducida de algún modo en el juicio oral. La forma más usual de reproducirla será con la declaración de un testigo de oídas de dicha declaración (generalmente policía) que deberá cumplir con los requisitos y formalidades de las declaraciones de los testigos. Con buenos motivos, el profesor Cristián Riego, es del parecer de permitir la reproducción de un registro audiovisual de dicha declaración, si bien hay argumentos de texto legal que dificultan esa posibilidad.

Este tópico, por su relevancia, ha sido tratado en diversos fallos de la Corte Suprema. Al menos se refieren a él las sentencias Ingreso Corte 9758-2009,

<sup>1</sup> Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía Local de Ñuñoa y Providencia, Fiscalía Regional Oriente Región Metropolitana, Ministerio Público.

4001-2010, 6907-2010 y 7193-2010. Y a pesar de la claridad que para la Fiscalía tenían esos fallos, éstos fueron invocados tanto por la Defensa como por el Ministerio Público en sus alegatos para justificar la validez o invalidez de dichos testimonios.

La sentencia que se comenta de la Excma. Corte, creemos que zanja definitivamente este asunto y es posible concluir ya de una manera asentada por el Máximo Tribunal que se permite la declaración del testigo de oídas, respecto de imputados adultos que prestan declaración en la etapa de investigación y luego guardan silencio en el juicio oral, al indicar en el considerando trigésimo tercero que el derecho a guardar silencio y a contar con un abogado es una garantía de los imputados desde los primeros actos del procedimiento agregando que los actos de instrucción que se realicen deben ser con la presencia del abogado "salvo que el propio imputado asienta a que esos actos se realicen sin la presencia del defensor". El mismo considerado diferencia la situación de los menores de edad en que expresamente la declaración del imputado exige contar con un abogado defensor sin posibilidad de renunciar a ese derecho, lo que es una regla de protección especial para los menores. Este fallo por lo tanto es relevante porque aclara de una manera definitiva las posibles interpretaciones diversas que los fallos pretéritos invocados habían efectivamente generado en cuanto a la renunciabilidad del derecho a guardar silencio, a la asistencia letrada y al carácter irretroactivo de dicha renuncia. Se sostuvo en los alegatos, por nuestra parte, que legítimamente una persona puede declarar en la etapa de instrucción y luego guardar silencio en la propia instrucción o en el juicio. Pero ello tan solo corresponde a cambios de estrategias de una defensa y no invalida la declaración prestada, la que por lo tanto podrá en su momento ser reproducida, siguiendo las reglas generales de la rendición de los medios de prueba en juicio.

#### 2. Sobre la actuación de los funcionarios del Ministerio Público

Un segundo punto que nos interesa destacar de esta sentencia dice relación con las actividades desplegadas en la etapa de investigación por funcionarios del Ministerio Público y su posterior reproducción en el juicio oral mediante sus testimonios como testigos. La defensa de ambos acusados en sus recursos cuestionó que la sentencia definitiva hubiera dado valor a las declaraciones de dos funcionarios del Ministerio Público (no fiscales ni abogados asistentes), alegando que éstos habían realizado la labor investigativa propia y exclusiva de los fiscales, sin tener la habilitación legal para ello. En rigor, lo que sucedió en la especie, fue que los funcionarios de la Fiscalía estuvieron presentes en las declaraciones prestadas por uno de los imputados ante el Fiscal, estando además en la última oportunidad también presente el propio abogado defensor del imputado. Además participaron en diligencias en que se incautó evidencia posteriormente incorporada en el juicio.

Lo relevante en el caso en cuestión, razona la Excma. Corte, es determinar si estas actuaciones de los funcionarios de la Fiscalía lo fueron como dice la defensa, atribuyéndose la labor propia y exclusiva de los fiscales o si por el contrario, sus actuaciones las hicieron cumpliendo un encargo y bajo la supervisión de los fiscales de la causa. A ese respecto lo establecido en el juicio es que las actuaciones reclamadas como defectuosas ocurrieron "...estando siempre presente el Fiscal, y que fue éste quien la autorizó para aquello, descartándose, por tanto, una actuación investigativa por iniciativa propia..." (considerando décimo cuarto).

Seguidamente la Excma. Corte subraya la importancia de la presencia del abogado defensor en estas diligencias, no como requisito para llevarlas a cabo, sino como prueba de su corrección. Si el defensor estuvo presente en las diligencias, con mayor motivo no es posible alegar un vicio. "...ello aconteció ante la presencia del abogado defensor de Ruz, quien no formuló reparo alguno a dicha actuación..." (considerando décimo cuarto).

No se trata de un problema de preclusión del derecho a objetar la actuación, cuestión que sería inadmisible si se trata de inobservancia de garantías, sino simplemente de que la presencia de un abogado defensor en la diligencia otorga una prueba contundente de que ésta se ha realizado correctamente. Lo que no implica obviamente que su ausencia signifique por sí sola una infracción a las garantías del imputado. Así lo corrobora la parte final del considerando trigésimo tercero: "Así, si bien la presencia del defensor despeja toda duda posible sobre el hecho de que la declaración del detenido, sea ante el fiscal o la policía, debe ser el fruto de una decisión libre e informada, su ausencia no demuestra lo contrario, pues, como se dijo, la voluntariedad de la declaración perfectamente puede ser demostrada por otras vías".

# 3. El principio de la conexión atenuada

Reconoce asimismo la Excma. Corte en su fallo la aplicación en nuestro derecho de lo que se ha denominado el principio de la conexión atenuada, esto es, una excepción a las reglas de exclusión de prueba ilícita que permite incorporar pruebas obtenidas originalmente con alguna infracción en la medida en que se hubiere disipado el mal que previene la regla de exclusión. La cuestión específica consiste en la validez de las declaraciones prestadas por el acusado en que confiesa el delito e implica a terceros también acusados. Existiendo varias declaraciones del acusado, y resultando que en la última de ellas no hay dudas acerca de su legitimidad por el cumplimiento de los requisitos legales de información y asesoría letrada, que se materializa con la presencia activa en dicha declaración del defensor. Pues bien, al ratificarse en esa última declaración las declaraciones prestadas con anterioridad (respecto de las cuales, en todo caso, no se ha acreditado inobservancia de garantías, pero sí se ha alegado), la Excma. Corte entiende que es un caso en que es posible aplicar el

principio indicado, de tal manera que "...claramente se ha saneado cualquier irregularidad que pudiera postularse al respecto, pues al momento de ratificar sus asertos auto inculpatorios contó con la asesoría de un abogado defensor..." (considerando trigésimo quinto). El principio indicado, por supuesto podrá invocarse en situaciones análogas en las que se acredite la atenuación del vínculo y es además un límite posible a la teoría del fruto envenenado en cuanto no necesariamente toda la evidencia obtenida a partir de una actuación defectuosa, deba desecharse. Es pues, labor de los tribunales establecer los distingos que permitirán en un caso o en otro admitir o desechar la evidencia e ir creando soluciones que como en este caso, sancionadas por los Tribunales Superiores, permitan establecer estándares comunes para el proceso penal.

## 4. Sobre la autoría por inducción y el dolo requerido

Finalmente nos interesa resaltar lo resuelto en una de las discusiones que con mayor fuerza se dio a propósito de este caso en la comunidad jurídica y que tuvo que ver con cuánto respondía la acusada como inductora (Pilar Pérez) por los hechos realizados por el autor material de los homicidios (Mario Ruz), en especial en aquello que se hubiere excedido del "plan criminal" encargado. Así pues, un posible exceso de dolo surgía como un escollo difícil de superar en una eventual condena en contra de Pilar Pérez, por el crimen ocurrido en la calle Seminario. Esta visión del caso, probablemente tenía como punto de partida un presupuesto de hecho errado, que decía relación con cuánto conocimiento de la persona asesinada (D. Schmidt-Hebbel) tenía la inductora y cuánta relevancia tenía éste en el plan criminal.

Para dilucidar este punto, es necesario hacer una breve explicación de los presupuestos fácticos del caso. Lo que la Fiscalía planteó en el juicio, tenía que ver con que D. Schmidt-Hebbel no era un sujeto que casual o circunstancialmente había estado en el lugar, sino que por el contrario su presencia en el sitio del crimen era necesaria para que éste se perpetrara y que la inductora conocía y necesitaba de esa presencia. Para ello se acreditó que por las especiales características del inmueble, su único acceso posible era por la puerta principal, la que permitía acceder a una segunda puerta blindada. De tal manera el forzamiento de dichas puertas no era posible y sólo se podía ingresar cuando ambas puertas fueran abiertas por alguno de los ocupantes de la casa.

Si además el plan contemplaba, como se probó, que al momento de acceder a la casa, todos sus ocupantes debían estar en su interior, las posibilidades se reducían a un solo horario: la primera hora del día, cuando una de las ocupantes del inmueble (la hija) emprendía rumbo a la universidad.

Lo relevante es que a esa hora, todos los días, la pasaba a buscar su novio (Schmidt-Hebbel) y por lo tanto su presencia en el lugar, a esa hora, era "conocida" por parte de la inductora. Que el encargo de matar no lo considerara directamente a él pasa a ser irrelevante, pues necesariamente la inductora se

representó la producción del hecho típico (el homicidio de Schmidt Hebbel) como una consecuencia posible de la acción del inducido y por lo mismo aceptó en su voluntad esa alternativa para el caso que se realizara.

Es decir, hay a lo menos en el encargo de Pilar Pérez dolo eventual respecto del homicidio de Schmidt Hebbel, y habiendo dolo eventual es bastante para condenarla como inductora de ese hecho, por ser dicho dolo el requerido. Así lo sostiene buena parte de la doctrina que el propio fallo reconoce (Politoff, Matus y Ramírez, Cury y Garrido Montt entre nosotros y Jescheck y Zaffaroni entre los autores extranjeros) y es además el criterio que nuestro Máximo Tribunal asienta en este caso.

En síntesis, nos parece que la sentencia de la Excma. Corte Suprema es un fallo extraordinariamente importante, no sólo porque con él se termina uno de los juicios más largos y relevantes del nuevo proceso penal, sino porque esclarece diversos temas jurídicos que permitirán iluminar futuras discusiones con el aval de una sentencia dictada de manera unánime por el Máximo Tribunal, que creemos establece respuestas correctas a los problemas procesales y de derecho sustantivo planteados.

## Sentencia

Santiago, dos de mayo de dos mil once.

#### VISTOS:

Por sentencia pronunciada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrado por los jueces señor Alejandro Aguilar Brevis y señoras Patricia González Quiroz y Doris Ocampo Méndez, el día veintiséis de febrero de dos mil once. se condenó a María del Pilar Pérez **López**, a la pena de presidio perpetuo calificado, como autora de los delitos de lesiones graves en la persona de Monserrat Hernando Berríos, perpetrado el 7 de julio de 2007 en calle Seminario N°95, comuna de Providencia, de esta ciudad; de parricidio en la persona de Francisco Zamorano Marfull y de homicidio calificado en la persona de Héctor Arévalo Olivero, ambos cometidos el 23 de abril de 2008 en calle José Manuel Infante N°1020, Providencia, Santiago y a la pena de presidio perpetuo en calidad de autora de los delitos de robo con homicidio consumado en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus y frustrados en las personas de María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel, perpetrados el 4 de noviembre de 2008 en calle Seminario N°97 de la Comuna de Providencia de esta ciudad. De igual modo, se condenó a José Mario Ruz Rodríguez a la pena de presidio perpetuo calificado como autor de los delitos de homicidio calificado en las personas de Francisco Zamorano Marfull y de Héctor Arévalo Olivero, cometidos en calle José Manuel Infante N°1020 de esta ciudad el 23 de abril de 2008 y a la pena de presidio perpetuo en su calidad de autor de los delitos de robo con homicidio, consumado en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus, y frustrados en las personas de María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel, perpetrados el 4 de noviembre de 2008 en calle Seminario N°97 de la comuna de Providencia, decretándose además, respecto de ambos sentenciados, las accesorias legales, el comiso de las especies que se indican y el pago en forma solidaria de las indemnizaciones civiles por concepto de daño moral causado a los demandantes que se detallan en el punto VII de lo resolutivo.

Contra dicha sentencia, el defensor penal público don Andrés Rieutord Alvarado, en representación de la imputada María del Pilar Pérez López, dedujo recurso de nulidad fundado en cinco causales, invocando como principal, la de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal y en forma subsidiaria, una en pos de la otra, la del artículo 374 letra f) del código citado, la contenida en la letra e) del referido artículo 374, la prevista en el artículo 373 letra b) del mismo texto, en relación con el artículo 15 N°2 del Código Penal y finalmente, la causal antes señalada pero en relación con los artículos 433 N°1 y 7, ambos del estatuto penal sustantivo.

A su vez, el defensor penal público don Boris Hrzic Miranda actuando en representación de José Mario Ruz Rodríguez, dedujo recurso de nulidad contra el referido fallo, fundado en la causal regulada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal impetrada como principal y en subsidio de ella, por las causales también residuales, contenidas en los artículos 374 letra e) y 373 letra b), ambos del referido cuerpo legal.

Luego de estimar admisibles ambos recursos, se dispuso remitir los antecedentes al señor Presidente de esta Corte a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de tales arbitrios, tal como aparece a fojas 593, verificándose la misma durante los días 8 y 12 de abril pasado, con la concurrencia y alegatos de los abogados que se expresan en las actas de fojas 598 y 599, tras lo cual se citó a los intervinientes a la audiencia de lectura del fallo para esta fecha.

### CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el primer recurso de nulidad, interpuesto en representación de la imputada María del Pilar Pérez López, en lo principal del escrito de fojas 522 de estos antecedentes, se invocan cinco causales en forma subsidiaria, comenzando por la prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la que concurre 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, denunciando como derechos fundamentales infringidos, el debido proceso legal, consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política de la República y el derecho

a la defensa, amparado en el artículos 19 N°3 inciso 2° de la carta constitucional y en los artículos 8 N°2 letra f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 N°3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**SEGUNDO:** Que, en cuanto a la infracción al debido proceso, el impugnante sostiene que los hechos que la configuran se refieren a la intervención que le cupo a Bárbara Irrazábal Martínez, asistente del fiscal adjunto Carlos Gajardo Pinto, vicios que se verificaron en la etapa de investigación, prosiguiendo hasta la dictación de la sentencia condenatoria y consistieron en que dicha funcionaria, a pesar de no ser fiscal ni abogado asistente, realizó una serie de actuaciones de carácter investigativo sin poseer la investidura legal habilitante para ello, como interrogar al imputado Ruz Rodríguez y levantar desde su domicilio diversas evidencias, siendo posteriormente ofrecida como testigo por el ente persecutor a fin de que diera cuenta en el juicio de tales acciones, a su juicio irregulares, lo que finalmente ocurrió, no obstante la oposición de la defensa, que solicitó su exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral e incidentó de igual forma, previo a su declaración ante el tribunal oral, siendo -en definitiva- valorada positivamente en el fallo.

Se precisa que la petición de exclusión de dicha testigo se basó, primero, en que las evidencias por ella obtenidas se consiguieron con infracción de garantías constitucionales, por cuanto carece de la facultad para ejercer la acción penal pública, la que está restringida a los fiscales, según se colige de lo dispuesto en los artículos 77 y 180 del Código Procesal Penal y 2° de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Sólo el fiscal, de manera exclusiva, puede llevar adelante la investigación, sin perjuicio del auxilio de las policías, conforme al artículo 79 y siguientes del Código del ramo, y de la participación que puede tener el abogado asistente del fiscal, luego de la modificación introducida al artículo 190 del cuerpo adjetivo penal. De modo que, según estos preceptos, quien dirige la pesquisa es el fiscal y la lleva a la práctica a través de sus órganos auxiliares, entre los cuales no se encuentran los funcionarios administrativos del Ministerio Público. Agrega, en segundo término, que no es posible permitir que los dichos del propio investigador puedan transformarse en evidencia o bien pasar a constituir un testimonio de sus propias actuaciones. Al efecto, expresa que el artículo 321 del Código Procesal Penal sólo permite que puedan comparecer al juicio auxiliares del Ministerio Público pero en calidad de peritos, que no es el caso. Añade que repugna al debido proceso y a una investigación racional y justa que el propio investigador pueda transformarse en testigo de su propia actuación, tal como se dice en el voto en contra de la magistrado Doris Ocampo. Se agrega que es evidente que hacer comparecer como testigo a una persona que participó activamente en la investigación, sin tener habilitación para ello, haciendo valer dolosamente su calidad de investigadora, incorporando información no

sólo de lo que le habría tocado oír a propósito de su actuación consignando declaraciones, sino que además, viciando con ello toda evidencia que mediante su relato en juicio fue incorporada, por haber sido éstas ilegalmente levantadas por ella.

Expresa el recurrente que, el fallo justifica la comparecencia de la testigo, amparándose en la inexistencia de testigos inhábiles y en la libertad de prueba; sin embargo, el artículo 309 del Código Procesal Penal, sólo tiene aplicación respecto del interviniente que no tiene un rol procesal vigente en la causa, es decir, respecto de quien puede declarar como testigo por no tener otro tipo de papel procesal, situación que no se daba en la especie pues la señorita Irrazábal era la asistente del fiscal a cargo de la investigación y ejerció funciones en la misma causa en la que se la citó a declarar, de modo tal que la norma en comento no permite que la propia parte a cargo de la investigación pueda declarar como testigo imparcial.

Finalmente y en cuanto a la trascendencia de las actuaciones en que participó la deponente censurada, el impugnante, luego de citar los considerandos del fallo en que se constatan la valoración de las mismas (referidos a los motivos décimo, páginas 213 y 334; décimo sexto, página 771; vigésimo primero páginas 775 y 776; y vigésimo cuarto, página 794), expresa que aquella se grafica en la aseveración del tribunal, contenida en el considerando décimo noveno, en orden a estimar que los dichos de la testigo resultaron ser

el hilo conductor que permitió al Ministerio Público el desarrollo de su labor investigativa, durante la cual fue incorporando evidencia a partir precisamente de sus dichos, con lo cual el ente persecutor fue en gran parte, chequeando sus aseveraciones, constatándolas en su gran mayoría. De este modo, a juicio de la defensa, lo anterior revela la sustancialidad que exige el legislador para entender conculcada la garantía del debido proceso, referida tanto al derecho a una investigación racional y justa como a que la condena se base en pruebas legítimamente obtenidas.

TERCERO: Que en cuanto al quebrantamiento del derecho a la defensa, el abogado de la imputada Pérez López sostiene que éste se manifiesta en la imposibilidad de contrainterrogar efectivamente y en definitiva, desvirtuar las declaraciones vertidas en el juicio por la testigo Bárbara Irrazábal Martínez, lo cual se produjo, en primer lugar, en razón de que su testimonio, dado su rol investigador, resultó parcializado y poco objetivo, así ante la mayoría de las consultas realizadas por la defensa en el contraexamen, señaló que no recordaba la información o bien que no la conocía, lo que desde luego impidió contrastar sus asertos y en cambio, aportó información con detalle cuando fue consultada por su jefe, el fiscal de la causa, por ejemplo en lo relativo a las declaraciones prestadas por el imputado Ruz Rodríguez. En segundo término, por cuanto la defensa se vio impedida de contra examinarla adecuadamente. de conformidad al artículo 330 inciso 2° del Código Procesal Penal, dado

los términos amplios y vagos en que fue ofrecida en la acusación, cuestión que se reclamó en la audiencia de preparación, por incumplirse el inciso penúltimo del artículo 259 del citado Código. De este modo, si bien en lo formal se llevó a cabo el contraexamen, en el fondo dicha actuación no tuvo injerencia alguna.

**CUARTO:** Que, la causal primera subsidiaria del recurso de la defensa de Pérez López se asienta en el artículo 374, letra f), en conexión con el artículo 341, ambos del Código Procesal Penal, por haberse ignorado el principio de congruencia, al exceder el tribunal los términos de la acusación y condenar por una circunstancia no contenida en ella, ya que en los presupuestos fácticos que conforman el hecho número tres de la formulación de cargos, por el que se acusó y condenó a Pérez como autora inductora de los delitos de robo con homicidio, consumado en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus y frustrados en las personas de María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel, reiterados en forma idéntica en el considerando vigésimo primero de la sentencia recurrida, no consta referencia alguna a la existencia de un encargo expreso o tácito de parte de María del Pilar Pérez hacia José Mario Ruz tendiente a causar alguna lesión o robo respecto de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus, sino sólo que aquella le propuso a Ruz ingresar al inmueble de su hermana Gloria Pérez López con el objeto de robar y matar a los integrantes de su familia, entre los que no se encuentra Diego

Schmidt-Hebbel Niehaus, falencia que fue advertida en el voto en contra y que, en consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 341, en cuanto dispone que no es posible condenar por hechos y circunstancias no contenidas en la acusación, en la especie no era posible condenar a la señora Pérez como autora inductora del delito de robo con homicidio, consumado, en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus.

QUINTO: Que como segunda causal subsidiaria del primer recurso, se invoca la contenida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal, esto es, por no contener el fallo impugnado "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo".

Se expresa en el presente arbitrio que el laudo reprochado no cumple con el inciso primero del artículo 297, que dispone que: "Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados", en especial, en relación con la ponderación que se hace respecto del perito médico de la defensa, el doctor Luis Ravanal Cepeda, respecto del hecho número dos, homicidio calificado de Francisco Zamorano Marfull y su pareja Héctor Arévalo Olivero. Añade que no obstante que el atestado de dicho profesional sobre la tesis alternativa propuesta respecto de la dinámica de los hechos, consta de más de 30 páginas, el tribunal en el considerando decimosexto desestimó en cuatro líneas su valor probatorio, limitándose a señalar genéricamente dos situaciones puntuales de su declaración y a utilizar una frase global de supuesta fundamentación, refiriendo que los peritos José Carrera y Luis Ravanal "aparecen parciales, observándose en el primero imprecisiones, contradicciones y falta de información respecto de la materia que informa, en tanto que el segundo aparece confuso respecto del punto de la angulación para el disparo, sustento de su apreciación en cuanto a que éstos se habrían efectuado estando las víctimas posicionadas de pie, estimación que además estos Magistrados no comparten habida cuenta de la ausencia de lesiones que demuestren objetivamente una caída desde sus propias alturas, unido a las restantes particularidades que se observaron en la evidencia presentada, anteojos exentos de daño de Zamorano, y el escrupuloso orden de la habitación que no se condice con la dinámica alterna postulada por la defensa".

Destaca el impugnante que el mismo defecto se aprecia al desestimar los jueces de mayoría, en el considerando decimonoveno, respecto del hecho dos, la justificación dada por la defensa para los contactos telefónicos previos entre Pérez y Ruz, basada en la existencia de una relación laboral, por cuanto si bien se sostiene en el motivo decimonoveno que la defensa no acreditó el pretendido vínculo laboral, ello contradice

lo expuesto por el propio Ministerio Público y otro acápite del fallo, en cuanto se deja establecido que los coimputados se conocieron por motivos laborales.

Asimismo, se indica que el fallo refutado tampoco cumple con el inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal, que establece que: "El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo", infracción que se produce, según la defensa, respecto del hecho número dos, al no analizarse debidamente toda la prueba rendida por la defensa, consignada en el considerando duodécimo, pues, en primer término, en el motivo decimosexto sólo se hace una apreciación global de parte de ella; en segundo lugar, el fallo no se hace cargo de la prueba de audio rendida a propósito del peritaje de José Carrera, referidas a interceptaciones telefónicas del entorno familiar del señor Soza; en tercer término, tampoco se analizan los otros medios de prueba incorporados por la defensa a propósito del peritaje de José Carrera, referidos a un taco de apuntes, un disco compacto y 20 fotos; en cuarto lugar, lo mismo ocurre con una convención probatoria relacionada con el hecho 2, relativa al peritaje de María Eugenia Sepúlveda y por último, no hay un análisis detallado del testimonio de Patricio Caroca Luengo sobre la investigación inicial seguida contra Claudio Soza Zamorano.

**SEXTO:** Que, como tercera causal subsidiaria, el recurso de Pérez López impetra la del artículo 373 letra b) del Código del ramo, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, citando como infringido el artículo 15 N°2 del Código Penal, por adjudicarle el carácter de autora inductora respecto del delito de robo con homicidio, consumado en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus. El error se produce, primero, porque la acusación y la sentencia no describen hecho alguno que revele algún encargo en torno a dar muerte o robar a Diego Schmidt-Hebbel Niehaus. En este contexto, suponer dicha intencionalidad, implica establecer la responsabilidad penal sin hecho alguno.

En segundo lugar, se sostiene que constituye una equivocación determinar que la imputada actuó con dolo eventual como autora inductora de dicho delito, por cuanto tal calidad de coparticipación supone o exige dolo directo, ya que de otra forma se infringe el principio de culpabilidad, citando al efecto determinadas secciones de las obras de los autores Cury, Donna, Jescheck y Roxin. Agrega que la inducción como forma de participación reviste particularidades en cuanto a la imputación subjetiva, pues resulta necesario determinar que comprendía el plan del inductor y hasta dónde éste responde por lo efectivamente realizado por el inducido, siendo evidente que en este caso existen divergencias entre lo planeado (robar y matar

a la familia Molina) y lo realizado (no se alcanzó a robar y se mató a otra persona). Añade que, conforme a lo anterior, el análisis de la eventual concurrencia de un error en la persona, por parte de Ruz, resulta impertinente e inaplicable al caso.

En definitiva, se expresa que la atribución errada de la calidad de autora inductora respecto del robo con homicidio de Diego Schmidt-Hebbel cometido por Ruz Rodríguez, tiene influencia sustancial en lo dispositivo, por cuanto al no tener dicha participación, debió haber sido absuelta de este delito.

SÉPTIMO: Que, como cuarta y última causal subsidiaria, se invoca la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, reclamando error de derecho en la aplicación de los artículos 7° y 433 N°1, ambos del Código Penal. Respecto de este último, por calificar erradamente el hecho número tres respecto de las víctimas María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel, como delitos de robo con homicidio frustrados y no separadamente como un robo con fuerza en la cosas en lugar habitado y cuatro homicidios calificados, de conformidad con los artículos 440 y 391 N°1 circunstancia segunda del código sustantivo, respectivamente, no obstante que se dio por acreditado que los encargos fueron dos: robar y matar, es decir, se argumenta que se trató de dos cometidos independientes, tanto es así que Ruz tenía la posibilidad de realizar el primero y no el segundo, de acuerdo al pago diferenciado

acordado, ya que sólo si cometía los homicidios se le pagaría la suma de \$10.000.000 por cada muerte, denotándose la influencia sustancial del error en la calificación jurídica en la rebaja de la penalidad atribuida a los diferentes delitos.

Por su parte, la infracción al citado artículo 7° se produce, según el recurrente, al calificar erradamente el grado de desarrollo de dichos ilícitos como frustrado, no obstante que el hechor no ejecutó todos los actos necesarios para llevarlos a cabo, conforme con lo cual la correcta calificación debió ser la de tentados, pues José Mario Ruz Rodríguez no alcanzó a realizar toda la actividad delictual necesaria para consumarlos, trazada expresamente en el plan (robar especies y joyas en el inmueble de Seminario N°97 y matar a sus moradores), ya que aquél sólo consiguió ingresar al inmueble, donde forcejeó y luchó con Diego Schmidt-Hebbel, para luego huir del lugar, sin que tampoco haya amenazado o atentado contra la integridad física de las personas a quienes se le había encargado dar muerte, María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel. Destaca también a este respecto que el error es sustancial, pues de acuerdo a la rebaja de pena que corresponde al delito tentado, se debió imponer una sanción de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, por el robo en lugar habitado en grado de tentativa y una pena única de 12 años y 4 días de presido mayor en su grado medio por cuatro homicidios calificados en grado de tentados.

**OCTAVO:** Que en cuanto al recurso de nulidad interpuesto por la defensa de José Mario Ruz Rodríguez a fojas 550 vuelta de estos antecedentes, se basa en tres causales, deducidas en forma subsidiaria, siendo la principal aquella prevista 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, reclamando como quebrantadas las garantías constitucionales del debido proceso, el derecho a guardar silencio y el derecho a defensa, previstas en los artículos 19 N°3 de nuestra Constitución Política, en relación con los artículos 93 letra g), 7°, 8° 135, 195, 326 y 91, todos del Código Procesal Penal; artículo 8° letras d) y g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo dispuesto en el artículo 14°, número 3, letras d) y g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

NOVENO: Que, la vulneración a los principios y normas relativas al debido proceso se funda, en primer lugar, en el hecho de que si bien el acusado ejerció su derecho a guardar silencio en el juicio oral, tal como lo facultan los artículos 93 y siguientes del Código Procesal Penal, el tribunal, amparado en los asertos de testigos de cargo que refirieron declaraciones irregulares del imputado prestada en sede investigativa, dio por acreditados ciertos hechos centrales de la causa, como son, por

ejemplo, lo sucedido el 23 de abril de 2008 a las 18:40 horas en calle Infante de esta capital (hecho 2), el supuesto encargo de robar y dar muerte (hecho 3) y la vinculación de la coimputada, sin que exista ningún otro mérito probatorio que lo avale, contraviniendo con ello, el artículo 340 inciso final del mismo cuerpo de normas, que impide condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración, transgrediendo también el principio de inmediación, por el cual el tribunal debe resolver con la prueba que le es presentada en juicio y con la realidad y materialidad producida en el mismo.

En segundo término, reclama que las declaraciones que el imputado Ruz prestó en la investigación se obtuvieron sin los debidos resguardos legales y constitucionales, ya que, respecto de la otorgada ante los funcionarios policiales que practicaron su detención el 4 de noviembre de 2008, en especial, el testigo Francisco Sepúlveda Pérez, se llevó a cabo en la Brigada de Homicidios ubicada en calle Condell, sin dejar registro de la misma, lugar de donde no podía retirarse, encontrándose, por tanto, ilegalmente detenido sin que hubiera orden judicial al respecto, ni hipótesis de flagrancia, pues los hechos de Seminario N°97 ocurren a primera hora de la mañana y la fiscalización de Ruz en su trabajo se realiza a las 20:00 horas del mismo día. Agrega, por lo demás, que durante el tiempo que permaneció en la unidad policial se realizaron diligencias de reconocimiento fotográfico con las víctimas, se obtuvo la declaración del testigo que tomó la patente del vehículo y de aquel que confirmó que Ruz lo ocupaba y llegaron los fiscales de la causa, datos que el policía le señaló existían en su contra, todo lo cual determinó que aquel prestara una declaración sin abogado defensor y sin que tampoco se le advirtiera que sus dichos serían repetidos en la etapa probatoria o en el juicio oral.

Sobre lo anterior, señala el recurrente que si bien el tribunal sostuvo que el juicio no es la instancia para denunciar estos hechos susceptibles de recurso de nulidad por infracción de garantías, sino que ello corresponde a la respectiva audiencia de preparación de juicio oral, la defensa entiende que el artículo 292 del Código Procesal Penal, prohibe que los testigos se refieran a las declaraciones del acusado obtenidas con infracción de garantías, por cuanto se trata de cuestiones inadmisibles que el tribunal está en condiciones de impedir.

Agrega que, también se infringe el derecho a guardar silencio al permitir que la testigo Bárbara Irrazábal atestigüe en el juicio sobre las declaraciones que escuchó al imputado Ruz, por cuanto se trata de una funcionaria del Ministerio Público, que participa activamente en la investigación, llegando incluso a levantar evidencias por sí, en circunstancias que carece de la investidura como Fiscal, sin ser siquiera abogado y por otra parte, respecto de las declaraciones de 3 y 4 de diciembre del año 2008, se prestaron sin abogado defensor y sin que exista ninguna constancia de que se le haya advertido al imputado que sus dichos serían reiterados en el juicio y que esta funcionaria se convertiría en su portavoz, replicando sus declaraciones contra su voluntad.

Al efecto, precisa que las primeras cuatro declaraciones prestadas por Ruz, el 5 y 6 de noviembre de 2008 y el 3 y 4 de diciembre de 2008, tienen como patrón común el haberse otorgado sin abogado defensor, lo que revela que nunca estuvo en condiciones de ejercer su derecho a guardar a silencio, ante la falta de asesoría de un letrado de confianza, citando al respecto dos fallos de esta Corte Suprema, dictado en los ingresos Rol 9758-2009 y 4001-10.

En definitiva, se reclama que no obstante que el imputado ejerció en el juicio su derecho a guardar silencio, el Ministerio Público incorporó sus dichos previos con los testigos de oídas, esto es, el Policía Sepúlveda Pérez, el Fiscal Caroca Luengo y la funcionaria Irrazábal, precisando que es un derecho del imputado declarar como medio de defensa y por ello, resulta agraviante que se utilice su testimonio para fundar la condena, más aún si no obstante reconocerle la atenuante de colaboración sustancial, ésta no produce efecto práctico alguno en el cálculo de la pena.

**DÉCIMO:** Que, por último y como parte de la denuncia de infracción al debido proceso, la defensa de Ruz plantea que ella también se produjo en la obtención de evidencias, primero, por la actuación de sujetos que la ley no faculta para ello, referida a la intervención de la señorita Irrazábal y de Manuel Rojas Acuña: la primera, señala, que se apersonó en la casa del imputado Mario Ruz,

donde incautó, recibió y levantó evidencias, además de efectuar consultas al acusado, recopilando información que fue trascendente para arribar a la condena de los hechos dos y tres, careciendo de la investidura legal habilitante para ello y más aún, posteriormente dio cuenta de ellas en el juicio, al que compareció como testigo, infringiéndose los artículos 180 del Código Procesal Penal y 6 y 7 de la Constitución Política de la República, situación reconocida en el voto disidente. Añade que el señor Rojas también intervino en la incautación y levantamiento de evidencias, e incluso confeccionó un set fotográfico. En segundo término, se postula una infracción a la cadena de custodia y de conservación de la evidencia recogida. En lo medular, las evidencias 48,52, 53, 56, 69, 88, 139, 140, 152 y 202 fueron introducidas al juicio, no obstante encontrarse la cadena de custodia abierta y, además, con inconsistencias en cuanto a las fechas de levantamiento, con infracción a la normativa de custodia cerrada y por no coincidencia en cuanto a su identificación. Capítulo aparte merecen las evidencias 139 y 196, que consisten en un cañón de un arma de fuego incorporada por la perito del Ministerio Público doña Ximena González, por cuanto ésta no coincide con la descripción del calibre del cañón que ella pericia y se trata de la obtención de prueba ilícita, como lo es un cañón de fabricación artesanal.

En cuanto al perjuicio, expresa que este es evidente, por existir un claro atropello a las garantías fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas. Así, el profesor Humberto Nogueira refiere que "el derecho a no declarar y a no confesarse culpable se vulnera cuando el imputado o acusado es forzado o inducido a declarar o cuando se le exige al imputado una declaración contra sí mismo". A su vez, para los constitucionalistas Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, "la validez de dicha "resolución" dependerá de si se ha fundado o no en un "proceso previo legalmente tramitado". Si no se sustenta o apoya en un proceso que tenga el carácter de previo, y que haya sido tramitado de acuerdo a la ley, podría solicitarse la nulidad".

Respecto a la preparación de la causal de la letra a), sostiene el impugnante que todos los vicios denunciados fueron oportunamente alegados en el juicio oral, así como también los que correspondían, fueron impugnados en la audiencia de preparación del juicio oral, conforme con lo cual se cumple lo dispuesto en el artículo 377 del Código Procesal Penal, sin perjuicio de que la verificación y efecto definitivo de los vicios impugnados se produjeron en la sentencia definitiva.

UNDÉCIMO: Que, en subsidio de la causal principal, el recurso de Ruz Rodríguez invoca la del artículo 374 letra e) del código del ramo, en razón de que el fallo recurrido no cumple la exigencia contenida en el artículo 342 letra c) del mismo texto, esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamen-

taren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297, por cuanto la reflexión efectuada sobre la prueba rendida, para dar por establecida la participación de José Mario Ruz, no cumple con la metodología de la última norma citada, ni con el estándar del artículo 340 del compilado procesal penal.

Al efecto, expresa que la sentencia omite valorar toda la prueba rendida en relación con el hecho dos, ya que: 1) Se desestimó, sin fundamentar el por qué, prueba tendiente a demostrar una primera línea de investigación, consistente en la indagación de personas relacionadas con la condición homosexual de las víctimas Francisco Zamorano y Héctor Arévalo, referida a los dichos del fiscal Patricio Caroca y del testigo Marcelo Carvajal Dintrans, quienes se refirieron a la intervención de un tal "milico loco", de nombre Sergio San Martín, cuya intervención no pudo ser confirmada ni descartada, generándose dudas de las que el propio voto en contra deja constancia; 2) Tampoco se consideró que existió otro imputado confeso. En efecto, según lo declaró el fiscal Patricio Caroca, originalmente se formalizó como autor del hecho dos a un tercero, de nombre Claudio Soza Zamorano, ocasión en que, además, en los cargos se precisó que las víctimas estaban de pie en el momento inmediatamente previo a ser asesinadas, a diferencia de lo sostenido por el propio Ministerio Público en el presente juicio, en que propuso que las víctimas, en el instante señalado, estaban de rodillas; 3) El tribunal no ponderó las diversas contradicciones

entre la perito Karime Hananías, que efectuó la autopsia de Francisco Zamorano y los peritos José Belletti e Iván Pérez, pues la primera descarta la tesis de que los ofendidos estaban tendidos en el suelo, en cambio, los segundos, sostienen que estaban de rodillas o en cuclillas; 4) Los jueces de mayoría dan por acreditado que los ofendidos no tenían lesiones de caídas, no obstante que de acuerdo a las autopsias, aquellos si presentaban lesiones compatibles con la caída; 5) El perito Patricio Díaz se contradice, ya que en sus primeros informes señaló que los disparos fueron a larga distancia y luego se rectifica, diciendo que se ocasionaron a corta distancia; 6) Tampoco se consideraron las contradicciones entre los armeros Aladino Pereira y Juan González sobre los detalles del arma entregada a Ruz, ni sobre la hora de la misma; 7) La perito Ximena González concluyó que el homicidio se causó con una pistola marca Browning, sin haber efectuado ninguna pericia en una arma de esa marca, calibre 7.65, tal como lo consigna el voto en contra, además que nada se dice sobre la alteración de la evidencia que realizó dicha perito; 8) No se ponderaron los dichos de los peritos Alejandro Paiva y Carlos Arenas, que permiten descartar la tesis del uso de un silenciador. 9) No se apreciaron las contradicciones e inconsistencias de Miguel Carvajal en torno al reconocimiento fotográfico de la víctima y a su errónea relación con el hecho tres; y 10) Finalmente, critica la falta de rigurosidad de la valoración de la pericia de Daniel Espinoza Muñoz, en torno a cómo se posicionó el automóvil de Ruz en el sitio del

suceso, faltando datos métricos, las imágenes de las cámaras de seguridad son difusas y las particularidades de los vehículos cotejados son diversas, de todo lo cual se explaya el voto en contra.

En cuanto al perjuicio, sostiene que por ser la causal invocada, motivo absoluto de nulidad, y como causal objetivada de infracción de garantías, presume el perjuicio causado al recurrente. Añade que, en efecto, el perjuicio procesal en contra de la defensa se supone, dado que se ha invocado un "motivo absoluto de nulidad". Según la doctrina, tal denominación importa que "la relación de causalidad entre la lesión de la ley y lo decidido en la sentencia se presume sin admitir prueba en contrario. En estos supuestos, en los que se trata de lesiones procesales especialmente graves, el recurso de casación es considerado fundado sin tener en cuenta en 'absoluto' la influencia concreta que el vicio haya tenido en la sentencia, debido a que los propios principios básicos de un proceso adecuado al Estado de Derecho no están garantizados por completo.." (Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto s. r. l. Buenos Aires 2000. Página 476). Ello se opone a los motivos relativos, como lo es la errónea aplicación del derecho en donde el perjuicio debe ser probado, bajo la fórmula de la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Así las cosas, el hecho que el tribunal no haga una relación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, y carente de una completa valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a las reglas del artículo 297 del Código Procesal Penal, se verifica en definitiva una vulneración de las garantías expuestas y el perjuicio no admite prueba en contrario como se ha señalado. Con todo, los errores en la precaria valoración de la prueba bajo el estándar que exige el artículo 297, y expresamente sancionado bajo la causal de nulidad de l'artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, causaron a Ruz Rodríguez un grave perjuicio, al condenarlo en definitiva a dos penas de presidio perpetuo, máxima sanción establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

**DUODÉCIMO:** Que como segunda causal subsidiaria, el recurso de fojas 550 vuelta, esgrime la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en base a los mismos argumentos en que se sustenta la última causal del recurso de Pérez López, consignados en el motivo séptimo de este fallo y que por motivos de economía procesal se dan por reproducidos.

DÉCIMO TERCERO: Que, para la acreditación de la preparación de los recursos y de la causal principal y primera subsidiaria invocadas por los recurrentes, las defensas rindieron la prueba ofrecida en el primer otrosí de fojas 522, consistente en la documental relativa a la copia del auto de apertura dictado por el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago en la presente causa RUC 0801000636-9, texto del cual el abogado Andrés Rieutord sólo dio lectura al ofrecimiento de la testigo

del Ministerio Público signada con el N°45, "Bárbara Irrazábal Martínez, empleado público, domiciliada en Irarrázaval 4957, Ñuñoa, quien depondrá sobre las declaraciones tomadas y diligencias realizadas en la causa RUC0801000636-9" y a la descripción del hecho número tres de la acusación. En cuanto a los registros de audio, sólo se escucharon los consignados en los números 2 y 3 del primer otrosí de fojas 522, esto es, de la audiencia de preparación del juicio oral, la pista 0801000636-9-1227-091014-00-22-PJO, resuelve exclusión, reposición, minutos 03:14 a 07:15; pista 0801000636-9-1227-091014-00-23-PJO, resuelve reposición, minutos 00:00 a 02.05; pista 0801000636-9-1227-091014-00-24-PJO, def-inc.nulidad, minutos 00:00 a 00:44; 0801000636-9-1227-091014-00-25-PJO, resuelve nulidad, minutos 00:00 a 00:20, registros que coinciden con los también ofrecidos en el número 3 del primer otrosí del recurso de fojas 550 vuelta. En tanto, del juicio oral se escuchó la pista 0801000636-9-1246-10102-27-03-testigo 46 (F), Bárbara Irra., minutos 04:54 a 23:20, sin que se hiciera efectiva la prueba de audio ofrecida en el número 1 del primer otrosí del recurso de Ruz Rodríguez.

En cuanto al recurso de nulidad deducido a favor de María del Pilar Pérez López.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en lo que toca al análisis de la causal principal del recurso de la acusada Pérez López, por la cual se reclama el quebrantamiento de las normas y principios del debido proceso y del derecho

a la defensa, en base a la intervención que le cupo a la testigo Bárbara Margarita Irrazábal Martínez, tanto en la investigación como en el juicio oral, resulta indispensable distinguir y clarificar preliminarmente cuál fue su real participación en relación a las declaraciones que prestó el acusado Ruz Rodríguez en la fase investigativa y al levantamiento de ciertas evidencias.

A su vez y con el objeto de cumplir dicha labor, cabe precisar que los reproches de la defensa se centran, por un lado, en la ausencia de facultades legales de la asistente de fiscal para realizar labores investigativas y por otro, en la imposibilidad legal de que la referida funcionaria pueda convertirse en evidencia, o bien en testigo de sus propias actuaciones, reclamando, en definitiva la valoración que el tribunal le otorga a su declaración.

Ahora bien, para dilucidar tales cuestionamientos, es menester recordar, según se consigna en el número 75 del considerando séptimo del fallo impugnado, que la testigo Irrazábal reconoce que participó en cuatro de las cinco declaraciones prestadas por Ruz, esto es, las verificadas el 6 de noviembre de 2008, el 3, 4 y 11 de diciembre de ese año. Expresa que la primera se tomó por los fiscales, sin la presencia del abogado defensor, pero luego de darle a conocer sus derechos. Agrega que en la del día 3 de diciembre estuvieron presentes los Fiscales Fodich, Caroca, Gajardo y ella, sin el abogado defensor, señor Gonzalo Castro, aunque los Fiscales se encargaron de comunicarle a dicho abogado previamente la diligencia. Lo mismo acontece el 4 de diciembre, en la que participan los Fiscales Fodich, Gajardo y ella, porque el abogado defensor del acusado tampoco compareció. Finalmente, el 11 de diciembre de 2008, estuvo presente el abogado defensor de Ruz, don Gonzalo Castro, el Fiscal Gajardo y ella. Precisó que cuando el Fiscal Gajardo le solicitó testificar en el juicio, le pidió que se refiriera a lo declarado por el imputado Ruz, a lo que ella presenció y a las diligencias en que le correspondió participar. Además, reconoce que en la última declaración, cuando estuvo presente el abogado defensor, le hizo preguntas a Ruz, en el instante en que comenzaba a señalar que Pérez había hecho los disparos, ante lo cual aquel dijo que era mentira que Pilar Pérez haya disparado contra las víctimas Arévalo y Zamorano, siendo entonces cuando el abogado defensor don Gonzalo Castro, habló con José Ruz, diciéndole que no tenía sentido que mintiera y le insistió en que contara toda la verdad de lo que había pasado, ratificando Ruz, en ese momento, que él había ido solo al lugar por instrucciones de Pilar Pérez. También expresó la testigo que sabía que no tiene facultades de investigación por iniciativa propia, pero fue el Fiscal quien se lo permitió y afirma que todas las diligencias que se hicieron en la causa fueron por requerimiento del Fiscal. Asimismo, manifiesta que en las declaraciones del imputado se registra su comparecencia, pero no se dice en que calidad.

De lo antes expuesto, es posible colegir que no resulta efectiva la afirmación de la defensa en orden a que la testigo Irrazábal haya realizado la labor investigativa propia y exclusiva de los fiscales, sin tener la habilitación legal para ello, respecto de su intervención en las ocasiones en que se verificaron las declaraciones de Ruz Rodríguez, pues no cabe duda que ella se limitó a estar presente en cuatro de las cinco declaraciones que éste prestó ante los fiscales de la causa, quienes, por cierto, siempre estuvieron a cargo de las pesquisas y de los interrogatorios.

De este modo, no se divisa infracción alguna a los artículos 77 y 180 del Código Procesal Penal y 2° de la Ley N°19.640 -citados por el recurrentepreceptos que, en lo sustancial, disponen que los fiscales del Ministerio Público ejercerán la acción penal pública en la forma prevista por la ley y con ese propósito dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos. En efecto, tal como se analizó previamente, fueron precisamente los fiscales de la causa quienes, como detentadores de la facultad de ejercer la acción penal pública, estuvieron presentes y llevaron a cabo los interrogatorios del imputado Ruz Rodríguez, limitándose la testigo Irrazábal a estar presente en los mismos, cuestión que desde luego no importa atribuirse funciones propias y exclusivas de un fiscal.

Tampoco constituye un ejercicio autónomo de la función investigadora el hecho que la deponente, tal

como lo reconoce en sus asertos, haya efectuado algunas consultas a Ruz en una de las oportunidades en que éste declaró previo al juicio, pues quedó establecido que tal situación ocurrió estando siempre presente el Fiscal Gajardo, y que fue éste quien la autorizó para aquello, descartándose, por tanto, una actuación investigativa por iniciativa propia, a lo que cabe agregar que, por lo demás, ello aconteció ante la presencia del abogado defensor de Ruz, don Gonzalo Castro, quien no formuló reparo alguno a dicha actuación y, por el contrario, aconsejó al imputado instándolo a decir la verdad de lo ocurrido respecto del hecho que en el fallo se ha signado como número dos.

DECIMO QUINTO: Que, conforme a lo razonado, al no existir reproche alguno respecto de la intervención que le cupo a Bárbara Irrazábal Martínez en relación a las declaraciones que José Mario Ruz prestó en la investigación, no se visualiza inconveniente legal ni constitucional para que pueda reproducir en la etapa probatoria respectiva aquello que escuchó o presenció y, por tanto, no existía obstáculo para que el ente persecutor ofreciera y rindiera su testimonio como prueba de cargo.

En este sentido, no resulta objetable que dicha testigo sea funcionaria del Ministerio Público, ni tampoco que fuese la asistente del fiscal acusador, pues, por una parte, desde luego ella no encarna a la institución en que ejerce sus funciones y por otra, no debe olvidarse, tal como lo destacan los profesores Baytelman y Duce, que

el nuevo sistema procesal penal trajo aparejado un cambio de la lógica en la forma de concebir a los testigos, ya no como terceros ajenos, sino como testigos de parte, autores que, refiriéndose a esta materia, expresan: "Así, la regla general de los testigos que una parte presenta al juicio es que ellos tengan una predisposición favorable respecto de la teoría del caso que esa parte sostiene, al menos en tanto la versión de ese testigo es, precisamente, consistente con la del abogado que lo ofrece como prueba. Cuando decimos, entonces, que se trata de un testigo "amigable" a la parte que lo presenta, no nos referimos a un testigo que está dispuesto a mentir ni a desvirtuar la realidad que él -o ella- cree conocer". "En todo juicio el testigo que comparece a declarar lo hace creyendo una cierta versión de los hechos o de la realidad, versión que normalmente es consistente o favorable con la que sostendrá en juicio la parte que lo presenta. Es desde este punto de vista que afirmamos que el testigo no es imparcial o neutro" (Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba, Colección Derecho, Ediciones Universidad Diego Portales, Primera Edición, página 104).

Por lo demás, lo anterior resulta acorde con el principio de libertad probatoria y con el sistema de libre valoración de la prueba, que gobiernan el actual proceso penal, de acuerdo con los cuales todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento pueden ser demostrados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley (artículo 295 del Código Procesal Penal), sin que

ninguno de ellos tenga algún valor específico preasignado. Al respecto, añaden los autores citados que: "Ello implica, de una parte, que no existen inhabilidades en virtud de las cuales un testigo en abstracto no deba ser creído por el tribunal (o incluso presentado). De otra parte, esto significa que el valor de convicción que tenga un testigo dependerá de cuán creíble (cuanto poder de convicción) tenga esa declaración en atención a los diversos factores que construyen credibilidad". A nivel de la teoría de la prueba, esto es lo que introduce la distinción entre "cuestiones de admisibilidad" (¿qué prueba es admisible en juicio y, por lo tanto, puede ser presentada?) y "cuestiones de credibilidad" (¿cuán creíble es la prueba?). Ciertamente un sistema acusatorio no suprime todas las discusiones de admisibilidad; pero, lo que nos interesa destacar es que, especialmente a nivel de los testigos, la mayor parte de lo que solían ser cuestiones de admisibilidad (inhabilidades y tachas, típicamente), se transforman ahora en cuestiones de credibilidad (que tendrán que ser debatidas en el caso concreto)" (Ob. cit., páginas 105, 106).

DÉCIMO SEXTO: Que, por otra parte, en cuanto a los cuestionamientos sobre las evidencias levantadas por la señorita Irrazábal, cabe expresar que, de acuerdo a lo consignado en el fallo a propósito de su declaración, esta testigo expresa que, en la declaración de Ruz del día 03 de diciembre de 2008, éste le dio instrucciones a su señora para que ella entregara a la Fiscalía determinadas especies, indicándole donde encontrarlas y además, junto con lo anterior un plano, el cual le había sido entregado por Pilar Pérez, el

cual correspondía a la casa ubicada en calle Seminario N°97. En virtud de tales instrucciones la señora de Ruz se dirigió a su domicilio, junto con otro funcionario de la Fiscalía, don Manuel Rojas, procediendo ésta a entregar voluntariamente un sobre que contenía fotografías -evidencia N°110-, además de una culata de escopeta -evidencia N°108- y un frasco con pastillas -evidencia N°109-, regresando dicho funcionario a la Fiscalía con las mentadas especies a las 09:00 horas de la noche, quien se las pasó junto con un informe, en el cual detalló la entrega voluntaria de las mismas.

En cuanto al plano, correspondiente a la evidencia signada con el N°104 del auto de apertura, NUE 585280, expresa la deponente en cuestión que los Fiscales Fodich y Gajardo, ante la negativa de la mujer de Ruz a entregarlo, obtuvieron una orden de incautación judicial del 8° Juzgado de Garantía que autorizaba a un funcionario de la Fiscalía para que realizara la diligencia, por lo que ella misma concurrió hasta ese domicilio, lugar donde la señora Hermosilla le hizo entrega del mentado plano a través de la incautación judicial.

Agrega que después de la incautación del plano en los términos señalados, diligencia verificada el 4 de diciembre de 2008, la señora Angélica Hermosilla volvió a la Fiscalía junto con ella, procediendo a entregarle en su oficina unos documentos consistentes en un contrato de arriendo -evidencia N°105-, un recibo de dinero y una carta de responsabilidad -evidencia N°189-, más unos guantes

-evidencia N°107-, procediendo a iniciar la cadena de custodia de las mismas.

Finalmente, expresa que la señora Angélica Hermosilla también le hizo entrega en la Fiscalía de unas fotos que mantenía en su computador y de un curriculum de Romina Andrea Moraga Pino, correspondiendo a las evidencias N°268 y 106.

De lo expuesto precedentemente, es dable concluir que la testigo en comento tampoco se atribuyó facultades investigativas propias de los fiscales en la obtención de las evidencias indicadas, pues, por una parte, respecto del plano incautado en el domicilio de Ruz, quedó establecido que éste se obtuvo mediante una orden judicial, correspondiéndole a la señorita Irrazábal sólo la función de recibir materialmente dicha especie, lo que también ocurrió respecto de las restantes evidencias, todas las cuales fueron entregadas voluntariamente por la señora de Ruz, doña Angélica Hermosilla y recepcionadas por Irrazábal en las oficinas de la Fiscalía Local de Ñuñoa, donde se desempeñaba como asistente administrativo del Fiscal Gajardo, dándose inicio con ella a la cadena de custodia de las mismas.

Conforme a lo anterior, al descartarse un actuar irregular y/o excesivo en cuanto a las facultades de la compareciente en la recolección de las evidencias señaladas, cabe desestimar cualquier reproche que por tal motivo se realice respecto del reconocimiento, explicaciones y referencias que realizó de las mismas en el juicio oral.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, en mérito de lo analizado en los motivos precedentes, resulta palmario que no son efectivos los presupuestos en base a los cuales la defensa de Pérez López postula la infracción al debido proceso, razones que desde luego son suficientes para desestimar los vicios denunciados al respecto.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, los argumentos también anteriores sirven para desechar el supuesto quebrantamiento del derecho a la defensa, basado en la imposibilidad de contrainterrogar efectivamente a la testigo Bárbara Irrazábal Martínez, en razón de estar comprometida con su rol investigador, por cuanto de los propios términos del recurso, queda claro que lo que el recurrente discute no es que no haya podido contra examinarla, sino que lo que critica es más bien el mérito de su testimonio. Sin embargo, como se explicó en los motivos anteriores, ello se relaciona más precisamente con cuestiones propias de la credibilidad de la testigo y no con algún impedimento de los derechos que la ley confiere a la defensa, pues, como se expresó, en la lógica del actual sistema procesal penal no es posible pretender que los testigos sean neutros en cuanto a su posición en el juicio y es por ello que en doctrina se habla de testigos amigables y testigos hostiles, referidos por cierto a la teoría del caso de un interviniente.

Asimismo, en cuanto a la alegación basada en lo excesivamente amplio y vago del punto de prueba para el cual se ofreció su declaración, cabe consignar que, según se leyó en la audiencia por el defensor Rieutord, el auto de apertura del juicio oral, en el N°45 de la prueba testimonial ofrecida por el Ministerio Público, señala: "Bárbara Irrazábal Martínez, empleado público, domiciliada en Irarrázaval 4957, Ñuñoa, quien depondrá sobre las declaraciones tomadas y diligencias realizadas en la causa RUC0801000636-9".

Ahora bien, la exigencia de que en la acusación, junto con individualizar al testigo, se señalen los puntos sobre los cuales habrán de recaer sus declaraciones, contenida en el inciso segundo del artículo 259 del Código Procesal Penal, busca, por un lado, que la parte contraria disponga en la audiencia de preparación del juicio oral, de los antecedentes necesarios para discutir y formular peticiones sobre exclusión de prueba, sea por impertinencia o inobservancia de garantías fundamentales, entre otras, al tenor de lo dispuesto en el artículo 276 del citado cuerpo legal y por otro lado, permitir al encausado preparar adecuadamente su defensa sin temor a sorpresas ni a elementos extraños a la acusación, cuestiones ambas que la defensa de Pérez López realizó efectivamente, tanto en la audiencia de preparación como en el juicio oral, como se comprobó con la reproducción de los registros de audio escuchados en la audiencia de los recursos de nulidad.

De este modo, no resultan cuestionables los términos en que se redactaron los puntos de prueba para los cuales se ofreció la declaración de la testigo Irrazábal, ya que, precisamente, permitieron una ardua discusión sobre la procedencia o improcedencia del testimonio de la misma, contexto en el cual no resulta atendible que la defensa reclame vaguedad o imprecisión, menos aún si las actuaciones en que le tocó intervenir a la testigo durante la investigación fueron claramente conocidas para los defensores, escenario en el cual no es posible vislumbrar alguna afectación al derecho a la defensa.

DÉCIMO NOVENO: Que, sin perjuicio de lo anterior, no debe olvidarse que el recurso de nulidad es de carácter absolutamente extraordinario, especial y de derecho estricto, y ha sido establecido por nuestro legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o sólo esta última, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del fallo, se hubiere incurrido en casuales precisas y categóricas de anulación, abriendo paso a una solución de ineficacia de los actos procesales que se han ejecutado sin cumplir con aquellas formalidades que amparan el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento o investigación racionales y justos.

De este modo, tal como lo ha expresado esta Corte en otras ocasiones, "El referido medio de impugnación debe entenderse regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de ésta, entre los cuales se encuentra el llamado "principio de trascendencia" que, por lo demás, recoge el artículo 375 de la recopila-

ción procesal criminal. En virtud de dicho axioma para que la transgresión denunciada pueda servir de soporte al arbitrio de marras debe constituir un atentado de tal magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de toda eficiencia, en otras palabras, se exige que el vicio sea sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrabe, limite o elimine el derecho preterido" (SCS, 22 de mayo de 2007, causa Rol N°1300-07).

En consecuencia, para la procedencia de este medio de impugnación no sólo se exige que la infracción de garantías sea efectivamente verificable, sino también que la transgresión denunciada cause un perjuicio constatable, que permita concluir que la garantía en cuestión ha sido efectivamente transgredida, perdiendo su esencia jurídico constitucional, trascendencia que además de estar recogida en la norma del artículo 375 del Código del ramo, encuentra su consagración en la propia causal del artículo 373 letra a), en cuanto exige que la infracción de las garantías y derechos fundamentales sea sustancial. En este sentido, los autores Horvitz y López, sostienen que: "sea que el art. 375 CPP se considere o no aplicable a la hipótesis del art.373 letra a) CPP, nos parece que la exigencia de influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia le resulta plenamente aplicable, toda vez que el recurso de nulidad supone la exigencia general del agravio, aplicable a todo recurso, y la exigencia general

del perjuicio aplicable a toda nulidad" (Ob. cit., página 415)

VIGÉSIMO: Que, de acuerdo con lo expresado en el motivo anterior, cabe considerar que la prueba testimonial objeto del reproche en análisis, no reviste la relevancia necesaria para estimar que los vicios denunciados a su respecto tendrían una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, ya que, amén de que no fue la única que condujo a los sentenciadores a formarse la convicción necesaria para condenar a los imputados Pérez López y Ruz Rodríguez, según surge del examen de la sentencia impugnada, en particular de sus motivos décimo octavo, décimo noveno, vigésimo tercero y vigésimo cuarto, resulta incorrecta la referencia que la defensa extrae de dicho fallo en cuanto a la supuesta trascendencia que habría tenido en el convencimiento alcanzado por el tribunal. En efecto, cuando en el considerando décimo noveno del fallo impugnado, denominado "Hecho N°2 Participación de María del Pilar Pérez López", el tribunal expresa, en su párrafo cuarto, que: "Se considera que sus dichos resultaron ser el hilo conductor que permitió al Ministerio Público el desarrollo de su labor investigativa, durante la cual fue incorporando evidencia a partir precisamente de sus dichos, con lo cual el ente persecutor fue en gran parte, chequeando sus aseveraciones, constatándolas en su gran mayoría", se refiere, sin duda alguna, únicamente al testimonio prestado por el coacusado José Mario Ruz Rodríguez, pues tal aserto guarda estrecha relación con la afirmación previa contenida en dicho párrafo del fallo, en orden a que "la certeza en sus asertos permite valorar las declaraciones del acusado, las que, no obstante su silencio en el juicio, llevaron al tribunal a acoger en su favor, la minorante de responsabilidad de su colaboración sustancial que fue invocada además por su defensa".

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en otra perspectiva, en lo que se refiere a la primera causal subsidiaria del recurso impetrado por la defensa de Pérez López, circunscrita al artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, que dispone: "El juicio y la sentencia serán siempre anulados: f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341", cabe señalar, en primer término, que esta última norma, en lo pertinente, prescribe que: "La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella"; y, en segundo lugar, que la defensa postula la infracción al principio de congruencia, en razón de que dentro de los presupuestos fácticos del hecho N°3 de la acusación, por el que se formularon cargos contra Pérez López como autora inductora de los delitos de robo con homicidio, consumado en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus y frustrados en las personas de María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel, hechos que, a su vez, fueron reiterados en forma idéntica en el considerando vigésimo primero de la sentencia recurrida, no existe referencia alguna a la existencia de un encargo expreso o tácito efectuado por María del Pilar Pérez hacia José Mario Ruz, tendiente a causar alguna lesión o robo respecto de Diego Schmidt-Hebbel, lo que, en concepto de la defensa, impide condenarla como autora inductora del delito de robo con homicidio, consumado, en la persona de Diego Schmidt-Hebbel.

En cuanto al principio de congruencia, esta Corte ha precisado en diversas ocasiones (SCS Rol N°5415-07, 3193-08 y 502-09), que éste se refiere a que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no comprendidos en ella. Así, la congruencia, en cuanto principio informador del proceso penal, se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica, porque sólo en el primer caso se está poniendo en riesgo una adecuada defensa del imputado. (María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle: "Derecho Procesal Penal Chileno", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición, año dos mil nueve, página 341). La garantía judicial de que se trata, asegura la concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, (artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos) e implica la prohibición de sorpresa que perturbe el derecho de defensa material de que es titular todo inculpado de un delito.

Esta regla fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión,

que debe corresponderse con el hecho descrito en la acusación y cuya base de interpretación, al decir del profesor Julio Maier, "está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado" (Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2° edición, 3° reimpresión, año 2004, página 568).

Conforme a lo reseñado precedentemente, en la especie no se vislumbra infracción al señalado axioma, por cuanto es la propia defensa la que reconoce que los hechos del acápite tercero de la acusación se reproducen en forma idéntica por el laudo censurado, existiendo, por tanto, concordancia entre la acusación y la sentencia. De este modo, el problema planteado a través de esta causal, no se refiere a la relación de igualdad que debe existir entre los hechos por los que se acusó a Pérez López y aquellos por los cuales fue efectivamente condenada, sino que a la eventual insuficiencia de dichos presupuestos fácticos para la configuración de la participación como autora inductora respecto del delito de robo con homicidio, consumado, en la persona de Diego Schmidt-Hebbel, cuestión que, sin duda alguna, resulta ajena al motivo de invalidación en estudio y justifica desde luego su rechazo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que la imputada Pérez López si bien fue condenada como autora inductora del delito de robo con homicidio, consumado, en la persona de Diego Schmidt-Hebbel, para dictar dicha condena el tribunal no consideró aquello que echa de menos la defensa, esto es, que haya existido un encargo expreso o tácito de María del Pilar Pérez hacia José Mario Ruz, tendiente a causar alguna lesión o robo de especies respecto de Diego Schmidt-Hebbel, pues se determinó por los sentenciadores en el párrafo trece del motivo vigésimo cuarto que, a este respecto, aquella "actuó con dolo eventual", ya que según se señaló supra, sabía que, posible o eventualmente, siendo altamente probable, se produciría el resultado típico, y no dejó de actuar y/o hacer el encargo criminoso pese a ello", por cuanto "la acusada sabía con lujo de detalles de la rutinas diarias, horarios y dependencias habitacionales de la familia de Seminario 97, como también que la víctima Diego Schmidt- Hebbel concurría todos los días en las mañanas a buscar a su novia María Belén Molina Pérez".

vIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en lo que atinente a la segunda causal de nulidad deducida en forma subsidiaria, contenida en la letra e) del artículo 374, en relación con los artículos 342, letra c), y 297, todos del Código Procesal Penal, se reclama, en primer término, que el fallo impugnado valora y desestima determinados medios de prueba sin respetar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados y en segundo lugar, que el tribunal no se hace

cargo en su fundamentación de toda la prueba producida en el juicio.

Cabe rechazar desde ya las protestas respecto de la valoración de los asertos del perito Luis Ravanal sobre una dinámica alternativa del hecho dos y de las probanzas tendientes a demostrar la relación laboral que justificaría los contactos telefónicos previos entre Pérez y Ruz, por cuanto de la simple lectura del respectivo libelo se advierte que el recurrente se limita a discutir la valoración que de tales pruebas realizó el tribunal, sin precisar cuáles serían los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados que habrían sido violentados por los sentenciadores. Es decir, no se denuncian errores en el pensamiento lógico formal de los jueces, sino que se destacan lo que a juicio del recurrente serían ciertas contradicciones que impiden restar valor a dichas probanzas, lo que resulta improcedente, en razón de lo dispuesto en el artículo 297 del código del ramo, precepto que otorga plena libertad al tribunal para la apreciación de la prueba rendida, conforme a las reglas allí dispuestas.

En efecto, el reproche que se hace respecto a la ponderación del peritaje efectuado por Luis Ravanal Cepeda, se centra en que el tribunal, en el considerando décimo sexto, desestimó su valor probatorio en cuatro líneas, no obstante que su declaración consta en más de treinta páginas; en que sólo se realizó una apreciación global del mismo y en que a la mayoría de los jueces le pareció "parcial", pese a que no se le atribuye dicha

calificación a la funcionaria asistente del fiscal acusador que se presentó como testigo. Estos aspectos claramente no importan una infracción a los principios básicos que, según la doctrina, conforman las reglas de la lógica, como son el de identidad, de contradicción, de razón suficiente y de tercero excluido.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que además de la ponderación que critica la defensa, contenida en el considerando décimo sexto, en la que se expresa que el referido perito "aparece confuso respecto del punto de la angulación para el disparo, sustento de su apreciación en cuanto a que éstos se habrían efectuado estando las víctimas posicionadas de pie, estimación que además estos Magistrados no comparten habida cuenta de la ausencia de lesiones que demuestren objetivamente una caída desde sus propias alturas, unido a las restantes particularidades que se observaron en la evidencia presentada, anteojos exentos de daño de Zamorano, y el escrupuloso orden de la habitación que no se condice con la dinámica alterna postulada por la defensa", los dichos del perito Ravanal también son ponderados en el párrafo treinta y tres del motivo décimo octavo del fallo impugnado, razonamiento en que se expresa que "las declaraciones del profesional -en torno a que la versión más acorde a los hallazgos de la autopsia proviene de Claudio Soza (primer imputado del hecho número dos) y no de Ruz-, resultan poco objetivas, y sus dichos no revelan claridad al desestimar algunos antecedentes, y, así, al ejemplificar, usando el modelo anatómico mencionado, valiéndose de un puntero, para indicar una

determinada trayectoria en el cráneo, quedó en evidencia, según lo estiman estos sentenciadores, que estaba forzando una conclusión y una explicación". A lo anterior, se agrega en el párrafo treinta y cinco del señalado motivo, que: "De lo anteriormente reseñado, cabe señalar que estos sentenciadores de mayoría no validarán las pruebas de la defensa que se han mencionado -incluido José Miguel Carrera Contreras- en atención a lo que se ha expresado, esto es, por estimar que sus conclusiones resultan poco objetivas, en algunos casos forzadas, y en parte, dejan cuestiones sin aclarar, restando gran parte de validez a sus ponencias, y en estas condiciones no desvirtúan la prueba acusadora".

Por otra parte, en cuanto al análisis de las pruebas de la defensa tendientes a demostrar la existencia de una relación laboral que justificaría los contactos telefónicos previos entre Pérez y Ruz, cabe consignar que en el motivo décimo noveno del fallo objetado, se expresa: "En lo que guarda relación con este fluido contacto telefónico entre José Mario Ruz Rodríguez y Pilar Pérez, considerando que si bien los tráficos de llamadas lo son entre aparatos telefónicos, como aduce la defensa, sin embargo, detrás de los mismos están las personas, y si los mismos pertenecen a los acusados, es de toda lógica y así también lo indica la experiencia, que se trataba de comunicación constante entre ambos, situación que carece de sustento si se piensa que si bien se ha hablado que Ruz hacía algún tipo de trabajo para Pilar Pérez, en el área de la construcción, debe concluirse que esa supuesta relación laboral no aparece sustentada en documento

alguno y descansa básicamente en ciertos antecedentes que aporta el mismo Ruz, y alguna referencia hace también el primo de éste, Marcos Eugenio Silva Ruz, dichos no documentados. Con ello entonces es dable poder estimar que estas regulares y constantes llamadas estaban originadas en algún asunto o materia que se llevaba adelante y era conocido por ambos".

De lo expuesto y sin perjuicio de la falta de una denuncia concreta a las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, esta Corte no aprecia error alguno en el razonamiento expresado por los jueces sobre el punto en análisis, además de lo cual se debe considerar que la contradicción que plantea la defensa a este respecto se basa en un supuesto incorrecto, pues sostiene que el vinculo laboral existente entre Pérez y Ruz habría sido aseverado por el Ministerio Público en su acusación y por el propio tribunal en la descripción de los hechos probados, contenida en el motivo décimo sexto. Sin embargo, no es efectivo que el ente persecutor y el tribunal hayan reconocido la pretendida relación laboral para unos efectos y negado la misma para otros, ya que la única aseveración en tal sentido se refiere a que los imputados Pérez López y Ruz Rodríguez se conocieron por motivos laborales -aproximadamente en el año 2004, según la acusación-, afirmación que, por cierto, no implica dar por sentada la existencia de una relación laboral entre los acusados que justifique el importante tráfico de llamadas, constatado de manera más intensa, en una época muy posterior, entre abril y noviembre de 2008, conforme con lo cual no se aprecia contradicción alguna en el fallo respecto a este punto.

En conclusión, la circunstancia de no compartir el recurrente las conclusiones del tribunal en cuanto a la fundamentación, es decir, la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente la procedencia de su impugnación por esta vía, siendo las protestas sobre la apreciación de las pruebas indicadas, más propias de un recurso de apelación, careciendo, por tanto, de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad.

VIGÉSIMO TERCERO: tampoco resulta efectivo el supuesto incumplimiento del inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal, respecto de la prueba rendida por la defensa para demostrar una tesis alternativa sobre el hecho número dos, por cuanto el propio recurrente señala que en los números 3 y 5 del considerando decimosexto (sic) del fallo impugnado, -que en realidad corresponden a los números 3 y 5 del motivo vigésimo sexto-, los medios de prueba rendidos por la defensa de María del Pilar Pérez López fueron desechados, por lo que, en principio, resulta palmario que sí existió una ponderación de los medios de prueba, criticando más bien la defensa el tenor y la extensión de la misma, cuestión que no resulta procedente plantear a través de este recurso extraordinario, máxime si no se denuncia una infracción concreta a los límites de la libre valoración de la prueba. Lo anterior queda en evidencia al reproducir los acápites a

que alude el recurrente, a saber: "3.-En relación a la probanza incorporada por la Defensa de la acusada Pérez López, el Tribunal de mayoría que determinó su intervención en los injustos pertinentes a los N°s. 2 y 3, de la acusación, desestima los dichos de Luis Sandoval Monteiro, (Considerando Duodécimo N°117); de Marcelo Carvajal Dintrans (Considerando Duodécimo N°121), de Sara Ortega Vásquez, (Considerando Duodécimo N°124); de Eduardo Muñoz Román, (Considerando Duodécimo N°125); también la de Carlos Morales Manríquez, (Considerando Duodécimo N°128); así como también la pericial de Gladys Brunetto Mier (Considerando Duodécimo N°126) y la de Amelia Correa Parra (Considerando Duodécimo N°123); por considerar que no aportan información que aparezca de entidad en orden a socavar las imputaciones efectuadas, principalmente en cuanto, como ya se dijo, estos Magistrados determinaron que la configuración fáctica, acreditada respecto del hecho N°2 de la acusación, no se condice con la dinámica alterna postulada por la defensa". "5.- Finalmente en relación a la documental presentada por la Defensa de la acusada Pérez, se desestima la incorporada con los números 1, 2, 3, 8, 9 y 12, por consignar elementos que no presentan interés, ya en razón de haberse validado la testimonial a que se refieren, ya porque se refieren a una teoría alterna que fue desestimada, ya porque se refieren a sujetos cuya intervención en los hechos no se divisa".

A mayor abundamiento, no resultan efectivos los cuestionamientos puntuales formulados por la defensa a este respecto, por cuanto, en primer lugar, el hecho que el tribunal realice una apreciación global de los medios de prueba no resulta censurable por sí misma, pues el artículo 297 inciso 2° del Código Procesal Penal, no exige en forma perentoria un análisis individual de cada uno de los medios de prueba rendidos en el juicio, sino que sólo requiere hacerse cargo en la fundamentación de toda la prueba producida, sea que el examen sea conjunto o separado, debiéndose siempre indicar las razones que se hubieren tenido en cuenta para desestimar determinadas pruebas. En segundo término, en cuanto a la supuesta falta de valoración de las interceptaciones telefónicas del entorno familiar del señor Soza, incorporadas durante la declaración del perito de la defensa José Carrera, cabe expresar que, sin perjuicio que el recurrente no expresa cuál sería la relevancia de la omisión denunciada, consta en el N°122 del motivo duodécimo del laudo recurrido, que el referido perito manifestó que dichas intromisiones se refieren a conversaciones de la hija, hijo y nuera de Claudio Soza, que versan en su mayoría sobre actuaciones de la Fiscalía en contra de don Claudio Soza, sobre sus temores a que fuera el autor de ese delito y sobre un traspaso de bienes en caso de posibles querellas, contexto en el que lógicamente su ponderación se encuentra comprendida en la afirmación del tribunal, expuesta en el motivo vigésimo sexto, en orden a que "se refieren a una teoría alterna que fue desestimada, ya porque se refieren a sujetos cuya intervención en los hechos no se divisa", ello por cuanto el tribunal rechazó la eventual participación de Claudio Soza en el hecho

número dos, referido al homicidio de Francisco Zamorano Marfull y Héctor Arévalo Olivero.

En tercer término, en lo pertinente a la supuesta falta de análisis de las evidencias materiales presentadas por la defensa, signadas con los números 5, 16 y 17, referidas a un taco de apuntes, a un disco compacto sobre el análisis del sito del suceso y a 20 fotos del lugar del crimen, todas exhibidas al perito Carrera, cabe considerar que tales antecedentes materiales fueron producidos por el referido profesional y considerados para elaborar su informe, de modo tal que sin duda alguna su ponderación se encuentra incluida en la valoración que realiza el tribunal sobre el mérito general de los dichos del referido perito, expresado en los considerandos décimo sexto y décimo octavo. A fin de ratificar lo anterior, útil resulta reproducir lo analizado por el tribunal en este último considerando, en cuanto se expresa: "Por otra parte, el perito José Miguel Carrera Contreras, que fue en su oportunidad Jefe de la Brigada de Homicidios Metropolitana, por lo que su peritaje consistió en un análisis completo de la carpeta investigativa. Y al hacerlo, fue señalando las falencias, según su opinión, de la investigación, la manera equivocada de hacer análisis, por ejemplo del sitio de suceso, o cuestionando las líneas de la investigación; sin embargo admitió, con algunas de las preguntas de los acusadores, que había antecedentes que no dominaba por completo, especial importancia reviste aquél relacionado con el hecho que se le pregunta, en cuanto a que aun al extraer el proyectil del cuerpo de Francisco Zamorano, al momento de la autopsia,

éste tenía fibras textiles de su camisa, después de haber señalado que los elementos ajenos al proyectil, al ingresar al cuerpo, quedan en el orificio de entrada, lo que queda sin explicación; lo mismo ocurre con el aluminio adherido a los proyectiles, que el Ministerio Público le señala que la única explicación para su presencia es haber usado un silenciador, cuestión que tampoco la aclaró".

En cuarto lugar, respecto a la falta de valoración de la convención probatoria N°3, referida a las conclusiones del peritaje N°657 de fecha 8 de mayo de 2008 de María Eugenia Sepúlveda Larenas, funcionaria del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, relacionado con el análisis de un sobre de papel tamaño carta, de color blanco, acompañado mediante cadena de custodia NUE 253888, la defensa no explica cuál sería la influencia en lo dispositivo del fallo de este supuesto defecto, lo que tampoco resulta evidente para esta Corte, contexto en el cual resulta insuficiente el motivo invocado para causar la nulidad impetrada, conforme lo exige el artículo 375 del Código Procesal Penal.

En quinto lugar, sobre la ausencia de un análisis minucioso del testimonio de Patricio Caroca Luengo sobre la investigación inicial seguida contra Claudio Soza Zamorano, cabe señalar que, amén de que la defensa tampoco explica a este respecto cuál sería la trascendencia en lo decisorio del fallo de este supuesto vicio, ni cuáles serían los detalles omitidos, el fallo impugnado sí se pronuncia al respecto en dos de sus acápites:

en el motivo décimo sexto, cuando expresa que "Refrenda la fidelidad de lo expuesto por la funcionaria Irrazábal, el testimonio del testigo aportado por la propia defensa, a saber el Fiscal Patricio Caroca Luengo, (Considerando Duodécimo, Punto 2, N°130), quien asimismo efectúa un largo y detallado relato de la investigación efectuada, explicando el porqué se siguió con una línea de investigación descartándose las otras, observándose en sus dichos la rigurosidad investigativa desplegada, y el contexto de la retractación del imputado inicial, cuya versión resultó desestimada frente a la contundencia de la prueba recogida con posterioridad a la detención de Mario Ruz Rodríguez"; y en el motivo décimo octavo, al consignarse que el señalado fiscal, "quien estuvo a cargo, en un primer momento, de la investigación del doble homicidio de los señores Zamorano y Arévalo, alcanzó a formalizar a otra persona, Claudio Soza y explicitó las razones que tuvo para ello, como también para el sobreseimiento definitivo posterior a su respecto".

Por lo demás, no debe olvidarse que lo que se cuestiona por la defensa en relación con el fiscal Caroca, es la supuesta falta de ponderación de los antecedentes que éste entregó sobre la investigación inicial seguida contra Claudio Soza Zamorano. Sin embargo, el laudo objetado se hace cargo expresa y detalladamente de este tema, estimando, en definitiva, que la versión más creíble es la que Ruz presta ante los fiscales durante la investigación y no la primitiva confesión de Soza, para lo cual considera, entre otros aspectos, según se precisan en los motivos décimo

sexto y décimo octavo, en síntesis, los siguientes: 1) que el vehículo de Ruz estuvo en el sitio del suceso, en el día y hora en que se comete el hecho dos; 2) que la versión de Soza a diferencia de la de prestada por Ruz, no se ajusta a las evidencias recogidas del sitio del suceso, valorando al efecto de manera positiva al perito médico de cargo José Belleti Barrera y, en forma negativa, a los peritos de la defensa José Carrera Contreras y Luis Ravanal Cepeda; y 3) al otorgar valor, a través de testigos de oídas, a los dichos que Ruz prestó en la fase investigativa, en los que confiesa su autoría material en el hecho dos y el encargo relacionado de María del Pilar Pérez, siendo destacable aquí la ponderación conjunta que se hace de la misma con otros antecedentes, como la utilización de un silenciador por parte de Ruz, que el mismo mandó a fabricar al armero Aladino Pereira, quien confirma lo anterior y da cuenta que dicha pieza del arma usada para cometer el delito se confeccionó en aluminio, lo que, a su vez, se valora en el fallo con relación a los peritajes balísticos de Ximena González Gálvez (Considerando Décimo N°73) y de Leonardo Paiva Martínez (Considerando Décimo N°74); los cuales se estiman coincidentes, al afirmar que las camisas de los proyectiles encontrados en el cuerpo de las dos víctimas presentan rastros de aluminio, que sólo se explican por su paso a través de un elemento cuya composición es dicho metal. Por último, es dable destacar que respecto de las declaraciones previas del imputado Ruz valoradas por el tribunal, se dejó establecido en el considerando décimo octavo, párrafo

quinto, que aquellas "tuvieron lugar en un marco de respeto a sus derechos, en presencia de fiscales y de personal de la Fiscalía y sin la presencia de policías, y sin que se vislumbre que haya existido alguna coacción que lo obligara a dar su testimonio".

VIGÉSIMO CUARTO: Que de acuerdo a lo ya razonado, es dable concluir que las pretendidas omisiones o ausencias en la valoración de la prueba que sirven de sustento al recurso no son tales, lo que se concluye con la sola lectura del fallo impugnado, en el cual se contiene una abundante apreciación y adecuado análisis de la prueba, incluso de la desestimada, lo cual permite perfectamente la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el veredicto, todo lo cual impide que el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del mentado código, pueda prosperar, lo que conlleva el rechazo de la segunda causal subsidiaria del primer recurso interpuesto en sus dos aspectos.

VIGÉSIMO QUINTO: Que en cuanto al tercer motivo subsidiario del arbitrio deducido por la defensa de la imputada Pérez López, correspondiente a la causal de nulidad consignada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, ésta se sustenta en la infracción del artículo 15 N°2 del Código Penal, originada, a juicio del recurrente, en razón de haberse atribuido a esta acusada participación como autora inductora del delito de robo con homicidio, consumado, en la persona de Diego Sch-

midt-Hebbel Niehaus, sin que en los presupuestos fácticos de este hecho, correspondiente al N°3, se encuentre establecida la supuesta intencionalidad homicida; y, en segundo término, por cuanto en la sentencia se determina que obró con dolo eventual, no obstante que la autoría por inducción exige necesariamente dolo directo, ya que de otra forma se infringe el principio de culpabilidad; y, en tercer término, porque resulta impertinente e inaplicable en la especie la eventual concurrencia de un error en la persona por parte de Ruz.

Al respecto, debe precisarse que, según las directrices fijadas por la doctrina y jurisprudencia, la presente causal de invalidación del juicio oral y de la sentencia, concurre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación. En este sentido, los autores Horvitz y López, expresan que: "Conforme a la discusión legislativa de la norma pertinente en el Senado, el objetivo al que apunta sería "el respecto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico" (Ob. cit., página 427).

Ahora bien, para dilucidar la concurrencia de esta causal genérica de nulidad, resulta indispensable consignar cuáles fueron los hechos establecidos por los jueces de la instancia en base a los cuales determinaron la aplicación de la norma que se reclama como infringida, presupuestos que se encuentran precisados en el motivo vigésimo primero del fallo recurrido que, al efecto, conviene reproducir: "A principios del año 2008, la imputada María del Pilar Pérez López contactó a un sujeto de nombre Emilio Pérez Guíñez, al que le contó de las desavenencias que tenía con su familia por temas de herencia y le solicitó la búsqueda de una persona con el fin que entrara a robar al domicilio de Seminario Nº97, Providencia y que matara en su interior a Agustín Molina Mirabel. Con este sujeto mantuvo contacto personal y telefónico durante los meses de Febrero a Mayo del año 2008 ambos inclusive, con el fin de coordinar la contratación de un sicario para materializar el crimen señalado, sin obtener resultados concretos.-

En vista de lo anterior, y en ese mismo período, la imputada le propuso a Ruz Rodríguez otros dos encargos. El primero fue que ingresara al inmueble de su hermana Gloria Pérez López, ubicado en calle Seminario Nº97 de la comuna de Providencia con el objeto de robar especies y joyas que habrían en el interior y que además matara a los integrantes de esa familia. Le propuso además a Ruz Rodríguez que si reali-

zaba este último hecho, además de quedarse con el botín consistente en dinero efectivo y joyas, ella le pagaría la suma de \$10 millones de pesos por cada una de las muertes, suministrándole toda la información tendiente a hacer efectivo el encargo.

El imputado Ruz Rodríguez aceptó la proposición y encargo de la imputada Pérez López, y para poder cumplirlos, concurrió nuevamente a la armería de Juan Francisco González Muñoz en el mes de octubre de 2008 y le solicitó que modificara su propia arma Taurus calibre 6.35 serie DNG06055 inscrita a su nombre, para que le cambiara el cañón del arma, encargo que Juan Francisco González Muñoz cumplió, instalándole un nuevo cañón al arma señalada lo que permitiría efectuar disparos sin que quedaran en las municiones las huellas de haber sido disparadas por el arma de Ruz Rodríguez.

El imputado merodeó el lugar en varias ocasiones, siendo la última el día lunes 3 de noviembre de 2008, en que concurrió al lugar en la mañana, alrededor de las 07:30 hrs. sin cumplir en ese momento el encargo.

Al día siguiente, el día 4 de noviembre de 2008, el imputado Ruz Rodríguez, y cumpliendo el encargo que le efectuara la imputada Pérez López, concurrió a calle Seminario, a la altura del número 97, en su automóvil marca Kia, dos puertas, color rojo, año 1996, placa patente única PP.2187, el que estacionó en las inmediaciones del sector, con el objeto de sustraer especies y matar a los integrantes del grupo familiar. Llegó al lugar alrededor de las 07:30 horas, premunido de su pistola Taurus con el cañón cambiado, la que transportaba

en un banano, de un cuchillo y con un bolso para transportar las especies a sustraer. En el lugar estuvo esperando atentamente algún movimiento y advirtió que 10 minutos antes de las 08:00 horas llegó Diego Schmidt-Hebbel Niehaus, quien pasaba a buscar a su novia, María Belén Molina Pérez, como era su costumbre en las mañanas. Al momento en que María Belén Molina Pérez abrió la puerta de ingreso al inmueble de calle Seminario N°97, Ruz Rodríguez, se puso detrás de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus, sacó la pistola del banano, empujó a Diego y a María Belén hacia el interior del inmueble y cerró la puerta de ingreso a éste. En el interior del inmueble Diego Schmidt-Hebbel Niehaus se dio vuelta y opuso tenaz resistencia al imputado. Ambos forcejearon, uno (el imputado) trató de empujarlo hacia dentro de la vivienda y el otro (Diego) lo trató de empujar hacia fuera. En ese forcejeo el imputado utilizó la pistola que llevaba en la mano, y le disparó 2 veces. Un disparo impactó a la altura de la zona tóraco-cervical de la víctima y el otro dio en la muralla interior de la vivienda. Posteriormente el imputado Ruz Rodríguez lo apuñaló, con un arma blanca que portaba, en la región cervical provocándole una gran herida cortante cervical izquierda, en el reborde mandibular de aproximadamente 5 centímetros. Mientras esto ocurría, y a raíz de los disparos y gritos, apareció el padre de María Belén, Agustín Molina Mirabel, tras lo cual el imputado se dio a la fuga del lugar, corriendo por calle Seminario hacia el norte, luego dobló en la calle Ricardo Matte Pérez hacia el oriente lugar donde abordó su automóvil patente PP.2187, en el cual se movilizaba.

La víctima quedó herida en el suelo, hasta que llegó una ambulancia que lo trasladó hasta la Posta Central, ingresando alrededor de las 08:00 horas a ese establecimiento asistencial, donde finalmente falleció producto de un shock hipovolémico causado por una herida penetrante a bala tóraco cervical derecha y una herida cortante cervical izquierda, alrededor de las 10:50 horas."

A tal descripción se agrega la contenida en el punto 6 del señalado considerando, donde se establece que: ""la acusada Pérez López le propuso a Ruz Rodríguez que entrara a robar al inmueble de Seminario  $N^{\circ}97$ , y que matara a los integrantes de su familia que allí residían, que por ello le pagaría la suma de \$10.000.000 por cada uno; ello en primer término porque ha quedado establecido que entre ambos existió en el período anterior al suceso de que se trata un nutrido contacto telefónico, así como al menos una llamada en lo posterior". Luego en el punto 7 de dicho motivo, se expresa que: "la globalidad de la acción en estudio se enmarca en las profundas desavenencias habidas entre la acusada María del Pilar Pérez López y su familia, arrastradas por años, y fundamentalmente, en los tiempos más cercanos, derivadas del fallecimiento del padre de ésta José Pérez Pérez, cuyo deceso acaeció el 15 de diciembre de 1999".

Asimismo, en el motivo vigésimo cuarto, párrafo once, a propósito de la determinación de la calidad de autora inductora de la acusada María del Pilar Pérez López, en los términos del artículo 15 N°2 del Código Punitivo, en los delitos de

robo con homicidio consumado y robos con homicidio frustrados, el tribunal expresa que: "En otro orden de ideas, tanto Gloria Ximena Pérez López y María Aurelia López Castaño, fueron claras al expresar la primera que "María del Pilar veía salir y llegar a Diego con Belén" y la segunda deponente "en relación a la rutina de Diego y Belén, explica que éste pasaba a buscar a Belén todos los días, y dejaba su auto estacionado al frente; luego se iban juntos y ella lo pasaba a dejar a su oficina".

Finalmente, en el párrafo trece de la motivación vigésimo cuarta, se establece que: "la acusada sabía con lujo de detalles de la rutinas diarias, horarios y dependencias habitacionales de la familia de Seminario 97, como también que la víctima Diego Schmidt-Hebbel concurría todos los días en la mañanas a buscar a su novia María Belén Molina Pérez, como quedó palmariamente probado en juicio, con las declaraciones de sobrina María Belén Molina Pérez, su cuñado Agustín Molina Mirabel, quienes están contestes que el ofendido Diego Schmidt-Hebbel, pasaba en la semana a la casa de Seminario Nº97, ubicada al lado del domicilio de la imputada a buscar a Belén Molina, siendo refrendados por el testimonio de María Aurelia López Castaño, indicado supra, pero que en lo pertinente señaló: "que Pilar debe haber visto muchas veces a Diego, que se debe haber encontrado con él; que al menos él contaba que se encontraba con ella", además del relato plenamente verosimil, creible y exento de cualquier reproche procesal - introducido a juicio por la testigo de oídas Bárbara Irrazábal Martínez - rico en aspectos esenciales y accesorios de las confesiones del acusado, Ruz Rodríguez".

VIGÉSIMO SEXTO: Que, de este modo, los hechos centrales acreditados respecto a la participación de la imputada Pérez López en el delito de robo con homicidio de Diego Schmidt-Hebbel, consisten, primero, que ella encargó a Ruz Rodríguez ingresar al inmueble de su hermana Gloria Pérez López, ubicado en calle Seminario N°97 de la comuna de Providencia con el objeto de robar las especies y joyas que habían en el interior y matar a los integrantes de esa familia, ofreciéndole a Ruz quedarse con el botín del robo y pagarle \$10.000.000.- por cada muerte, suministrándole toda la información tendiente a hacer efectivo el encargo; segundo, que la acusada conocía con exactitud todos los detalles relativos a las rutinas diarias, horarios y dependencias habitacionales de la familia que vivía en el inmueble de calle Seminario N°97, como también que la víctima Diego Schmidt-Hebbel concurría todos los días en la mañanas a buscar a su novia María Belén Molina Pérez; y tercero, que el día 4 de noviembre de 2008, el imputado Ruz Rodríguez, cumpliendo el encargo que le efectuara la imputada Pérez López, concurrió al domicilio señalado alrededor de las 07:30 horas, en su automóvil que estacionó en las inmediaciones del sector, premunido de su pistola Taurus con el cañón modificado, arma que transportaba en un banano, de un cuchillo y con un bolso para transportar las especies a sustraer, quien luego de esperar algún movimiento y advertir que 10 minutos antes de las 08:00

horas llegó Diego Schmidt-Hebbel Niehaus, quien pasaba a buscar a su novia, María Belén Molina Pérez, como era su costumbre en las mañanas, empujó a Diego y María Belén hacia el interior del inmueble cuando la primera abrió la puerta, originándose en ese espacio un forcejeo con Schmidt-Hebbel, instante en que le disparó a la altura de la zona tóracocervical, tras lo cual apuñaló con un arma blanca a la víctima, provocándole una gran herida cortante en la región cervical izquierda.

De los presupuestos antes reseñados, queda en evidencia que si bien el encargo que María del Pilar Pérez López efectuó a José Ruz tenía por objeto robar en el domicilio de calle Seminario N°97, Providencia y dar muerte a los integrantes de la familia que ocupaba dicho inmueble, María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel, dentro de la información que Pérez le proporcionó a Ruz para cumplir aquel cometido, estuvo el hecho de que Diego Schmidt-Hebbel concurría todos los días en la mañanas a buscar a su novia María Belén Molina Pérez, por lo que sólo resta determinar si en base a este componente o sustrato fáctico puede determinarse correctamente la participación de la acusada Pérez López como autora inductora del robo con homicidio de Schmidt-Hebbel, en los términos del artículo 15 N°2 del Código Penal, con dolo eventual.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, al respecto, el fallo impugnado, (párrafo trece del motivo vigésimo cuarto)

además de fundar la responsabilidad de Pérez López en la teoría de la imputación objetiva, al señalar que el resultado causado es objetivamente imputable a su acción, en cuanto ésta ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico, sustenta la participación de esta acusada como autora inductora en el delito de robo con homicidio consumado de Diego Schmidt-Hebbel, en la afirmación de que, por lo menos, actuó con dolo eventual, ya que "sabía que posible o eventualmente, siendo altamente probable, se produciría el resultado típico, y no dejó de actuar y/o hacer el encargo criminoso pese a ello".

Sobre la materia antes relacionada, los profesores Politoff, Matus y Ramírez, refiriéndose a la intervención de los partícipes en el delito del autor, sostienen que "nuestro Código conoce tres formas de participación punible en un hecho ajeno: inducción (art. 15  $N^2$ ), complicidad (arts.15  $N^3$  y 16) y encubrimiento (art.17), a las que atribuye diversas consecuencias penales: la misma penalidad del autor para los inductores y para un grupo importan te de cómplices, y una pena sucesivamente inferior para el resto de los cómplices y encubridores". A su vez, agregan que "la doctrina mayoritaria entre nosotros parece responder a esa pregunta afirmativamente -sobre si requiere respecto de los partícipes el mismo acuerdo de voluntades de la coautoría o uno similar-, sosteniendo que para que exista participación se requiere una convergencia o acuerdo de voluntades (dolo común), aunque claramente no puede asimilarse tal acuerdo en forma completa al de la coautoría, pues los partícipes no están en posición de querer (jurídicamente) la realización de un hecho que no depende de ellos, sino de la voluntad del autor. Podríamos, por tanto resumir esta idea en la necesidad de que el partícipe actúe dolosamente respecto de los actos propios de su participación en el hecho y conozca y acepte la voluntad de realización del autor. Este acuerdo debe ser auténtico, aunque no requiere ser expresado verbalmente y con precisión, y aún una convergencia asimilable al dolo eventual, esto es, que consista en la simple aceptación de la comisión del hecho al que se concurre parece suficiente para la imputación subjetiva al partícipe" (Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, páginas 421, 425 y 426).

Por su parte, el profesor Enrique Cury, analizando la participación y sus formas, expresa que "desde el punto de vista subjetivo, sólo puede ser partícipe quien actúa dolosamente. No existe la participación culposa. El que colabora con su conducta imprudente a la realización de un hecho típico es autor único del correspondiente delito culposo, siempre que se cumplan los requisitos generales para ello. En todo caso, para que exista dolo del partícipe, es suficiente el dolo eventual" (Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, página 623).

En igual sentido, don Mario Garrido Montt, sostiene que "como la inducción se refiere a un hecho concreto, el dolo del inductor bien debe alcanzar ese hecho, sin que sea fundamental que el que induce precise ese evento en todas sus circunstancias, basta con las características fundamentales y que tenga conciencia de antijuricidad, aunque no es necesario que conozca su punibilidad. En relación a ese hecho el inductor responde hasta el dolo eventual, en la misma forma que el autor ejecutor" (Etapas de la Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Editorial Jurídica de Chile, 1984, página 291).

Asimismo, el autor Santiago Mir Puig, ante la pregunta de si ¿basta el dolo eventual para la inducción?, manifiesta que la doctrina entiende que sí y agrega que, "en cualquier caso, el dolo del inductor constituye el límite de su responsabilidad en concepto de tal en caso de exceso del inducido (cuando éste realiza un delito más grave o distinto a aquel a que se pretendía inducir)" (Derecho Penal, Parte General, Editorial B de F, séptima edición, segunda reimpresión, julio 2005, página 407).

Acorde con lo reseñado, debe tenerse en cuenta, tal como lo expresa Eugenio Raúl Zaffaroni, que "el dolo del instigador casi siempre deja librado al autor los detalles de la ejecución" (Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, Argentina, segunda edición, página 802), de manera tal que resulta común que en la inducción exista dolo eventual, al menos en parte, pues raramente existirá plena coincidencia entre el encargo que conformó el plan trazado por el inductor y el hecho final ejecutado por el autor material.

En la misma línea, Jescheck sostiene que: "el inductor debe actuar dolosamente, bastando para ello con el dolo eventual (RG 72, 26, 29). La induc-

ción imprudente no es como tal punible pero puede presentarse como una autoría imprudente. El dolo del inductor debe estar dirigido, por una parte, a la provocación de la resolución delictiva y, por otra, a la ejecución del hecho principal por el autor, incluidos los elementos subjetivos y la realización del resultado típico (doble dolo)" (Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Quinta Edición, corregida y ampliada, página 740).

De este modo, la doctrina se encuentra conteste en que la inducción, como forma de participación culpable en un hecho punible, admite el dolo eventual, que opera respecto quien, habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, en este caso del inducido, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso que se realice, conforme con lo cual no se divisa error alguno en el fallo impugnado al determinar que la calidad de autora inductora de Pérez López en el delito de robo con homicidio consumado de Diego Schmidt-Hebbel, se configuró "al menos" con dicha clase de voluntad delictiva.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, conforme a lo expuesto, la determinación fáctica consignada en el motivo vigésimo sexto de esta decisión, justifica sobradamente la aplicación, por parte de los jueces de la instancia, de la norma prevista en el artículo 15 N°2 del Código Penal, que dispone "se consideran autores: 2°. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a

ejecutarlo", descartándose, por tanto, su contravención formal.

En efecto, si bien Diego Schmidt-Hebbel no era parte de las personas contra las cuales iba expresamente dirigido el encargo criminoso formulado por Pérez López, su presencia en el lugar fijado para la comisión del delito formó parte de la información que la inductora proporcionó al inducido para llevar a cabo el cometido delictual. Es más, su concurrencia diaria a horas tempranas de las mañanas al inmueble de Seminario N°97, Providencia, propiciaba el momento exacto para que Ruz, sabedor de esa rutina, pudiera ingresar a dicho domicilio y ejecutar el encargo, esto es, el robo en el mismo y el asesinato de los familiares de Pérez; tanto es así, que según se consigna en la sentencia censurada, José Ruz se apostó en las inmediaciones de dicha vivienda alrededor de las 07:30 horas y sólo procedió a acercarse a la misma con el fin de cumplir el plan, cuando se apersonó en el lugar Schmidt-Hebbel.

De esta manera, si bien no se demostró que Pérez López tuviera la intención manifiesta de causar algún menoscabo a la propiedad, a la integridad física o a la vida de Diego Schmidt-Hebbel, dado que su presencia en el lugar del crimen no fue casual sino que formaba parte de los detalles del plan, el resultado dañoso en su persona no sólo resultaba posible para la acusada, sino altamente probable -como lo expresa la sentencia refutada-, desde que la simple aceptación de la comisión del hecho al que se concurre parece suficiente

para la imputación subjetiva al partícipe, conforme con lo cual aparece de manifiesto que los sentenciadores no incurrieron en la errónea aplicación del derecho que se les atribuye, por lo que la causal en examen, planteada por el primer recurrente, ha de ser rechazada.

En este contexto, no resulta errónea la referencia que hace el tribunal en el motivo vigésimo cuarto de su fallo, al error en la persona por parte del inducido, por cuanto la cita de doctrina formulada al respecto, en definitiva, sólo tiende a justificar la procedencia del dolo eventual, en cuanto se expresa que resulta fundamental en la argumentación para condenar al inductor "el criterio de la previsibilidad. Y es que el tribunal considera que la desviación del curso causal y la consecuente muerte de M. debe imputarse a F. dolosamente, porque ambos acontecimientos se encuentran abarcados por su dolo, en la medida en que se mueve(n) en los límites de la previsibilidad de la experiencia general de la vida".

VIGÉSIMO NOVENO: Que en lo que toca al último motivo subsidiario del primer recurso y que se invoca en términos idénticos en el arbitrio de la defensa de Ruz Rodríguez como tercera causal, circunscrito a la consignada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se sustenta, por una parte, en la transgresión del artículo 433 del Código Penal, al calificar erradamente como robos con homicidio frustrados los hechos signados con el número 3, respecto de María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez

López y Agustín Molina Mirabel; y por otra, por el quebrantamiento del artículo 7 del citado cuerpo legal, al calificar erradamente como frustrados los hechos punibles perpetrados en perjuicio de las víctimas antes señaladas, los cuales debieron estimarse como tentados.

Los vicios denunciados se basan en que el fallo dio por acreditada la existencia de dos encargos, robar en el inmueble de Seminario N°97 y matar a sus ocupantes, lo que revela, según el recurrente, que se trata de dos cometidos independientes, arguyéndose que, en consecuencia, debieron sancionarse por separado, como un robo de especies en lugar no habitado y cuatro homicidios calificados, por cuanto el homicidio de Schmidt-Hebbel no fue con motivo ni con ocasión del robo, ilícitos que sólo alcanzaron el grado de tentados, en razón de que el autor ejecutor no materializó resultado alguno de los delitos comprendidos en el plan, alcanzando a realizar sólo una inicial parte de la actividad que le correspondía desarrollar, cual fue únicamente el hecho de ingresar al domicilio de Seminario N°97.

TRIGÉSIMO: Que como es sabido, el robo con homicidio, contemplado en el artículo 433 N°1 del Código sustantivo, es un delito complejo, integrado por un homicidio doloso, en conexión ideológica con el robo. De modo tal que si bien dicha figura delictiva se compone de dos acciones separadas una de la otra y que, aisladamente consideradas, constituyen dos ilícitos, por una parte una sustracción y, por la otra, un homicidio,

ambos se encuentran cubiertos por el mismo tipo subjetivo. Así, el profesor Etcheberry señala que: "la ley ha reunido por razones de política criminal, dos delitos independientes en una sola unidad o pena común, debido a la conexión ideológica en que se encuentran: el homicidio es una consecuencia ocasional del robo, o bien sirve a éste, y por tal razón, siendo en principio más grave un atentado contra la vida que contra la propiedad, prevalece dentro de esta unidad el elemento robo, que da su denominación y ubicación sistemática al delito, el cual es fundamentalmente contra la propiedad y no contra la vida" (Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición revisada y actualizada, 1997, página 339).

Ahora bien, en el caso de marras, el fallo impugnado en su considerando vigésimo segundo, determina que los sucesos que conforman el hecho número tres, resultan constitutivos de los delitos de robo con homicidio, en grado de consumado, en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus, previsto y sancionado en el artículo 433 N°1 del Código Penal y de robo con homicidio, en grado de frustrado, en las personas de María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López, Agustín Molina Mirabel y María Belén Molina Pérez.

En lo que atañe al hecho punible en perjuicio de los expresados familiares de María del Pilar Pérez -cuya calificación ha sido cuestionada mediante esta causal- cabe señalar que el encargo que aquella formuló a Ruz consistía -como se ha indicado

anteriormente-, en cometer un robo de especies y joyas en el inmueble de Seminario N°97 y en dar muerte a los ocupantes del mismo, designio criminoso que sin duda corresponde a una acción global, que no puede descomponerse o separarse como lo postulan los recurrentes, pues, en primer término, de los hechos probados surge con claridad que tales objetivos debían ser cumplidos por Ruz en una sola ocasión, ya que precisamente se le encargó a éste ingresar al inmueble respectivo, robar y matar a sus residentes, siendo por ello que el tribunal, al justificar la calificación de robo con homicidio, expresa que ésta se atribuye "en razón de que el hechor actuó por habérsele efectuado, por parte de un tercero, un ofrecimiento monetario a fin de que concretara tales cometidos, los que no pudo materializar en razón de la actividad desplegada por la que fuera su víctima fatal, que lo repelió en su intento de continuar con su actuar lesivo de apropiación y muerte" (último párrafo del considerado vigésimo segundo).

En segundo término, el supuesto pago diferenciado ofrecido a Ruz tampoco permite realizar la pretendida descomposición del tipo penal, ya que si bien en la descripción de los hechos probados se expresa que la imputada Pérez, además de prometerle al sicario apropiarse del botín, le ofreció, además, pagarle la suma de diez millones de pesos por cada una de las muertes. Ahora bien, dicha circunstancia, probada en autos, no implica que el encargo homicida haya sido independiente de aquel de carácter apropiatorio, sino que sólo

podría revelar un estímulo más para que el hechor material cumpliese la globalidad del cometido delictual.

De esta forma, no cabe duda que el encargo de matar a los familiares de Pérez López propuesto por ésta a Ruz Rodríguez, tenía que ser ejecutado con motivo del robo que también le fuera encomendado por aquella; existiendo por tanto una clara conexión ideológica entre la pretendida vulneración del derecho de propiedad con aquella encaminada a afectar el derecho a la vida de la familia de la imputada Pérez que residía en el inmueble objeto del robo planificado, vinculación que se produce, entonces, en razón de existir el designio anticipado de matar, además de robar, conforme con lo cual no se aprecia yerro alguno en el encausamiento típico de los hechos en análisis, lo que justifica el rechazo de este motivo de la causal estudiada.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que sobre la errónea determinación del grado de desarrollo del delito en perjuicio de María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López, Agustín Molina Mirabel y María Belén Molina Pérez, cabe precisar que al desestimarse la pretendida descomposición del tipo penal de robo con homicidio, cualquier discusión sobre el iter criminis resulta inoficiosa y carente de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, pues de acuerdo a lo que dispone el artículo 450 inciso primero del Código Penal, -cuya aplicación no ha sido discutida en el presente juicio-, los delitos a que se refiere el párrafo 2 (entre

ellos, el robo con homicidio previsto y sancionado en el artículo 433 N°1 del cuerpo legal sustantivo) se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.

De este modo, aún si esta Corte estableciera que hubo error en cuanto a la calificación jurídica del grado de desarrollo del delito, estimando que éste lo fue en grado de tentativa y no de frustración, como lo determinó el fallo impugnado, la pena aplicable a dicho ilícito sería en definitiva la misma, esto es, una de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, razones que obligan al rechazo de la causal de invalidación en estudio sustentada en el motivo indicado.

# En cuanto al recurso de nulidad deducido a favor de José Mario Ruz Rodríguez.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por la causal principal del arbitrio del acusado Ruz Rodríguez, se reclama la vulneración de las garantías fundamentales del debido proceso, del derecho a la defensa y del derecho a guardar silencio. Se afirma, en síntesis, que si bien el acusado ejerció su derecho a guardar silencio durante la audiencia de juicio oral, el tribunal valoró, a través de testigos de oídas, sus declaraciones previas prestadas de manera irregular en la fase investigativa, estableciendo con ellas los hechos centrales de la causa, infringiendo con ello el principio de inmediación y lo dispuesto en el artículo 340 inciso final del Código Procesal Penal, que impide condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

En primer término, cabe desestimar los defectos denunciados en orden a que no resulta procedente reproducir en el juicio los dichos que Ruz Rodríguez prestó en la investigación el día 4 de noviembre de 2008 al funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, Francisco Sepúlveda Pérez, por cuanto aquellos se refieren una supuesta detención ilegal y a la falta de registro del aparente interrogatorio realizado por el policía, aspectos que, sin embargo, no fueron reclamados oportunamente por la defensa, al menos en la ocasión especial destinada a este efecto, esto es, en la audiencia de preparación del juicio oral. Esta omisión revela el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 377 del Código Procesal Penal, sin que tampoco se haya rendido prueba con dicho fin, conforme a lo cual el motivo de invalidación en estudio carece de la necesaria preparación que la ley exige.

En segundo lugar, tampoco existió la debida preparación en cuanto a las supuestas presiones indebidas que se habrían ejercido para obtener las primeras declaraciones prestadas por Ruz dirigidas contra su conviviente María Angélica Hermosilla Becker, ya que tales vicios, de haberse producido, no fueron reclamados en forma oportuna por la defensa, como lo requiere el citado artículo 377 del estatuto legal aludido, limitándose a discutirlos en el juicio oral, razones que desde luego justifican rechazar este acápite del presente motivo de nulidad.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en cuanto a la infracción de los dere-

chos a un justo y racional proceso y a guardar silencio, basada en que no es posible valorar, por medio de testigos de oídas, las declaraciones que Ruz prestó en la investigación ante los fiscales de la causa en ausencia de un abogado defensor, cabe precisar, primeramente, que según se consigna en la declaración de la testigo Bárbara Irrazábal, detallada en el N°75 del considerado décimo del fallo recurrido, el acusado Ruz, tras renunciar a su derecho a guardar silencio, prestó declaración en cinco oportunidades diversas ante los encargados de la fase de instrucción, los días 6 y 17 de noviembre y 3, 4 y 11 de diciembre, todos del año 2008, precisando la testigo que, en las otorgadas los días 17 de noviembre y 11 de diciembre, estuvo presente el abogado de Ruz, el defensor penal público don Gonzalo Castro.

De este modo, es un hecho de la causa que las declaraciones prestadas por Ruz los días 6 de noviembre, 3 y 4 de diciembre, todos del año 2008, efectivamente se suministraron sin la presencia de un defensor, a diferencia de las concedidas los días 17 de noviembre y 11 de diciembre de tal año, en las que sí estuvo presente el abogado de Ruz Rodríguez, don Gonzalo Castro.

Sentado lo anterior, se debe aclarar que los reproches formulados por la defensa se refieren exclusivamente a la falta de un abogado defensor en tales actuaciones, sin que se haya cuestionado que Ruz, previo a prestar sus declaraciones, fue advertido de sus derechos y sabía su condición de imputado, postulando así la defensa

que la validez de la declaración de un acusado en la etapa de investigación supone necesariamente que se haya realizado con la presencia personal del abogado defensor, pues ésta sería la única forma de garantizar su voluntariedad.

A este respecto, es del caso precisar que si bien esta Corte, en los dos fallos citados por las defensas en sus respectivos libelos (Rol N°9758-09 y 4001-10) ha sostenido que "toda persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un delito, tiene derecho a designar a un abogado desde ese mismo momento, lo que debe ser realizado de manera efectiva, sin que se pueda practicar ningún acto procesal de la instrucción en que el imputado deba intervenir personalmente como tampoco ninguno de los actos o diligencias definitivos e irreproducibles si el abogado defensor no fue notificado previamente y asiste al mismo", ha sido este mismo tribunal quien se ha encargado de dilucidar que dicha afirmación tiene cabida, "salvo que el propio imputado asienta a que esos actos se realicen sin la presencia del defensor".

Esto es así, por cuanto en el nuevo proceso penal el imputado, esto es, una persona sindicada de cualquier forma como partícipe de un hecho punible, es, sin duda, un sujeto procesal, que ya no sólo es objeto de la investigación sino que se encuentra dotado de derechos autónomos, tanto pasivos como activos, situándose dentro de los primeros, el derecho a la información y a la no autoincriminación del cual surge la posibilidad de guardar silencio y, en

los segundos, se ubican, entre otros, la garantía de ser oído en cualquier etapa del procedimiento, es decir, tener la posibilidad de hablar, sea para hacerse cargo de la imputación en su contra, negarla, matizarla o entregar información adicional, como lo sería la intervención de un partícipe, o incluso, para confesar la comisión del delito, pues tal como lo plantea el profesor Tavolari, "de muy antiguo se ha reconocido el mecanismo de alivio psicológico que representa para el autor de un delito, en ocasiones abrumado por el remordimiento, reconocer su comisión" (Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, página 169).

Lo anterior revela, por una parte, que el derecho a guardar silencio es, sin duda, renunciable. Tanto es así que el propio Código Procesal Penal regula la declaración del imputado ante la policía (artículo 91) y ante el fiscal (artículo 194), disponiendo el primero de los preceptos citados, en su inciso segundo, que "Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare ante el fiscal", regulando, a su vez, el segundo precepto, ciertos resguardos cuando el imputado se allana a prestar declaración ante el fiscal y se trata de su primera declaración, como el deber del persecutor de informar al imputado cual es el hecho que se le atribuye y los antecedentes de la investigación que resultaren en su contra, agregando dicha norma que "a continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere

por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere".

De este modo, si bien la presencia del defensor en las declaraciones del imputado tiende a garantizar la voluntariedad de la misma, aquella no constituye la única forma a través de la cual se puede demostrar que fue prestada en forma libre y espontánea, pues la parte que la presenta a juicio podrá recurrir a otras pruebas; por ejemplo, a los testigos que presenciaron y escucharon la declaración del imputado, tal como ocurrió en este caso, al incorporar el ente persecutor el testimonio de Bárbara Irrazábal, siendo facultad exclusiva de los jueces de la instancia pronunciarse sobre la credibilidad que le otorgan al contenido del mismo.

Sostener lo contrario nos llevaría al extremo de impedir que un imputado pueda manifestar autónomamente su voluntad de declarar respecto de hechos que lo incriminen, consecuencia que, desde luego, parece excesiva al tenor de lo que la Carta Fundamental garantiza al respecto (artículo 19 N°3 inciso 7°), esto es, el derecho a no ser obligado a declarar bajo juramento sobre hechos propios. En consecuencia, más allá de la presencia del abogado defensor, la cuestión central consiste en determinar si la declaración previa prestada por el imputado lo fue de manera libre y voluntaria, esto es, exenta de todo tipo de coacción, sea física o moral e informada, es decir, en conocimiento de sus derechos, cuestiones que se satisfacen plenamente en la especie, desde que la primera declaración que el acusado Ruz prestó ante los

fiscales se hizo luego de estar formalmente detenido, conociendo su condición de imputado, y que previo a concederla fue advertido de sus derechos y renunció al de guardar silencio, tal como lo dijo la testigo Irrazábal y lo valoró el tribunal en el motivo décimo octavo de su fallo, al expresar que "además es necesario reseñar, haciendo énfasis en la valoración de estas declaraciones de Ruz Rodríguez, que las mismas tuvieron lugar en un marco de respeto a sus derechos, en presencia de fiscales y de personal de la Fiscalía y sin la presencia de policías, y sin que se vislumbre que haya existido alguna coacción que lo obligara a dar su testimonio", a lo que se agrega en el motivo vigésimo tercero que "se trata de declaraciones efectuadas en la etapa investigativa en que fue informado de sus derechos expresando su consentimiento para declarar".

La conclusión precedente, en orden a que la presencia del abogado defensor no es una condición ineludible para que un imputado preste declaración en la fase de instrucción, guarda además relación con la circunstancia que tal exigencia sólo ha sido impuesta en forma expresa por el legislador respecto de los imputados menores de edad, al establecer el artículo 31 de la Ley N°20.084 que "El adolescente -que haya sido detenido- 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", norma cuya razón de ser se encuentra -precisamente- en el trato diferenciado que se hace a favor de

los menores de edad en razón de su falta de madurez total desde el punto de vista de su imputabilidad y que, de acuerdo a la historia fidedigna de dicha ley, (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, página 724), tal exigencia, incorporada a proposición del representante de la Defensoría Penal Pública, abogado señor Berríos, tuvo por objeto garantizar expresamente respecto de los menores de edad la voluntariedad e inteligencia de la renuncia al derecho a guardar silencio.

De este modo, no cabe duda que si para los adolescentes infractores se establece esta regla de protección especial, ella no resulta indispensable en el caso de los acusados adultos, respecto de quienes no existen cuestionamientos a priori de su capacidad de autodeterminarse, siempre y cuando, advertido de sus derechos, ésta se ejerza en un marco de libertad. Así, si bien la presencia del defensor despeja toda duda posible sobre el hecho de que la declaración del detenido, sea ante el fiscal o la policía, debe ser el fruto de una decisión libre e informada, su ausencia no demuestra lo contrario, pues, como se dijo, la voluntariedad de la declaración perfectamente puede ser demostrada por otras vías.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, conviene aclarar dos situaciones. En primer término, si bien las declaraciones de 3 y 4 de diciembre de 2008 se prestaron sin la presencia de defensor, cabe consignar que en esa época el imputado Ruz Rodríguez ya contaba con un abogado de su confianza, pues

quedó establecido que el día 17 de noviembre de 2008 prestó testimonio ante los fiscales de la causa, estando presente el defensor penal público don Gonzalo Castro. Lo anterior revela, sin duda alguna, que previo a suministrar sus declaraciones de 3 y 4 de diciembre, en las que aportó información relevante sobre su participación en los hechos y sobre la intervención de la coimputada, Ruz ya contaba con un letrado de su confianza, que evidentemente estuvo en condiciones de asesorarlo sobre la conveniencia de prestar una nueva declaración y sobre las consecuencias que podría acarrearle el contenido de la misma, contexto en el que, por cierto, no es posible dar por establecida la pretendida vulneración de las garantías del debido proceso y de no auto incriminación.

En segundo término, en la declaración que este acusado presta el 11 de diciembre de 2008, convocada a petición de la defensa, según se demostró en el juicio y a la que también concurrió el abogado defensor Gonzalo Castro, Ruz no sólo ratificó sus declaraciones anteriores prestadas sin defensor presente, sino que en la misma, tras un intento de modificar su testimonio en cuanto al homicidio de Francisco Zamorano y Héctor Arévalo y, precisamente, ante el consejo de su abogado, vuelve a declarar, respecto de dicho suceso, que fue él quien le causó la muerte a las víctimas a petición de María del Pilar Pérez, reiterando detalles sobre ambos hechos. De este modo, el testimonio prestado en dicha ocasión no sólo tiene el mérito de ratificar y validar sus declaraciones previas

suministradas sin defensor, sino que importa, a la vez, una nueva declaración, con contenido propio y que, por tanto, perfectamente podía ser ofrecida e incorporada al juicio y valorada en definitiva por los jueces para justificar la convicción de condena. Por lo demás, esto fue lo que hicieron los jueces del grado, pues precisamente al analizar la participación de Ruz en ambos delitos, valoraron los asertos de la testigo Irrazábal referidos a la declaración prestada por este imputado el día 11 de diciembre de 2008, con su abogado defensor. Así, respecto del hecho dos, en el motivo décimo octavo de su veredicto, expresaron que tuvieron en cuenta lo dicho por la referida testigo "acerca de la declaración del acusado Ruz del día 11 de diciembre de 2008, que contó con la presencia de su abogado defensor, ocasión en la que, ratificando sus testimonios anteriores, volvió a relatar la manera en que se desarrolló su participación, así como también la de la acusada María del Pilar Pérez, en estos hechos, audiencia ésta que fue motivada a instancias de ese propio defensor, anunciada incluso a través de un periódico del día anterior al del testimonio. Es así como manifestó y agregó que en el mes de abril de ese año 2008, la acusada María del Pilar Pérez le encargó matar a un señor Zamorano y a su pareja hombre, sin proporcionarle mayores explicaciones del motivo, no le dijo que era su marido, y señaló que le daba lo mismo si mataba solamente a Zamorano o a los dos, y que le pagaría un millón de pesos por cada uno. En seguida, Ruz hace una referencia a un individuo que conocía de su café, de nombre Miguel, a quien le encomendó este cometido, por la suma de \$500.000,

que éste aceptó un adelanto en dinero, hasta \$100.000, sin embargo esta persona después se "fundió" con la plata, y como María del Pilar Pérez empezó a urgirlo con el "encargo" o en subsidio la devolución del dinero adelantado, el cual no tenía, es que "tomó la decisión de hacer él mismo la pega". A su vez, en cuanto al hecho tres, en el motivo vigésimo tercero, los jueces consideraron que "En cuanto a la declaración del día 11 de diciembre, señala la deponente que Ruz expresó que meses después del doble homicidio, María del Pilar Pérez le hizo otro encargo que consistía en matar a toda la familia que vivía al lado, señalando que era muy importante para ella porque así se iba a quedar con toda la herencia, ofreciéndole \$10.000.000 por cada persona a lo que Ruz expresó "o sea me iba a ganar \$40.000.000 con este trabajito", suministrándole, además toda la información relativa a la familia del lado. También refiere esta testigo que Ruz declaró tener el cañón del arma que utilizó, y trasladados a su domicilio éste indicó el lugar donde lo tenía oculto, siendo incautado".

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que las declaraciones previas otorgadas por el imputado no sólo fueron incorporadas a través de los asertos de la testigo de cargo Irrazábal Martínez, sino también por medio de los dichos del testigo presentado por la propia defensa, el Fiscal Patricio Caroca Luengo, contexto en el cual los cuestionamientos en torno a la imposibilidad de reproducir en el juicio los dichos previos de Ruz Rodríguez, se distorsionan en base a la propia actividad probatoria desplegada por la defensa.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que una declaración previa al juicio de un imputado sea considerada no sólo como un medio de defensa, sino también como un medio de prueba, cabe señalar que, tal como lo expresan los profesores Duce y Riego, "En principio, como regla general, podemos decir que las declaraciones que el imputado haya formulado fuera del juicio sobre hechos relevantes del mismo, constituye una información que puede ser incorporada al debate y, por supuesto, valorada por el tribunal en su fallo" (Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, página 471). En relación con lo anterior, el profesor Tavolari en su obra citada, expresa que "Si el sujeto puede renunciar y en los hechos renuncia a guardar silencio, y por las motivaciones que sean, reconoce el hecho y su participación en él, no contraría garantía fundamental alguna la resolución que autoriza la producción de prueba testimonial encaminada a reconstruir los dichos de ese imputado" (Ob., cit., página 169). Es decir, si bien el Código Procesal Penal ha consagrado el derecho del imputado a declarar como medio de defensa en cualquier etapa del procedimiento (artículo 93), nada impide que se valore una declaración auto incriminatoria del acusado, por cuanto no debe olvidarse que el derecho a guardar silencio es esencialmente renunciable y que rige el principio de libertad probatoria (artículo 295), por el cual todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento pueden ser demostrados por cualquier medio

producido e incorporado en conformidad a la ley.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, en todo caso, resulta palmario que, con su última declaración prestada en la fase investigativa, el 11 de diciembre de 2008, el acusado Ruz ratificó y validó sus dichos otorgados en forma previa, con lo cual claramente se ha saneado cualquier irregularidad que pudiera postularse al respecto, pues al momento de ratificar sus asertos auto inculpatorios contó con la asesoría de un abogado defensor que, por cierto, estuvo en condiciones de velar porque se respetaran los derechos que al imputado le otorgan la Constitución y las leyes, escenario en el que no es posible sostener como una infracción a la garantía del debido proceso, el que al momento de declarar en forma libre y espontánea no se haya advertido expresamente a Ruz que sus dichos podían ser reproducidos en la fase de prueba por quien estuvo presente en tal diligencia, esto es, la testigo Bárbara Irrazábal, menos aún si, como quedó establecido, la última declaración proporcionada en la fase de instrucción, fue convocada por la propia defensa, se realizó con la presencia del defensor penal público del acusado y en ella se efectuó una ratificación no sólo formal de las declaraciones previas, sino que incluso el imputado se explayó nuevamente sobre las mismas, sin que en dicha ocasión se haya cuestionado por el letrado presente, la comparecencia de la asistente administrativa Irrazábal Martínez.

Conforme con lo anterior, en este caso, aún de estimarse que las decla-

raciones del imputado prestadas sin defensor resultarían inválidas, parece factible la aplicación de lo que en doctrina se conoce como "el principio de la conexión atenuada", que opera como un límite o excepción a la exclusión de prueba ilícita y por el cual se permite la incorporación de prueba obtenida originalmente con infracción de garantías, en razón de haberse disipado el sentido disuasivo o fin preventivo de la regla de exclusión, por ejemplo, a través de un acto libre de voluntad que tienda a purgar el vicio, tal como ha ocurrido en este caso con la última declaración prestada por el acusado, que sin duda alguna se suministró de manera voluntaria al contar con la presencia del defensor, escenario en que la ratificación de las declaraciones previas manifestada en la misma con dicha asesoría e incluso a insistencia del letrado, desde luego resulta apta y suficiente para purgar las supuestas irregularidades de las precedentes.

Sobre esta materia, resulta clarificador lo expresado por el profesor Héctor Hernández Basualto, en orden a que: "una constante en el derecho comparado es la posibilidad de incorporación legítima de prueba obtenida ilícitamente mediando la voluntad saneadora del afectado. Tal es el principal supuesto que tematiza la jurisprudencia norteamericana bajo la denominación vínculo atenuado y lo mismo hace la jurisprudencia alemana en casos de omisión de advertencia de derechos. Al menos tratándose de declaraciones referidas a antecedentes conocidos originalmente mediante la vulneración de garantías fundamentales, tal "remedio" parece justo y debiera acogerse" (La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N°2, año 2004, primera reimpresión, página 84).

En el mismo sentido, los autores Horvitz y López, refiriéndose a la doctrina del vínculo atenuado, expresan que: "se trata también de una limitación a la teoría de los frutos del árbol envenenado que surge también de la exigencia de relación causal entre la ilicitud originaria y la prueba derivada. Esta doctrina permite admitir prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba es demasiado tenue", "surge en Nardone v/s United States, en que la Corte, junto con afirmar la posibilidad de probar la existencia de una conexión causal entre información ilícitamente obtenida y prueba derivada, advirtió que como consideración de buen criterio, sin embargo, tal conexión puede haber llegado a ser tan atenuada como para disipar la mancha" (Ob cit., página 222 y 223).

Por último, es dable tener en consideración que en el derecho comparado, la aplicación de dicho principio también tuvo cabida en la sentencia del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, conocida como Oregón v/s Elstad, de 1985, en que se "mantuvo el criterio de que la conexión causal entre cualquier desventaja psicológica creada por la admisión de un sospechoso y su última decisión de cooperar, es especulativa y a lo sumo, atenuatoria, pues es difícil decir con certeza qué motiva a un sospechoso a hablar" (citada en la obra: Jacobo López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Thomson Aranzadi, segunda edición, año 2007, página 860).

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, por otra parte, el reclamo relativo a la infracción al debido proceso, basado en que la funcionaria administrativa Bárbara Irrazábal participó activamente en la investigación, tanto en la toma de declaraciones del imputado Ruz como en el levantamiento de ciertas evidencias, no obstante carecer de la investidura legal para ello, al no ser fiscal ni abogado asistente de fiscal, ha de ser desestimado por las mismas razones dadas respecto de idéntica alegación formulada en el primer recurso, consignadas en los considerandos décimo cuarto a décimo séptimo de este fallo.

Asimismo, tanto las críticas formuladas respecto a la intervención del funcionario público Manuel Rojas Acuña, en la supuesta recolección de ciertas evidencias -cuya declaración se consigna en el considerando décimo N°76 del fallo recurrido-, como aquellas dirigidas a cuestionar la cadena de custodia y la conservación de determinadas especies, deben ser desechadas, por cuanto carecen de la debida preparación, exigida en el artículo 377 del Código Procesal Penal, ya que tales vicios, de existir, no fueron reclamados en forma oportuna por la defensa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que en virtud del principio de trascendencia que gobierna la nulidad procesal y que, respecto del recurso de nulidad recoge expresamente el artículo 375 del Código del ramo, para que la transgresión

denunciada pueda servir de base a una petición de invalidación del juicio oral y de la sentencia, debe constituir un atentado de tal magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, es decir, que importe un desconocimiento de la esencia de la misma, sin que el recurrente haya precisado en la especie cuál sería la trascendencia o sustancialidad de los vicios formulados respecto de la valoración de los dichos del testigo Rojas Acuña y de las evidencias que el recurrente detalla en el punto 1.10.2 de su libelo.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Oue. del mismo modo se debe desestimar la contravención que formula el recurrente al derecho a guardar silencio ejercido por Ruz en el juicio oral, asentada en la reproducción, a través de testigos de oídas (el funcionario policial Francisco Sepúlveda, la empleada del Ministerio Público Bárbara Irrazábal y el Fiscal Caroca Luengo), respecto de las declaraciones que prestó este acusado durante la fase de investigación. En este tópico, esta Corte ha declarado, en forma reiterada, que no se infringe el derecho a guardar silencio del imputado si se escuchan en el juicio a testigos de oídas que declaran sobre lo que aquel hubiera dicho, libre y espontáneamente, con anterioridad a impetrar tal derecho. Resolver de otra forma, se ha expresado con razón, importaría dar a la invocación del derecho a guardar silencio un efecto retroactivo que la ley ciertamente no le reconoce y que implicaría invalidar cualquier prueba relativa a lo expresado por el imputado en el curso de

su vida de relación previa a la persecución penal, lo cual no puede haber estado en el espíritu del legislador al consagrarlo.

Se debe tener en cuenta, además, que si bien la Constitución garantiza a todas las personas que en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio (artículo 19 N°7 letra f), no existiendo ninguna obligación para el imputado de colaborar en la tarea de esclarecer los hechos, garantía establecida en favor de la dignidad e integridad psíquica y física de las personas, de quienes no puede obtenerse coactivamente un testimonio, nada obsta a que aquel preste libremente una declaración, como ocurrió con el acusado, y menos aún, a que, posteriormente, con la presencia de su abogado defensor, ratifique sus dichos, que es lo que aconteció en la especie.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, en cuanto al reclamo en orden a que el tribunal, amparado en las declaraciones previas de Ruz Rodríguez, arribó a ciertas conclusiones esenciales del juicio, como por ejemplo, la vinculación con la imputada, sin que exista ningún otro medio probatorio que lo avale, contraviniendo con ello el artículo 340 inciso final del Código Procesal Penal, que impide condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración, además de reiterar que no atenta contra el derecho a guardar silencio la valoración en el juicio oral de testigos de oídas que deponen sobre lo que le escucharon decir al acusado durante la investigación -menos aún si en su última declaración, en que ratificó sus dichos previos, contó con la asesoría de un abogado defensor-, cabe precisar que no resulta efectiva la afirmación de haberse infringido el inciso final del citado artículo 340.

En efecto y de manera preliminar, no puede sostenerse un quebrantamiento de dicha norma en cuanto a la vinculación que, a partir de las declaraciones de Ruz, se hace respecto de la coimputada, pues resulta evidente que para arribar a la condena de María del Pilar Pérez López no se ha considerado el mérito de su declaración, ya que ésta ha ejercido su derecho a guardar silencio, tanto en la fase investigativa como en el juicio oral, contexto en el cual, la ponderación de los dichos previos de Ruz para establecer la participación de la imputada Pérez desde luego no importa una violación a la regla en comento.

A su vez, tampoco resulta cierto que la participación de Ruz Rodríguez en los ilícitos por los que se le condena se base exclusivamente en el mérito de sus declaraciones previas, por cuanto tal como se consigna en los considerandos décimo sexto, décimo octavo y vigésimo tercero de la sentencia recurrida, su autoría material en los hechos dos y tres de la acusación se establece, además, a partir de la ponderación de prueba de cargo diversa a su testimonio otorgado en la fase investigativa. Así, respecto del hecho ocurrido el 4 de noviembre de 2008 en calle Seminario N°97, Providencia, se cuenta con la sindicación directa que efectúan en su contra los testigos presenciales, como María Belén Molina Pérez, Agustín Molina Mirabel, Claudia Dussuel Lam, Eric Betancourt Castro y Pablo Araya Carreño, además de la testimonial que da cuenta de que efectivamente estaba en posesión del vehículo marca Kia, modelo Pride, color rojo, placa patente PP-2187, en el que se le vio huir del sitio del suceso por el último de los nombrados.

Por su parte, en el caso del hecho dos, ocurrido el 23 de abril de 2008, en el domicilio de José Manuel Infante 1020, Providencia, para establecer la autoría de Ruz se valoraron, entre otras pruebas: 1) los dichos de los armeros Juan González Muñoz y Aladino Pereira Olivera, quienes expresaron, respectivamente, haber proporcionado al imputado una pistola marca Browning calibre 7.65 y fabricar para la misma un silenciador de aluminio, entre los meses de marzo o abril de 2008; 2) el hallazgo y extracción en cada una de las víctimas, Francisco Zamorano Marfull, 58 años y Héctor Arévalo Olivero, 39 años, de un proyectil en cada cuerpo, calibre 7.65 o punto 32, los que según el perito balístico Carlos Enrique Medina Pérez, pudieron provenir de una pistola marca Browning; 3) las evidencias 224 y 211 que dan cuenta de fotografías de las referidas especies, incautadas durante la investigación; 4) el tráfico de llamadas telefónicas entre Ruz y el testigo Gonzalez que explicó la perito Marcia Andrea Valiente Rodríguez; 5) el tráfico de llamadas entre Ruz y la imputada Pérez, así como su posicionamiento a partir de la ubicación y cobertura de las ante-

nas receptoras de las mismas, explicados por los testigos Víctor Hugo Contreras Calquín, Gonzalo Vergara Boza y Pablo Guzmán Moreno; 6) el análisis de los registros de video vigilancia de los días 23 y 24 de abril de 2008, de las cámaras de seguridad de la empresa EJEHSA, ubicada en José Miguel Infante 1098, que abarcan entre este número y el 1020 de dicha calle, explicados por la perito audiovisual Nadia Mansilla Santibáñez, quien logró identificar que un vehículo marca Kia se estacionó en dicho tramo a las 18:38 horas del 23 de abril de 2008 y se retiró a las 19:37 horas, información que se complementa con la referida por el perito Daniel Espinoza Muñoz, quien luego de efectuar una superposición comparativa a través de un sistema computacional de las imágenes del video del día 23 de abril de 2008, con las de la reconstitución del día 8 de julio de 2009, concluyó que el móvil Kia observado en la filmaciones de seguridad corresponde al vehículo de esa marca, patente PP - 2187, usado por Ruz en el robo con homicidio de Diego Schmidt-Hebbel, especialmente, en razón de la coincidencia de los rieles del porta equipaje, de un gancho de remolque en la parte posterior del vehículo y un daño en la pintura en la parte inferior izquierda.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que al descartarse todos los aspectos en que la defensa de Ruz Rodríguez sustenta la causal principal de su recurso, corresponde desestimar las pretendidas infracciones a las garantías del debido proceso y al derecho a defensa, sin perjuicio de lo cual,

resulta útil recordar que la inobservancia de garantías fundamentales importa algo más que la simple desatención de la legalidad ordinaria, de suerte que para darla por establecida se requiere que el agravio al derecho reclamado se encuentra claramente comprobado y que éste se vincule directamente con las posibilidades de actuación que la parte afectada tuvo en el proceso, que deben verse efectivamente menoscabadas o entrabadas, exigencias que no se satisfacen en la especie.

CUADRAGÉSIMO: Que, en lo que se refiere a la segunda causal de nulidad, ajustada al artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, la defensa critica que la sentencia censurada omite valorar toda la prueba rendida en relación con el hecho dos. Sin embargo, las omisiones o ausencias reclamadas por la defensa y que se precisan en el motivo undécimo de este fallo, no son tales, lo que se concluye con la sola lectura de los pasajes principales del fallo impugnado, de lo cual fluye de manifiesto que la discrepancia real de este recurrente está circunscrita a la valoración efectuada por los jueces del fondo, la que no comparte.

Al respecto, cabe señalar que un sistema de valoración probatoria como el que establece nuestro Código Procesal Penal, que permite apreciar la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, exige que la decisión de absolución o condena deba legitimarse

racionalmente, siendo obligación de los tribunales motivar y fundar sus sentencias, pues la motivación de las decisiones constituye un deber jurídico constitucional para los jueces, que se inserta dentro de la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N°3 inciso 5 de la Constitución Política.

Ahora bien, fundar una sentencia consiste en explicar o describir el proceso intelectivo seguido por los jueces para alcanzar un veredicto. En este sentido el autor Rodrigo Cerda San Martín, expresa que: "Las personas tienen el derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, y el enlace de ellas con la ley y el sistema de fuentes del derecho aplicable. Además, en su desarrollo implica también el derecho a una sentencia razonable y congruente. No será razonable una decisión que contiene contradicciones internas o errores lógicos, y será incongruente cuando implica un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso, sobre las cuales no se ha producido la necesaria contradicción entre las partes" (Valoración de la Prueba. Sana Crítica. Librotecnia, 2008, página 107).

Este deber de fundamentación no sólo busca dar cuenta de la racionalidad del proceso intelectual en la formación de la decisión, sino que se encamina a permitir el control de la motivación que, como lo sostiene Ferrajoli, es un juicio sobre el juicio, a diferencia del juicio de mérito, que es un juicio sobre el hecho (Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Los valores de la Doble Instancia. Editores del Puerto, página 450).

En cuanto al control de la motivación en la determinación de los hechos, se ha sostenido que: "si bien es cierto que en el sistema de la sana crítica racional, el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, la legitimidad de esa apreciación dependerá de que su juicio sea razonable. Es decir, que al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, observe las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común que deben siempre informar el desenvolvimiento de la sentencia" (Julio Maier, El Control Judicial de la Motivación de la Sentencia Penal en "La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, página 118).

Es por lo expuesto que a fin de que esta Corte, en cuanto tribunal de nulidad, se encuentre en condiciones de efectuar un control sobre las reglas de la valoración de la prueba en la fundamentación de la sentencia penal, resulta indispensable, acorde con lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal y con el carácter extraordinario de este recurso, que la parte recurrente precise, al momento de formalizar su arbitrio, las reglas fundamentales de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que habrían sido incumplidas por los jueces de la instancia, límites de ponderación que tradicionalmente se han entendido referidos a las leyes fundamentales de coherencia y derivación y a los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, exigencia que no se ha cumplido en la especie.

Esto es así por cuanto tal como lo destaca Maier "no se trata de que el tribunal de casación valore nuevamente la prueba del debate, que no ha presenciado, actividad que le está prohibida, sino, antes bien, de que el imputado demuestre -no sólo argumentalmente-, a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción del conocimiento que incorpora" se observa ya que es el condenado el que ataca la sentencia y, por ende, es él, también, quien soporta la carga de verificar estos extremos, de tornar plausible los errores gruesos del fallo respecto de la reconstrucción histórica" (Derecho Procesal Penal, ob.cit., página 722-723).

## **CUADRAGÉSIMO PRIMERO:**

Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, amén de que el impugnante no precisa en su recurso cuáles serían los errores lógico formales en el pensamiento de los jueces, tampoco resultan efectivos los defectos que postula en cuanto a la valoración de la prueba respecto de la participación de Ruz en el hecho número dos.

En efecto, en primer término, se reclama que el tribunal no ponderó el hecho de que la primera línea de investigación, relacionada con la búsqueda de personas vinculadas con la condición homosexual de las víctimas, no fue agotada, no obstante que el propio fiscal Caroca refirió que se indagó la relación de un sujeto apo-

dado "milico loco", que incluso logró ser individualizado e interrogado. Sin embargo, tal como se consigna en el párrafo veintiocho del motivo décimo octavo del fallo recurrido, el tribunal estimó como uno de los elementos probatorios conducentes a establecer la participación de Ruz, lo expuesto por el testigo Caroca Luengo, quien, respecto de las líneas de investigación desarrolladas, expresó que la primera, buscar antecedentes relacionados con la condición homosexual de las víctimas, resultó agotada y sin resultados, sin que la sola circunstancia de que el recurrente no comparta tales conclusiones justifique invalidar el razonamiento de los jueces.

En segundo término, también debe desestimarse el reclamo de no haberse ponderado los antecedentes expuestos por el fiscal Caroca por los cuales se formalizó en un primer momento a Claudio Soza Zamorano, por cuanto, tal como ya se razonó por esta Corte al momento de rechazar similar alegación del primer recurrente, en el motivo vigésimo tercero de este fallo, el laudo censurado sí se pronuncia en dos de sus acápites sobre el punto en cuestión, al valorar el testimonio del Fiscal Patricio Caroca Luengo, expresando que éste "efectúa un largo y detallado relato de la investigación efectuada, explicando el porqué se siguió con una línea de investigación descartándose las otras, observándose en sus dichos la rigurosidad investigativa desplegada, y el contexto de la retractación del imputado inicial, cuya versión resultó desestimada frente a la contundencia de la prueba recogida con posterioridad a la detención de Mario Ruz Rodríguez", a lo que se agrega que aquel también dio cuenta que "alcanzó a formalizar a otra persona, Claudio Soza y explicitó las razones que tuvo para ello, como también para el sobreseimiento definitivo posterior a su respecto".

En tercer término, en cuanto a la pretendida falta de valoración de las supuestas contradicciones entre los peritos del Ministerio Público Karime Hananías Guarnieri, José Belleti Barrera e Iván Pavéz Viera, sobre la dinámica de los hechos y la posición de la víctimas, en razón de que sostienen, la primera que lo menos probable es que los ofendidos hayan estado en el suelo, el segundo que estaban de rodillas o en cuclillas y el tercero que lo más probable es que hayan estado tendidos en el suelo, primeramente ha de destacarse que la defensa se limita a constatar estas supuestas contradicciones, sin explicar cuál sería la trascendencia de las mismas ni qué efectos conllevaría una eventual correcta ponderación. Enseguida, cabe precisar que los deponentes Hananías y Pavéz corresponden a los peritos tanatólogos del Servicio Médico Legal, que realizaron las autopsias a las víctimas. La primera respecto de Zamorano Marfull y el segundo en relación con Arévalo Olivero, peritajes que fueron valorados por los jueces de la instancia para determinar las lesiones que presentaban los cuerpos, su causa de muerte y la circunstancia del hallazgo de los proyectiles que causaron sus decesos (según se expresa en el párrafo segundo del punto 2 del motivo décimo sexto), considerando el tribunal para determinar la forma en que se encontraban las víctimas en el instante de los disparos, además de la información aportada por los tanatólogos, otros antecedentes, entre ellos los referidos por "los expertos que concurrieron al lugar del hecho y que dieron cuenta al Tribunal del contexto en que los cadáveres se encontraban posicionados, y de los rastros o elementos de interés que se fijaron" (párrafo tercero del punto 2 del motivo décimo sexto).

De acuerdo con lo anterior, las contradicciones expresadas por la defensa resultaron sólo aparentes y omiten considerar otros elementos de prueba rendidos en el juicio, contexto en el cual no resulta posible extraer de ellas, conclusiones categóricas suficientes para invalidar la fundamentación de los jueces en torno a la valoración de la prueba; menos aún si los tanatólogos, en supuesta contradicción, periciaron a víctimas diversas y formularon sus apreciaciones en torno a la ubicación de los afectados en términos meramente probables y sólo en base a la información que extrajeron de los cuerpos, pruebas que, por lo demás, no fueron las únicas valoradas por el tribunal para establecer los hechos.

En cuarto lugar, respecto a la falta de ponderación de la ausencia de lesiones de caídas en los fallecidos, sin perjuicio que tampoco explica la defensa que efectos tendría una ajustada valoración de este antecedente, el tribunal recurrido se hace cargo expresamente de este punto, al desechar el mérito probatorio del perito Ravanal, dándose por reproducido al efecto lo ya expuesto por

esta Corte en el motivo duodécimo de este fallo.

En quinto lugar, tampoco resulta efectiva la falta de valoración de lo expresado por el perito de cargo Patricio Díaz Ortiz, médico del departamento de Medicina Criminalística, sobre la distancia de los disparos, pues si bien éste da cuenta (considerando décimo N°45) que en sus primeros informes concluyó que aquellos se causaron a larga distancia, explicó que en base a nuevos antecedentes, entre ellos el uso de un silenciador, realizó un tercer informe en el que determinó que fueron a corta distancia, testimonio en el que no se aprecia contradicción alguna y que en ese mismo sentido fue expresamente valorado por el tribunal para establecer los presupuestos fácticos del hecho dos, tal como consta en la sección final del párrafo tercero del punto 2 del motivo décimo sexto del fallo recurrido.

En sexto lugar, deben desestimarse también los reclamos relativos a la no ponderación de supuestas contradicciones de los armeros Juan González y Aladino Pereira, por cuanto se refieren más bien al análisis de la credibilidad de sus asertos, cuestión que es privativa de los jueces de la instancia y, por lo demás, sus testimonios fueron ampliamente valorados en el fallo recurrido (motivos décimo sexto N°7 y décimo octavo, párrafos catorce y siguientes).

Del mismo modo, no resultan atendibles los cuestionamientos respecto a la ponderación de la perito Balística Ximena González, los cuales son analizados en extenso por el fallo, (motivo décimo sexto N°7), sin perjuicio de lo cual, los asertos de la misma son analizados en relación con otras probanzas, por lo que no es posible seccionar el laudo a su respecto a fin de postular un error o insuficiencia en la valoración de la prueba.

También se deben desechar las alegaciones sobre la ausencia de apreciación de las aparentes inconsistencias entre los peritos Alejandro Paiva y Carlos Arenas, por cuanto, de los propios términos expresados en el recurso, se colige que la crítica va dirigida a la debilidad de dichas probanzas, cuestión que es propia de la análisis de su credibilidad, en el que esta Corte no se puede inmiscuir, máxime si no se denuncia infracción alguna a los límites de la libre apreciación.

En cuanto a las contradicciones no valoradas del testigo de cargo Miguel Carvajal Sepúlveda, quien señaló (considerando décimo N°64) que en enero o febrero de 2008, Ruz le manifestó que necesitaba gente para matar a un sujeto, mostrándole una fotografía del mismo, expresando el testigo que en la Fiscalía le exhibieron fotos y de entre ellas escogió una que correspondía al individuo que le había mostrado Ruz, señalando en la audiencia que era Francisco Zamorano, la defensa se limita a cuestionar sus supuestas inconsistencias en cuanto a la cantidad de fotografías que le fueron exhibidas en la Fiscalía y el hecho de que el reconocimiento de la víctima habría sido sugerido, reproches que claramente buscan poner en duda la credibilidad del deponente, discrepando en consecuencia de la fuerza probatoria que el tribunal le atribuye a sus asertos (en el motivo décimo octavo), igual que en el caso de las críticas formuladas respecto de los peritos Daniel Espinoza, Nadia Mancilla y Julia Peña, referidas exclusivamente a lo "poco científicos" que le parecen a la defensa, cuestiones todas que sin duda no son propias de ser revisadas a través de un recurso de nulidad.

## **CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:**

Que, en consecuencia, no resulta efectiva la ausencia de un análisis completo de la prueba rendida respecto del hecho número dos de la acusación, con trascendencia en lo dispositivo del fallo, constatándose, por lo demás, a partir del examen del veredicto censurado, realizado a propósito del análisis de cada una de las causales de invalidación formuladas en la especie, que en él se señalan en forma clara, lógica y completa los hechos y circunstancias que se dieron por probados y los medios de prueba considerados al efecto, fundamentación que sin duda permite la reproducción del razonamiento utilizado por los jueces para arribar a las conclusiones que motivan la sentencia, sin que se aprecie alguna contradicción evidente a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, límites que en todo caso y tal como se advirtió no han sido cuestionados de manera precisa y categórica por los recurrentes, todo lo cual impide que el vicio denunciado, como constitutivo de la causal de invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del

código ya mencionado, pueda prosperar, lo que conlleva el rechazo de la segunda causal del segundo recurso interpuesto en estos antecedentes.

## **CUADRAGÉSIMO TERCERO:**

Que, por último, en lo que toca a la tercera causal del segundo recurso, consignada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y que se desarrolla en relación con los artículos 7° y 433 N°1, ambos del Código Penal, deducida en forma idéntica a la última causal del primer recurso, ha de procederse a su rechazo, conforme se razonó en los motivos vigésimo noveno, trigésimo y trigésimo primero de este fallo.

## **CUADRAGÉSIMO CUARTO:**

Que, en conclusión, al no haberse demostrado por los recurrentes la existencia, en el fallo censurado, de los vicios que le atribuyen, corresponde desestimar las reclamaciones contenidas en ambos recursos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 342, letra c), 360, 372, 373 letras a) y b), 374, letras e) y f) y 384, todos del Código Procesal Penal, se decide:

Que, se rechazan los recursos de nulidad promovidos en los libelos de fojas 522 y 550 vuelta, por los defensores penales públicos, Andrés Rieutord Alvarado y Boris Hrzic Miranda, en representación de los imputados María del Pilar Pérez López y José Mario Ruz Rodríguez, respectivamente, dirigidos en contra de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha veintiséis de febrero de dos mil once, que rola de fojas 84 a 520 vuelta de estos antecedentes, ambas inclusive, la que en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Lagos.

Rol N°2095 – 11

RIT N°136 – 2010

RUC N°0801000636 - 9

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L., Roberto Jacob Ch. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

# RECURSO DE HECHO RECHAZADO. RESOLUCIÓN QUE NO DA LUGAR AL DESAFUERO ES APELABLE

# **Tribunal: Corte Suprema**

#### Resumen:

En el artículo 418 del Código Procesal Penal, el legislador autoriza la interposición del recurso de apelación contra la sentencia que se pronuncia sobre la solicitud de desafuero, sin efectuar distinciones en cuanto al contenido de esta última. Dicha norma no pugna con la Carta Fundamental, pues ésta se limita a consagrar la procedencia del recurso de apelación, estableciendo como tribunal competente para conocer de él a la Corte Suprema.

La Constitución Política de la República no instaura una regla que proscriba la consagración a nivel legislativo del recurso de apelación en el evento de desestimarse la solicitud de desafuero.

# **Texto Completo**

Santiago, veinticinco de julio de dos mil once.

# Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en lo principal de la presentación de fojas 16 el abogado señor José Isaías Flores Aravena, representante del H. Diputado señor René Osvaldo Alinco Bustos en el proceso de desafuero seguido en su contra ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, interpone recurso de hecho contra la resolución pronunciada por este último tribunal que concedió la apelación deducida por el Ministerio Público contra la sentencia que desestimó la solicitud de desafuero.

Funda el recurso en lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 61 de la Constitución Política de la República, que en su concepto declara admisible el recurso de apelación únicamente para el evento que la petición de desafuero fuere acogida por la Corte de Apelaciones respectiva.

Segundo: Que la norma citada en el motivo precedente prescribe que ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación, declarando haber lugar a la formación de causa. De esta resolución, agrega la norma, podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

Tercero: Que el precepto antes transcrito debe necesariamente relacionarse con el artículo 418 del Código Procesal Penal, de acuerdo al cual, la resolución que se pronunciare sobre

la petición de desafuero será apelable para ante la Corte Suprema.

Como puede apreciarse del tenor literal de la norma, el legislador autoriza la interposición del recurso de apelación contra la sentencia que se pronuncia sobre la solicitud de desafuero, sin efectuar distinciones en cuanto al contenido de esta última. La disposición citada no pugna con la de la Carta Fundamental, pues ésta, en último término, se limita a consagrar la procedencia del recurso de apelación, estableciendo como tribunal competente para conocer de él a la Corte Suprema, y aún en el evento de entenderse que se refiere a la decisión de hacer lugar a la formación de causa contra el diputado o senador aforado, no instaura una regla que proscriba la consagración a nivel legislativo del mismo recurso para el caso inverso, esto es, en el evento de desestimarse la solicitud, cuyo es el caso de autos.

Cuarto: Que por las razones antes invocadas, el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público encuentra evidente sustento normativo en la norma legal aludida en el primer párrafo del fundamento tercero que antecede, de manera tal que el recurso de hecho interpuesto por el apelado no puede prosperar.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en las normas citadas y en el artículo 369 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de hecho deducido en lo principal de la presentación de fojas 16 por el abogado señor José Isaías Flores Aravena, en representación del H. Diputado señor René Osvaldo Alinco Bustos

Acordada contra el voto del Ministro señor Jacob, quien por estimar que la parte final del inciso segundo del artículo 61 de la Constitución Política de la República se sitúa únicamente en la eventualidad que la solicitud de desafuero sea acogida por la Corte de Apelaciones respectiva para hacer susceptible esa resolución del recurso de apelación, fue de parecer de acoger el recurso de hecho y, en consecuencia, declarar inadmisible la apelación deducida por el Ministerio Público contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Apelaciones de Valparaíso que desestimó la petición de desaforar al H. Diputado señor René Osvaldo Alinco Bustos.

Archívese

N°6719-2011.

Sr. Juica, Sr. Segura, Sr. Oyarzún, Sr. Rodríguez, Sr. Ballesteros, Sr. Muñoz, Sr. Dolmestch, Sr. Valdés, Sr. Carreño, Sr. Pierry, Sra. Araneda, Sr. Künsemüller, Sr. Brito, Sr. Silva, Sra. Maggi, Sra. Egnem, Sr. Jacob y Sra. Sandoval.

# RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. SOLICITUD DE REAPERTURA DE LA Investigación y audiencia para comunicar decisión de no Perseverar

Tribunal: Corte Suprema

### Resumen:

La mera circunstancia de que se haya llevado a cabo la audiencia para comunicar la decisión de no perseverar, antes de transcurrido el plazo que tenían los intervinientes para pedir la reapertura de la investigación, no permite tener por precluído el derecho a pedir la reapertura, si no constaba que las partes hubieran renunciado al término de que disponían para ejercerlo.

## **Texto completo:**

Santiago, treinta de agosto de dos mil once.

## **VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**

1° Que, de fojas 7 a 14, comparece el abogado Emilio Carreño Soto, en representación de los querellantes RedCapacita S.A. y RedCapacita Desarrollo S.A., en la causa Rit 11.829-09, seguida ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago e ingreso Corte de Apelaciones de Santiago N°1116-11, quien interpone recurso de queja contra los ministros Emilio Elgueta Torres, María Rosa Kittsteiner Gentile y Patricia Liliana González Quiroz, por la resolución extendida el veinte de junio de dos mil once, a fojas 2 y 3, en cuya virtud confirmaron el edicto en alzada, de dieciocho de mayo del mismo año, escrito a fojas 6, que, a su vez, desechó la petición de la querellante en orden a reabrir la investigación, por entender que ya había precluído su derecho.

Explica que el cinco de mayo del año en curso, el Ministerio Público instruyó al tribunal su determinación de cerrar el sumario y solicitó se fijara audiencia de rigor para comunicar su decisión de no perseverar. Así se hizo para el diez de dicho mes de mayo, notificándose a esa parte al día subsiguiente.

En la audiencia respectiva, la querellante informó que se estaría al plazo que le otorga el artículo 257 del Código Procesal Penal, puesto que había impetrado una serie de diligencias, algunas de las cuales simplemente no fueron decretadas y otras, a pesar de haberse ordenado, no se cumplieron o resultaron incompletas. El dieciséis de mayo siguiente, presentó su solicitud de reapertura de la investigación, que fue denegada de plano por el tribunal, por considerar que había precluído su derecho, ya que no lo pidió en la misma audiencia del diez de mayo pasado.

Entonces apeló y la Corte de Apelaciones confirmó ese equivocado dictamen.

Devela falta o abuso grave porque se han conculcado los artículos 257, 352, 362, 16 y 18 del Código Procesal Penal. Sobre la norma inicial mencionada, aduce que el término fijado para requerir la reapertura de la indagación, es de diez días siguientes al cierre y su presentación fue instaurada dentro de ese lapso. Los artículos 352 y 362 del estatuto del ramo, fueron vulnerados porque su libelo no fue extemporáneo. Y, finalmente, los artículos 16 y 18 del mismo cuerpo legal, preceptúan que si bien los litigantes pueden renunciar un plazo, ella debe ser expresa, lo que no aconteció; sino que, por el contrario, como consta del audio de la audiencia del diez de mayo pasado, alegó que el período para pedir la reapertura aún no expiraba, lo que fue corroborado por la juez que la dirigió.

En consecuencia, pide se deje sin efecto el veredicto impugnado y se declare que su escrito fue oportuno y que, por lo tanto, el juez de garantía debe citar a una audiencia para debatir sobre su pretensión de reapertura y resolverla.

2° Que los jueces recurridos aseguran a fojas 18 y 19, que constaba en el laudo respectivo que el recurrente compareció a la audiencia dispuesta, de acuerdo al artículo 249 del compendio procedimental y que en esa oportunidad no manifestó su intención de ejercer el derecho que le confiere el tantas veces aludido artículo 257.

Por lo demás, la reposición pertinente debió deducirse en la misma audiencia, según lo estatuye el artículo 363 de la compilación adjetiva del ramo, toda vez que la reapertura tiene por objeto dejar sin efecto la decisión del persecutor de no perseverar y ello fue comunicado en audiencia.

- 3° Que el artículo 257 de la recopilación funcional de penas establece un término de diez días siguientes al cierre de la indagación para que los intervinientes puedan reiterar diligencias precisas, sin que exista controversia entre aquéllos, en el sentido que la querellante fue notificada del cierre de la investigación el siete de mayo de este año. Se trata de un plazo establecido en favor de los contendientes, que pueden renunciarlo en la forma que reconoce el artículo 18 del mismo texto normativo, lo que deben hacer por declaración expresa; y, para el evento que se trate de un término común, se necesita del consentimiento de todos ellos, además de la aprobación del tribunal.
- 4° Que en la situación concreta, no existe disposición que reduzca el plazo cuando se fija una audiencia antes del vencimiento de aquél, como ocurre, por ejemplo, con el término para la reposición en el proceso laboral (artículo 475 del Código del Trabajo); de modo que sólo rige el antes citado artículo 18, que exige renuncia expresa de la querellante para restringirle ese lapso, lo que no se ha verificado en la especie, porque aún cuando no aparece efectivo del audio escuchado en la audiencia de la vista, que la querellante haya expresado que se estaría al período del artículo 257 del ordenamiento procesal, o que se haya reservado ese derecho, como se asevera en

el recurso de queja y se sostuvo en estrados, lo cierto es que no sólo no consta la renuncia explícita al plazo, sino que se escuchó la pregunta que hizo a la juez que dirigió la audiencia para corroborar que conforme a su entender, se encontraba vigente el período que tenía para hacer uso de las facultades que ese precepto le entrega.

5° Que la mera circunstancia que el tribunal haya fijado una audiencia, antes de transcurrido el plazo de los intervinientes, para pedir la reapertura de la investigación (defensa y querellante), a lo que se suma que al momento que la audiencia se realizó, no constaba que todas ellas hubieran renunciado al término de que disponían para ejercer un derecho, determina que tanto el juez como los restantes litigantes concurrieron a la materialización de un acto procesal erróneo y nulo absolutamente, que devino en transgresión del pleno ejercicio de un derecho contemplado en la ley procesal en beneficio de la querellante.

Por consiguiente, cuando los ministros recurridos confirmaron la resolución de que se trata, incurrieron en idéntico yerro jurídico, desde que sostuvieron que el derecho de la querellante había precluído, lo que no es exacto, ya que ese contradictor no renunció al plazo fijado por el legislador en su favor, sin que el tribunal y los demás contendientes estén facultados para reducirlo. Semejante desacierto debe ser corregido por este tribunal, con el acogimiento del arbitrio.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 82 de la Constitución Polí-

tica de la República y 3°, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, SE ACOGE el recurso de queja entablado en lo principal de fojas 7 a 14 por el letrado Emilio Carreño Soto, en representación de la querellante en los autos Rit 11.829-2009, rol del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago e ingreso Corte de Apelaciones N°1116-2011 y, por ende, se deja sin efecto la resolución de veinte de junio de dos mil once, dictada a fojas 2 y 3 de este cuaderno, por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el ingreso antes aludido y, en su lugar, se decide que, con el mérito de las reflexiones antes consignadas, se revoca el veredicto de dieciocho de mayo del año en curso, emitido por el Octavo Juzgado de Garantía en el proceso Rit ya precisado y se ordena a ese tribunal que fije la audiencia de rigor a la que deberán ser citados los intervinientes para discutir la solicitud de reapertura formulada por la querellante.

Procediéndose de oficio por esta Corte, en uso de las atribuciones correccionales de que se haya investida y por integrar el acto inválido, atendido que la audiencia de diez de mayo del presente año, celebrada en ese mismo proceso, donde el ministerio público manifestó su intención de no perseverar en la causa, fue inoportuna, se la deja también sin efecto, debiendo el tribunal proceder respecto de la petición del persecutor, como corresponda en derecho.

No se remiten los antecedentes al pleno de este tribunal por considerarlo innecesario. Adoptada esta última decisión, con el voto en contra del Ministro Sr. Rodríguez, quien fue de parecer de dar cabal cumplimiento al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, por tratarse de una potestad privativa del pleno del tribunal.

Comuníquese lo resuelto al Octavo Juzgado de Garantía. Agréguese copia autorizada de esta resolución al legajo tenido a la vista y, hecho, devuélvase a la Corte de Apelaciones de Santiago para su conocimiento.

Registrese y archivese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°5820-2011

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

# DESCARTA INHABILIDAD DE JUEZ DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL QUE ACTUÓ COMO JUEZ DE GARANTÍA EN LA MISMA CAUSA

## Tribunal: Corte Suprema

#### Resumen:

Luego de declarar inadmisible un recurso de queja, la Sala Penal de la Corte Suprema descarta ejercer facultades disciplinarias respecto de los Ministros que rechazaron un recurso de nulidad en el que se invocaba la causal del artículo 374 letra a) del Código Procesal Penal, por haber integrado el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal una Juez que en el caso en cuestión había participado casi dos años antes como Juez de Garantía en una audiencia sobre cierre de la investigación.

La Corte señala que las causales de implicancia son de carácter objetivo y son, además, de orden público, a pesar de lo cual los jueces pueden perder su competencia para conocer un asunto determinado "por implicancia o por recusación declaradas, en caso de ser necesario, en virtud de causas legales", para más adelante establecerse "causas de implicancia". Agrega que esas disposiciones deben ser analizadas, necesariamente en conjunto con las normas pertinentes del Código Procesal Penal que regulan la forma y oportunidad de hacer valer las inhabilidades de los jueces del Tribunal Oral en lo Penal y el artículo 76 del Código Procesal Penal, que señala que deben ser planteadas a más tardar dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fijare fecha para el juicio oral y se resolverán con anterioridad al inicio de la respectiva audiencia, por lo que para el recurrente precluyó su derecho a incidentar o reclamar la existencia de una supuesta causal de implicancia en dichas oportunidades y dado que la juez no advirtió un hecho nuevo, constitutivo de causal alguna, el tribunal no estaba obligado a declarar implicancia alguna de oficio.

# **Texto Completo:**

Santiago, quince de septiembre de dos mil once.

# Vistos y teniendo presente:

1° Que a fs. 3 comparece el abogado Sr. Aldo Duque Santos, quien lo hace en representación del condenado Arturo Ricardo Fernández Cruzat, en los autos Rit 23-2011, RUC 060047990-K, ingreso Corte de Apelaciones de Antofagasta N°112-2011, quien deduce recurso de queja contra los ministros de la primera

sala de esa Corte Sr. Dinko Franulic Cetinic, Sra. Cristina Araya Pastene y el abogado integrante Sr. Fernando Orellana Torres, por la resolución que pronunciaron el día 10 de junio del año en curso, por la cual rechazaron el recurso de nulidad deducido por el compareciente contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta que sancionó a su representado como autor del delito de prescripción abusiva de sustancias estupefacientes que prevé el artículo 6 de la ley 20.000 en relación al artículo 1 de ese mismo cuerpo legal, a cumplir una pena de tres años de presidio menor en su grado medio.

Aduce el recurrente que los ministros y abogado integrante mencionados, incurrieron en graves faltas o abusos al desestimar el recurso de nulidad que había deducido y por el cual denunció la materialización de la causal absoluta que señala el artículo 374 letra a) del Código Procesal, en relación al artículo 195 parte final del Código Orgánico de Tribunales, toda vez que el Tribunal Oral Penal que juzgó a su representado, estaba integrado por los jueces Guillermo Cádiz Vatcky, Ingrid Castillo Fuenzalida y Wilfred Ziehlmann, de los cuales, aquélla debió declarar en la audiencia de juicio, su implicancia en los términos del artículo 76 inciso tercero del Código Procesal Penal, ya que ella, durante la tramitación de ese mismo proceso, como Juez de Garantía de Antofagasta, el día 10 de noviembre de 2008, intervino en la audiencia de revisión del plazo de la investigación que se realizaba. En esa audiencia, el Ministerio Público, para demostrar la necesidad de decretar una serie de diligencias, hizo un resumen de los antecedentes de la causa y de la participación penal del acusado y fue con esa información que la señora magistrado accedió a la solicitud del fiscal y otorgó un mayor plazo para finalizar la investigación. Ello impone que ella conoció y valoró esos antecedentes, para luego otorgar derechos específicos a uno de los intervinientes.

Agrega que, sin embargo, no corresponde distinguir a los jueces donde no lo hizo el legislador, de modo que todos los argumentos subjetivos que los recurridos levantan para rechazar la existencia de la implicancia no son válidos. El artículo 195 N°3 del Código Orgánico de Tribunales establece una causal absoluta objetiva y cuando los jueces desatendieron el tenor de esa norma, rechazando el recurso, incurrieron en infracción legal.

2° Que el recurso de queja antes resumido fue declarado inadmisible por adolecer de defectos de forma, sin embargo, se solicitó informe de oficio por esta Corte, por la eventualidad de existir, efectivamente, una falta en la actuación de los recurridos.

3° Que a fs. 22 se incorporó el informe solicitado a los ministros y abogado integrante contra quienes se había dirigido el recurso. Ellos afirman que en los motivos 9° y 10° de su sentencia, fundamentaron el rechazo del recurso de nulidad, puesto que la Juez del Tribunal Oral, cuando se desempeñaba como Juez de Garantía, sólo intervino en una audiencia que fue de cierre o prórroga de plazo de la investigación, lo que no se estimó una "actuación" que viera afectada su imparcialidad.

Al efecto, explicaron que la voz "actuar", de acuerdo al concepto que entrega el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde a "entender, penetrar o asimilarse de verdad, enterarse de algo". Y, ocurre que en la audiencia donde intervino la juez de que se trata, no se enteró del "contenido" de los antecedentes de la investigación, lo que, además, había ocurrido dos años antes.

Agregaron que el recurrente no alegó la inhabilidad al inicio de la audiencia y si ello fue así, fue precisamente porque estimó que no existía la causal.

Finalmente, explicaron que no era efectivo lo aseverado por el quejoso en el sentido que la juez habría tomado "cabal conocimiento del delito y de las pruebas por cerca de media hora", porque el audio de aquella audiencia se escuchó en la vista del recurso de nulidad y no dura más de cinco minutos, además, que en aquélla, el fiscal se limitó a pedir aumento de plazo para su investigación.

4° Que, como medidas para mejor resolver, esta Corte ordenó por resolución de 25 de agosto pasado, la incorporación de informe de la Juez Sra. Ingrid Castillo Fuenzalida, al tenor de las protestas formuladas en el recurso y la agregación del audio de la audiencia en que intervino como Juez de Garantía.

5° Que a fs. 52 y siguientes se agregó el informe solicitado a la Sra. Ingrid Castillo, quien describió con precisión el procedimiento que se sigue tanto al interior del Juzgado de Garantía como del Tribunal Oral en lo Penal, para la indagación de la existencia de jueces inhabilitados para determinado procedimiento y que en esa actividad habría existido una omisión al no detectarse la audiencia en que ella había participado, cuestión que debe ser analizada y corregida por los administradores respectivos.

Señala que ella sólo recibe una carpeta con la información mínima del juicio en que va a intervenir y donde existe una leyenda que señala "jueces inhabilitados: no".

Explica que la primera audiencia de juicio oral se fijó para el día 14 de marzo de 2011 y dado que el acusado sustituyó a su defensor público por uno particular en la víspera del juicio, el día 4 de marzo, éste último solicitó la postergación del juicio "como único modo de asegurar a este interviniente un adecuado derecho a defensa", a lo que se accedió, fijándose como nueva fecha de juicio el 4 de abril.

Entre el 4 y el 8 de abril de este año se realizó el juicio y después de notificado el veredicto y cuando ya se estaba trabajando en el borrador del fallo, el 12 de abril, la defensa planteó incidente de nulidad por la inhabilidad de la informante, lo que según dijo, recién habría sabido, lo que se rechazó.

Señala que no tiene recuerdo como juez ni como ser humano de la audiencia que celebró, ni de las circunstancias en que se verificó y, menos aún, de lo que se debatió y resolvió. Naturalmente, tampoco se acuerda del acusado, al que sólo conoció, como normalmente ocurre, en el juicio oral. Sostiene que si hubiese tenido alguna duda, aunque fuera mínima, de que había intervenido en el proceso, aunque ni recordara lo obrado, de oficio se habría inhabilitado, pero ni siquiera se representó la posibilidad de haber intervenido en la causa, confiando en la información que se le entregó al inicio del juicio. Dice que lo manifestado pone en evidencia la fragilidad de la memoria y, por lo mismo, que lo que haya obrado como Juez de Garantía no

pudo generar y de hecho no generó afectación alguna en la imparcialidad de su trabajo.

6° Que, por último, escuchado el registro de audio de la audiencia de cierre o prórroga del plazo de la investigación en que intervino la juez Ingrid Castillo Fuenzalida, consta del CD acompañado que corresponde a una comparecencia celebrada el 10 de noviembre del año 2008, esto es, dos años y casi 4 meses antes de la fecha en que se inició el juicio oral. Tiene una duración de cinco minutos y treinta y siete segundos y en ella no se escucha en ningún momento que la fiscal que concurrió haya expresado a la Juez cuál era el hecho, como tampoco cuál era la intervención atribuida al acusado que representa el quejoso, el que ni siquiera concurrió, a pesar de estar citado para ello. La fiscal se limitó a describir, vagamente por lo demás, las diligencias que estaban pendientes, entre las que se encontraban oficios e informes de la Brigada de Investigaciones, además de interrogatorios a los mismos imputados e informes siquiátricos, todo ello retrasado, fundamentalmente, por la gran cantidad de documentos que habían tenido que revisar. La defensa, atendiendo al hecho que algunas de las diligencias miraban al interés de esa interviniente, se allanó a la solicitud de prórroga, discrepándose sólo de la duración de aquella, que fue lo único que la juez zanjó.

7° Que la norma del artículo 195 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, en lo que respecta a los jueces con competencia criminal, establece como causal de implicancia, "Haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento".

8° Que es efectivo, como había señalado el recurrente en su libelo de fs. 3, que las causales de implicancia son de carácter objetivo y son, además, de orden público, a pesar de lo cual hay que precisar que tal como se indica al inicio de la disposición, los jueces pueden perder su competencia para conocer un asunto determinado "por implicancia o por recusación declaradas, en caso de ser necesario, en virtud de causas legales", para más adelante establecerse "causas de implicancia".

A consecuencia de esto mismo, la causal de nulidad que establece el artículo 374 letra a) del Código Procesal Penal, señala que el juicio y la sentencia serán siempre anulados, cuando la sentencia hubiere sido pronunciada con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal *legalmente implicado*.

Esas disposiciones deben ser analizadas, necesariamente en conjunto con las normas pertinentes del Código Procesal Penal que regulan la forma y oportunidad de hacer valer las inhabilidades de los jueces del Tribunal Oral en lo Penal.

Esa materia está contenida en el artículo 76 del código del ramo, que señala que deben ser planteadas a más tardar, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fijare fecha para el juicio oral y se resolverán con anterioridad al inicio de la respectiva audiencia.

En el caso de marras, la defensa solicitó el 4 de marzo de 2011 la postergación del juicio oral, precisamente para poder llevar adelante de la mejor manera posible la defensa del imputado, otorgándosele un nuevo plazo de un mes completo para ello, sin que se planteara la inhabilidad en dicho término.

La disposición del artículo 76 del Código Procesal reconoce la situación en que el interviniente pudiera tomar conocimiento de la causal de implicancia con posterioridad al vencimiento del plazo antes referido, siempre que fuera antes del inicio del juicio oral, en cuyo caso le permite promover el incidente respectivo al inicio de la audiencia del juicio oral, lo que tampoco se verificó en la especie.

Con todo, el precepto en análisis se sitúa aún en el caso que después de ello se advirtiera una causal, pero sólo a los jueces reserva la posibilidad de declarar la inhabilidad de oficio, prohibiendo a las partes deducir nuevos incidentes después del inicio del juicio.

9° Que, en la especie, la Sra. Juez Ingrid Castillo Fuenzalida, tal como expresa en su informe, no tenía recuerdo de haber intervenido en una audiencia celebrada en el procedimiento de que se trata, cuando se desempeñaba como Juez de Garantía, habiendo fallado el mecanismo administrativo dispuesto para atajar esa posibilidad.

Lo señalado por ella resulta no sólo verosímil, sino que absolutamente plausible, desde que la audiencia de prórroga de plazo se celebró más de dos años antes de aquella en que se inició el juicio oral en que recayó la sentencia que disgusta al recurrente. A aquélla audiencia no concurrió el acusado, cuyo nombre tampoco parece tener alguna calidad relevante que haga suponer que sería distinguido de cualquiera otro, en términos de no poder ser olvidado. De la sola escucha del audio de esa audiencia, se advierte que a la juez no se le describieron los hechos, ni las circunstancias de comisión del delito, como tampoco de la intervención del o de los sujetos involucrados, tratándose de un ilícito de la ley 20.000, los que tampoco resultan tan aislados en la región, de modo que no se advierten motivos que pudieran hacer inolvidable el episodio, el hecho o el sujeto para la Sra. Juez.

En tal escenario, que ella advirtiera la existencia de alguna inhabilidad y que, en consecuencia, que aquella fuera declarada por el tribunal, resulta ser una cuestión imposible tanto para esa juez, como para el tribunal colegiado llamado a declararla.

10° Que tal como señala la norma del artículo 76 del Código Procesal Penal, al recurrente precluyó su derecho a incidentar o reclamar la existencia de una supuesta causal de implicancia y dado que la juez no *advirtió* un hecho nuevo, constitutivo de causal alguna, el tribunal no estaba obligado a declarar implicancia alguna de oficio.

11° Que sin perjuicio del análisis que los ministros y abogado integrantes recurridos hicieron sobre la disposición en concreto para desechar el

recurso de nulidad deducido, no está de más agregar que el hecho reclamado debe ser íntegramente examinado, antes de procurar colacionarlo en la causal absoluta de nulidad invocada, que, como ya se advirtió, exige la concurrencia de un juez *legalmente implicado*, cual no es el caso.

12° Que cabe agregar también, que de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 76 del Código Procesal Penal, aparece que en el proyecto original, cuando el tribunal declaraba de oficio la inhabilidad de uno de sus miembros, después de iniciada la audiencia de juicio, la sanción era la nulidad de todo lo obrado en el juicio oral. Pero esa sanción fue considerada muy drástica tratándose de una inhabilidad sobreviniente, que no pudo preverse y, dado que la nulidad irrogaría un gran costo económico para el Estado y para los intervinientes, así como un perjuicio general por el mayor tiempo que demoraría la solución del conflicto, se convino solucionar el problema por la vía de los jueces alternos, o bien, por la subsistencia de dos jueces que pudieran fallar de modo unánime. Se contempló incluso, que la alegación tardía de causales de implicancia podría prestarse para maniobras de alguno de los intervinientes, destinadas a inhabilitar a uno de los jueces cuando crean que el juicio les será adverso. Aquí se puede traer a colación el hecho que el legislador procesal civil, establece también una sanción en el artículo 114 a la parte que maliciosamente retarda el reclamo de una implicancia.

Pero, más allá del fondo de lo citado, que corresponde al segundo informe de la Comisión de Constitución que pone en evidencia que los legisladores querían evitar en lo posible, la invalidación del juicio, es de destacar que se refieren a una *inhabilidad sobreviniente*, la que no se ha podido prever, cual no es el caso de la que se ha producido en estos antecedentes. Esta existió siempre, lo que ocurrió, fue que la defensa no la alegó en la oportunidad señalada por la ley para ello, sino sólo después de conocido el veredicto condenatorio.

13° Que por coincidir estos sentenciadores con los jueces recurridos, en el sentido que no se ha verificado la causal de nulidad que reclama el quejoso, con lo que, sea cual sea el fundamento que se haya esgrimido, no se ha incurrido en falta o abuso grave que deba estar Corte enmendar por esta vía disciplinaria, se omitirá hacer uso de las facultades privativas de que se haya investida.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **no se procede de oficio en estos antecedentes** por no existir falta o abuso alguno que de mérito para ello.

Agréguese copia de esta resolución al legajo traído a la vista, hecho, devuélvase.

Regístrese y archívense estos antecedentes.

Redacción del Ministro Sr. Nibaldo Segura Peña.

Rol N°5524-11.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.. No firma el Ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

# DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

# PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN CASOS COMPLEJOS

Equipo Proceso de Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos Marcelo Pérez Adasme<sup>1</sup> Ángela Chávez Torrico<sup>2</sup>

#### I. Generalidades

Los testigos, considerados la piedra angular en la investigación, especialmente en aquellas más graves y complejas relacionadas con la delincuencia organizada, desempeñan un rol relevante en la persecución penal. Han sido definidos en términos amplios como la persona que da testimonio de algo, o lo atestigua, o como aquella persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo³, y en forma restringida al ámbito procesal, como aquel sujeto que presta declaración ante un tribunal sobre hechos que conoce y que son considerados relevantes para la resolución del asunto objeto de controversia.

Precisamente por la trascendencia de su testimonio estos sujetos están expuestos a amenazas, intimidaciones y atentados a fin de evitar que presten declaración, o bien como un medio de represalia por la colaboración prestada, y ello adquiere mayor gravedad cuando dichos actos provienen de grupos organizados de delincuentes que poseen una estructura que posibilita la concreción de tales amenazas o intimidaciones.

Si bien los testigos constituyen un medio de prueba de los actos ilícitos que a través de la historia se encuentra siempre asociado a los procesos penales, la protección de tales sujetos asumidos como necesarios para la persecución de los delincuentes pertenecientes a grupos organizados, sólo se desarrolla como una materia que ha cobrado especial relevancia en el ámbito internacional en las últimas cuatro décadas<sup>4</sup>. Su finalidad precisamente fue dar una respuesta

- 1 Psicólogo de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Abogada de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 Diccionario de la RAE.
- 4 Se señala que tiene su origen en EUA en la década de los 70 como procedimiento legalmente autorizado, cuando se toma real conciencia de la necesidad de contar con sus declaraciones para el desmantelamiento de la mafia existente en ese tiempo. Se concibe como un mecanismo para terminar con el denominado código del silencio u *Omertá*, en virtud del cual los miembros de la mafia que en definitiva declararan y colaboraran en contra de ellos automáticamente se encontraban amenazados de muerte. Joseph Valachi (Joe Cargo, Charles Chanbano, Anthony Sorge) fue el primer miembro que declaró ante una Comisión del Congreso de EUA contra Vito Genovesse en 1963 (Comité *Mac Clellan*). El día de su declaración 200 alguaciles custodiaban el recinto, ya que se había puesto precio a su cabeza en US\$100.000. Con su declaración se logró identificar a 317 miembros de la Cosa Nostra.

a aquellos casos en los cuales la intimidación o amenaza neutralizaba este medio de prueba lográndose la impunidad perseguida, dada la naturaleza de los delincuentes implicados.

En el antiguo sistema de justicia penal de carácter inquisitivo, escrito y secreto durante su fase sumarial, que estuvo vigente en nuestro país durante casi un siglo, los casos de amenazas o intimidaciones de testigos fueron asumidos a través de medidas aisladas brindadas principalmente por las policías, y en otros casos simplemente no se lograba la colaboración de los testigos en el proceso.

Con la implementación de nuevo proceso penal en el cual prima la oralidad sobre la escrituración y la publicidad sobre el secretismo, los testigos se encuentran más expuestos, ya que tienen el deber de declarar en un juicio oral público. Sin embargo, frente a la inexistencia en el antiguo sistema de un estatuto que regulara los derechos de las víctimas y testigos, hoy la nueva normativa establece un marco constitucional y legal que considera a los testigos como sujetos procesales con derechos y obligaciones, lo que sumado al progresivo avance de la criminalidad organizada, tanto a nivel nacional como internacional, obliga a nuestro país a adoptar nuevas técnicas en materia de protección para este tipo de casos, con las que se garantice y asegure a tales testigos su integridad, la que se encuentra amenazada por su colaboración en el proceso penal.

Este desafío, de otorgar una protección especializada a esta categoría de testigos, que permita minimizar el riesgo que enfrentan en estas situaciones, permitiéndoles colaborar confiadamente en el proceso penal, no es fácil, sin embargo, es imprescindible avanzar en ello.

# II. Origen del proceso de protección para casos complejos

Desde los inicios de la implementación gradual de la Reforma Procesal Penal en nuestro país, se detectó la necesidad de generar un procedimiento que diera satisfacción a los requerimientos de protección de aquellas víctimas y testigos en situaciones de riesgo excepcional, como consecuencia de su participación en un proceso penal donde se encontraban involucrados grupos criminales organizados, y que eran objeto de amenazas e intimidaciones por parte de éstas con el fin de evitar tal participación o castigarla. Dada la alta probabilidad de que la amenaza se concretara, ya que las medidas ordinarias de protección, por sí mismas, no garantizaban su efectividad, se hizo evidente la necesidad de generar un procedimiento que permitiera la implementación de estrategias especializadas de protección. Así, en al año 2006, tras realizarse un diagnóstico a nivel nacional de cómo operaba la protección de los casos más complejos, se implementó un Proyecto Especializado de Protección, PEP, para abordar casos de esta naturaleza y cuya gestión se encontraba centralizada en la División de Atención a las Víctimas y Testigos, lo cual dificultó su operatividad e hizo necesaria su revisión.

La información aportada en el año 2008 por las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, URAVIT, indica que durante los años 2006-2007 se realizaron 29 derivaciones a estas unidades, asociadas a casos de alto riesgo donde estaban involucrados grupos delictuales vinculados a narcotráfico, lavado de dinero y a otras actividades criminales.

De esta manera, a principio del año 2008 la División de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público, coincidente con los elementos definidos en el Plan Estratégico de la Institución para el período 2009-2015, que releva la atención y protección de estos sujetos procesales, comienza la elaboración de un modelo de atención con el objetivo de otorgar una atención general a todas las víctimas y testigos a través de la entrega de servicios de orientación, protección y apoyo, adecuando estos servicios a la etapa del proceso penal en la que se encuentran estos sujetos.

Este modelo de atención generado exige el desarrollo de modelos especializados y diferenciados, dirigidos a satisfacer los requerimientos específicos que presentan determinadas categorías de víctimas y testigos en situaciones especiales de vulnerabilidad, permitiendo con ello cumplir con la función de protección asignada al Ministerio Público, favoreciendo además con ello, la optimización de los recursos existentes.

Es así, como dentro del Modelo General de Atención se plantea el desafío de generar un proyecto que permitiera otorgar una protección eficaz a las víctimas y testigos de delitos vinculados a grupos criminales organizados, a través de un proceso o programa de protección que permitiera adoptar decisiones fundadas en un análisis de diversos factores, con la finalidad de asegurar su integridad y brindarles la confianza necesaria para obtener su participación en el proceso penal.

Para el diseño inicial de este proyecto se consideró la experiencia adquirida en la materia por la Fiscalía Regional de Tarapacá, que a esa fecha presentaba el mayor número de casos de esa especie. Esta Fiscalía Regional había desarrollado un proceso de trabajo en esta materia, en el cual se contaba con la participación de ambas policías en la generación de estrategias de protección, por lo cual, se definió solicitar la participación de las instituciones policiales tanto en el diseño como en la implementación de este proyecto, a través de su integración en una mesa de trabajo de carácter interinstitucional.

La temática proteccional es constante y dinámica, especialmente cuando se trata de criminalidad con algún tipo de organización, dado que por los recursos involucrados, tanto humanos como materiales, generan un riesgo inusual que es necesario minimizar. El proceso de protección que se desarrolla para dar una respuesta a esta problemática, pretende generar mecanismos y herramientas de trabajo para avanzar en este ámbito, dado que si bien Chile no tiene los grados de criminalidad organizada que afectan a otros países, pro-

vocando serias desestabilizaciones en las estructuras sociales y estatales, no podemos confiarnos y debemos estar atentos y trabajando preventivamente. La globalización, incluso delictiva y las grandes corrientes migratorias pudieran acercarnos a una realidad que hoy vemos lejana.

Este proceso de protección ha considerado las tendencias y experiencias internacionales desarrolladas, sin perjuicio que su finalidad es dar una respuesta a nuestra realidad nacional, la que afortunadamente dista bastante de las realidades criminológicas que en esta materia, criminalidad organizada, presentan otros Estados.

#### III. Marco normativo

A continuación se señalarán las principales normas que nos imponen el deber institucional de otorgar una protección especializada a las víctimas y testigos amenazados o intimidados por grupos criminales organizados, generando un riesgo excepcional.

#### 1. Ámbito internacional

El preocupante aumento de la criminalidad organizada transnacional ha generado la reacción de la comunidad internacional, la que ha abordado activamente la protección de los testigos debido al reconocimiento de la directa relación existente entre este medio probatorio y la eficacia en la persecución penal.

El avance tecnológico del mundo globalizado actual, también es utilizado por las modernas organizaciones criminales para obtener el cumplimiento de sus fines delictivos, las que no escatiman en el empleo de sus grandes recursos financieros para neutralizar a aquellos sujetos que pretendan colaborar o hayan colaborado en un proceso penal seguido en su contra. El riesgo excepcional y grave que enfrentan las víctimas y los testigos en estos casos ha sido objeto de una importante labor que han realizado y se encuentran realizando organizaciones internacionales, tales como la Organización de las Naciones Unidas a través de su Oficina contra la Droga y el Delito, ONUDD, y la Asociación Ibero Americana de Ministerios Público, AIAMP.

A continuación, destacaremos la labor más relevante realizada por estos organismos, sin pretender restar importancia a otras iniciativas internacionales de estas mismas entidades u otras, sobre esta temática.

- Organización de las Naciones Unidas
- a. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Perso-

nas, especialmente mujeres y niños, también conocida como Convención de Palermo<sup>5</sup>.

Nuestro país al suscribir esta Convención ha asumido internacionalmente el compromiso de brindar protección a las víctimas y los testigos que participen en actuaciones penales y presten testimonio sobre delitos contemplados en ella.

Esta Convención tiene como uno de sus objetivos que los Estados miembros incluyan dentro de sus tipos penales aquellos delitos de comisión frecuente por grupos delictivos organizados, como son el blanqueo de activos, la corrupción de funcionarios públicos, la asociación ilícita, la obstrucción a la justicia y otros. Como una forma de apoyar la lucha contra estos graves delitos esta Convención contempla normas relativas a la protección de quienes colaboran prestando su testimonio.

El artículo 24 de este tratado internacional se refiere a la Protección de los Testigos<sup>6</sup>, formulando una serie de indicaciones que los Estados deben considerar al momento de regular esta materia, con la finalidad de asegurar su integridad física, como son, la utilización de la medida de reubicación, permitir cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a la identidad y paradero del protegido, etc., todo ello sin perjuicio de los derechos del imputado o acusado. En su artículo 25 sobre Asistencia y Protección a las Víctimas<sup>7</sup> del proceso penal, también realiza indicaciones relativas a la asistencia y protección de estos sujetos procesales.

<sup>5</sup> Con fecha 16 de febrero del 2005, se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 20 de diciembre de 2004, promulgatorio de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños".

Artículo 24. Protección de los testigos, Convención de Palermo 1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas. 2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en: a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero; b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados. 3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo. 4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.

<sup>7</sup> Artículo 25. Asistencia y protección a las víctimas, Convención de Palermo1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar

#### b. Leyes modelo de protección de testigos

En el contexto proteccional de la Convención de Palermo, la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, ONUDD, ha organizado una serie de encuentros para discutir, uniformar y orientar a todos los países en la generación de una normativa tendiente a brindar protección a los testigos de tales delitos. A continuación nos referiremos a dos importantes documentos sobre esta materia elaborados con el apoyo de la ONUDD, de acuerdo a su cronología.

#### b.1. Ley Modelo sobre Protección de Testigos para América Latina

Este documento, dado a conocer oficialmente en el año 2007, es producto de un trabajo realizado por expertos de distintos países latinoamericanos organizado por la ONUDD, constituyéndose en un instrumento de gran utilidad para aquellos países que deciden regular a través de una ley u otra forma normativa la protección de testigos intimidados o amenazados, especialmente por la criminalidad organizada, o bien, deciden actualizar su regulación para adecuarla a esta Ley Modelo.

Este documento establece los estándares mínimos que debe contener una regulación de esta materia. En síntesis se destaca que:

- Tiene como supuesto la generación de un Programa de Protección, fundado en la reserva, con criterios objetivos de admisión y normas que garanticen la vida e integridad física de los testigos intimidados o amenazados, al que pueden ingresar tanto el testigo como sus familiares y otras personas cercanas a él (art.1).
- Formula los principios que deben orientar esta materia, dentro de los cuales cabe destacar el de confidencialidad y consentimiento como cruciales para la eficacia de la protección (art. 3).
- Establece la suscripción de un Memorando de Entendimiento que debe ser firmado por el sujeto protegido y la autoridad competente, a fin de formalizar las condiciones en las que se brindará la protección y el compromiso del protegido de cumplir con las obligaciones que allí se expresen. En su artículo 5 señala las menciones mínimas que debe contener este documento.

asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación. 2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución. 3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

- En su artículo 6 se refiere a las medidas de protección, distinguiendo entre aquellas propias de los programas de protección<sup>8</sup> y aquellas adicionales<sup>9</sup>.
- También existe un pronunciamiento relativo a su financiamiento, señalándose en el artículo 7 que los Estados deben contemplar las asignaciones presupuestarias necesarias para el financiamiento del programa de protección.
- Por último, resulta interesante destacar que existe una regulación en el artículo 10, respecto a la cooperación internacional, la que se puede llevar a cabo a través de acuerdos entre los Estados o con entidades regionales o internacionales para los efectos de la reubicación u otras medidas de protección y provisión de asistencia técnica.

#### b.2. Ley Modelo de Protección de Testigos (aplicación mundial)

En el año 2008 la ONUDD organizó una reunión que desarrolló una legislación modelo de protección de testigos y de reubicación, con la finalidad de constituirse en una guía a nivel mundial para todos aquellos Estados que decidieren establecer un procedimiento de protección especial a personas que enfrentaran un riesgo o intimidación, con ocasión de su colaboración en el proceso penal. Esta Ley Modelo de Protección de Testigos tuvo como base de discusión la Ley Modelo para América Latina.

Contiene la normativa básica que deben tener en consideración los Estados que deseen regular esta materia.

#### Resulta interesante destacar que:

- Su ámbito de aplicación resulta similar a la Ley Modelo para América Latina. Se agrega que se debe tratar de testigos que poseen información importante. Comprende a los familiares del testigo y otras personas que se encuentren en peligro por su relación con él (arts. 1 y 3).
- Al igual que la Ley Modelo para América Latina, tiene como base la creación de un Programa de Protección de Testigos y asigna a la autoridad
- 8 Las medidas propias de los programas de protección pueden ser: a) Medidas nacionales o internacionales de reubicación integral y medidas conexas; b) Cambio de identidad; apoyo médico, psicológico y social adicional apropiado; y d) Cualquier medida necesaria para la protección de los testigos.
- 9 Estas medidas adicionales pueden ser: a) Medidas policiales y penitenciarias: I) Alejamiento inmediato de la persona protegida del lugar de riesgo; II Vigilancia y protección policial; III) Instalaciones y procedimientos de comunicación policial de emergencia; IV) Medidas de resguardo del testigo en prisión tales como el aislamiento del resto de los recursos; y b) Medidas de los tribunales: métodos de distorsión de la voz o de la imagen o cualquier otro método técnico para proteger la identidad y/o integridad física del testigo; II) Anonimato, encubrimiento y no revelación de la identidad del testigo; III) Testimonio por videoconferencia; y IV) Tramitación preferencial garantizada del asunto en el orden jurisdiccional asegurando su confidencialidad.

a cargo de su administración, entre otras funciones, la de decidir sobre la admisión al programa y su separación, como asimismo las medidas de protección que se aplicarán (art.2).

- Se destaca la importancia de la confidencialidad en su artículo cuarto, estableciendo que la revelación de cualquier información relativa al programa o a las medidas de protección será castigada.
- La obligación de cooperación de todas las instituciones estatales para el establecimiento y ejecución del Programa, resulta de gran utilidad para una mayor eficacia de estos programas. La misma norma faculta a la Autoridad de Protección para celebrar acuerdos con particulares, instituciones privadas y ONG para utilizar sus servicios.
- Se señalan como criterios para la admisión de un sujeto al Programa de Protección, la gravedad de la amenaza, la gravedad del delito respecto del cual se solicita la colaboración del testigo, importancia del testimonio, capacidad del testigo para adaptarse al Programa y el peligro que representaría para la comunidad la admisión del testigo.
- Se releva el consentimiento informado del testigo para incorporarse al Programa y para la suscripción del Memorando de Entendimiento (art. 8 y 10).
- La ley también establece algunas de las medidas de protección recomendadas para estos casos.
- El artículo 11 se refiere a las causales para separar a un sujeto del Programa de Protección.
- La Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, AIAMP

La Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, AIAMP, organización que ha asumido una importante labor en el ámbito de la protección de las víctimas y los testigos, elaboró un importante documento, las "Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos", el que fue aprobado por los Fiscales Nacionales de la AIAMP en la XVI Asamblea General Ordinaria celebrada en República Dominicana en el mes de julio de 2008. Este documento contiene una serie de directrices en materia de protección de testigos, con el objeto de orientar las decisiones de los Ministerios Públicos Iberoamericanos en esta materia, y de esa forma contribuir en el reconocimiento y respeto de los derechos de tales sujetos procesales en sus respectivos países.

Estas guías, que se dividen en dos capítulos: uno relativo al tratamiento de las víctimas y otro a la protección de los testigos, en síntesis abordaron los siguientes temas:

En lo relativo al tratamiento de las víctimas: la delimitación del concepto de víctima, los sistemas de información que se deben adoptar para mantenerla informada, la seguridad que debe brindársele por parte del Estado, la formación personal de quienes deben atenderlas, la generación de un estatuto que resguarde sus derechos, las compensaciones o indemnizaciones que se le deben otorgar, el tratamiento especial a determinadas víctimas más vulnerables (delito de trata de personas, delitos en contexto de violencia intrafamiliar, niños y adolescentes, extranjeras, indígenas, etc.).

Respecto a la protección de testigos: se identifican siete ámbitos en los cuales deben centrar su trabajo los Ministerios Públicos. En el caso de Chile, cabe destacar en relación a tales ámbitos, que:

• En el ámbito legislativo, resulta relevante la regla que indica que los miembros de la AIAMP deberán:

"Adoptar las medidas tendientes a promover la incorporación al sistema legal de una Ley de Protección de Testigos, que contenga como estándares mínimos los establecidos en la "Ley Modelo sobre Protección de Testigos", versión para América Latina".

Los beneficios que puede aportar una ley de esta naturaleza son innumerables, nuestro país carece de ella, por lo cual, es una materia que debe ser objeto de estudio para avanzar en esta protección especializada.

• En el ámbito político – institucional, se insta a los miembros de la AIAMP para que en caso de no existir norma legal, dicten las norma de protección de testigos e implementen un programa de protección.

En Chile, el Ministerio Público tiene asignada la función constitucional de otorgar protección a las víctimas y testigos, y por lo tanto, es a quien le corresponde cumplir con este mandato. El proceso de protección para víctimas y testigos en casos complejos desarrollado por el Ministerio Público, persigue dicho objetivo de garantizar esta protección especializada.

• En el ámbito técnico — operativo, son normas que dicen relación con las medidas de protección que se podrán implementar, incluso antes que se decida la admisión del sujeto al programa de protección. Asimismo, se establecen medidas excepcionales de protección inmediata, que se pueden adoptar incluso antes de la evaluación de riesgo.

Se realiza una referencia a las medidas ordinarias de protección que se pueden adoptar respecto del sujeto que ha sido admitido al programa, y a las medidas de asistencia que tienen por objeto complementar la aplicación de las anteriores.

Nuestra legislación admite la adopción de todas aquellas medidas de protección mencionadas, sin perjuicio de determinadas restricciones que afectan a algunas de ellas, como ocurre con la reserva de identidad que procede sólo res-

pecto de determinados delitos, excluyéndose su aplicación en tipos delictivos vinculados a las organizaciones criminales, por ejemplo la trata de personas. Respecto del cambio de identidad, establecida como medida de protección en la Ley N°20.000, también tiene una aplicación restringida en cuanto a los delitos y además, se encuentra pendiente el reglamento que debe regular su aplicabilidad.

• En el ámbito de cooperación interinstitucional, se señala la necesidad de promover la cooperación y coordinación con entidades públicas o de otra naturaleza, con el objetivo de asegurar la implementación de las medidas asistenciales.

En nuestro caso existen una serie de iniciativas de trabajo conjunto, llevadas a cabo tanto por la División de Atención a las Víctimas y Testigos, como por las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos, URAVIT, con instituciones cuyos fines dicen relación con el otorgamiento de diversas prestaciones a estos sujetos procesales, como es el caso de SERNAM, SENAME.

• En el ámbito de la cooperación internacional, se destacan las normas relativas a la reubicación internacional de los testigos y la prestación de testimonio de testigos nacionales en país extranjero y testigos extranjeros en territorio nacional.

La Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones del Ministerio Público ha celebrado convenios interinstitucionales con Ministerios Públicos, Fiscalías y Procuradurías de otros países para facilitar las declaraciones de testigos a través de videoconferencia.

• En el ámbito de recursos humanos, se contemplan normas relativas al personal a cargo de la administración y ejecución de los programas de protección, en las cuales se enfatiza el resguardo de la confidencialidad de la información, la capacitación y la participación de funcionarios en actividades que fomenten el intercambio de mejores prácticas profesionales con otros servicios de protección regionales o mundiales.

En el proceso de protección para víctimas y testigos en casos complejos, se considera especialmente el resguardo de la reserva o confidencialidad en todo su desarrollo.

En el ámbito financiero, corresponde destacar la importancia que se da al
financiamiento del programa de protección a través de recursos contemplados en el presupuesto nacional, y que se permita la autonomía necesaria
para actuar sin estar sujeto a controles financieros que puedan limitar su
independencia.

En Chile no existe un financiamiento especial para asumir los costos que significa un proceso de protección de esta naturaleza, contándose con los recursos asignados a través del Fondo de Aportes Económicos para Víctimas y Testigos.

Tanto las Guías de Santiago como las Leyes Modelo contienen recomendaciones, su objetivo es entregar determinadas directrices en la materia, y ello es sin perjuicio de la aplicación que cada país efectúe de acuerdo con la realidad delictual que enfrenta y con la normativa interna que lo rige.

#### 2. Ámbito nacional

El Ministerio Público, como señaláramos, es el órgano al cual se le ha asignado tanto constitucional como legalmente el deber de otorgar protección a las víctimas y los testigos. Las siguientes normas constituyen el marco regulatorio:

Constitución Política de la República

El artículo 83 inciso 1° dispone que: "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales" (el destacado es nuestro).

- Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público
- a) El artículo 1°, en su parte pertinente, dispone en términos similares al artículo 83 inciso primero de la Constitución que al Ministerio Público "... le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos".
- b) En su artículo 20 letra f), crea dentro de las unidades administrativas del Ministerio Público, la División de Atención a las Víctimas y Testigos, asignándole la función de velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto la ley procesal penal encomienda al Ministerio Público, y en su artículo 34 letra e) establece la misma función a nivel regional, a las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos en las Fiscalías Regionales.
- Código Procesal Penal
- a) El artículo 6° inciso 1° reitera el deber que asiste al Ministerio Público de proteger, en sentido amplio, a las víctimas en todas las etapas del procedimiento penal, añadiendo además que corresponde al tribunal garantizar

conforme a la ley la vigencia de los derechos de las víctimas durante el procedimiento.

- b) En el artículo 78, nominado "Información y protección a las víctimas", cabe destacar lo dispuesto en la letra b) que obliga a los fiscales a: b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.
- c) En el artículo 109 se enumeran los "Derechos de la víctima, que interviene en el proceso penal, estableciendo en su letra a) el derecho a solicitar protección, en los siguientes términos: "Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia".
- d) El artículo 308, regula la protección de los testigos, estableciendo que tanto el tribunal como el Ministerio Público se encuentran obligados a disponer medidas especiales de protección para proteger la seguridad del testigo que lo solicitare, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas.
- e) El artículo 312 establece los derechos del testigo, regulando su derecho a indemnización por las pérdidas que le ocasione su comparecencia a prestar declaración.

# IV. El proceso de protección

Este proceso de protección desarrollado, tiene como base el establecimiento de un Consejo Regional de Protección de carácter técnico especializado en cada una de las fiscalías regionales del país, y cuya función es la de asesorar al respectivo Fiscal Regional en las decisiones referidas a los casos complejos de protección que se presenten. La experticia técnica de sus integrantes en el ámbito de la protección, es un factor clave para resolver adecuadamente los conflictos que plantea la materia.

El ingreso de un sujeto al proceso de protección en estos casos complejos, será decidido por el Fiscal Regional asesorado por el Consejo.

La experticia de los integrantes del Consejo Regional de Protección, personal del Ministerio Público y de las instituciones policiales, permite asegurar la generación de una estrategia de protección adoptada de manera informada y en base a un procedimiento fundado en un análisis racional y lógico.

Su principal función es la elaboración de la señalada estrategia de protección, para cuyos efectos la evaluación del riesgo que efectúa resulta trascendental.

## 1. Principios orientadores

En el proceso de protección para casos complejos, se relevan determinados principios que se encuentran directamente relacionados con la materia de éste, lo cual es sin perjuicio de los principios generales del derecho que siempre se deben tener presente, como por ejemplo: el derecho a la no discriminación, a la libertad personal, al respeto a la vida privada, etc.

Entendidos estos principios como mandatos de optimización de conductas, tienen la finalidad de orientar tanto respecto de la aplicación que se debe dar al contenido del proceso de protección, como respecto de los actos de quienes deben adoptar decisiones o realizar actuaciones dentro de él.

#### 1.1. Reserva o confidencialidad

La reserva de la información resulta crucial para su efectividad de cualquier programa o proceso de protección en casos de amenaza o intimidación proveniente de la criminalidad organizada. Por ello, las Leyes Modelos señaladas la incluyen como indispensable de considerar en cualquier regulación que los Estados realicen sobre la materia, siempre teniendo presente el derecho de defensa del imputado o acusado.

El objeto de este principio es mantener en estricta reserva todos aquellos antecedentes que conduzcan o pudieren conducir a la identificación o ubicación del sujeto a proteger, así como de todo aquello que conduzca o pudiere conducir al conocimiento de la estrategia de protección diseñada y de sus antecedentes. De esta manera, todos los aspectos del proceso de protección deberán ser tratados con la mayor confidencialidad, tanto por los funcionarios del Ministerio Público, de las instituciones policiales y todo otro organismo o individuo que deba participar en el proceso de protección y las acciones que éste contempla. Esto incluye la restricción de la transmisión de información a otros órganos públicos o privados y terceros no involucrados en el procedimiento.

#### LOS SUJETOS OBLIGADOS A LA RESERVA

Todos quienes intervienen directamente en el proceso de protección, ya sea por formar parte de la entidad que adoptará las decisiones al respecto, como es el Consejo Regional de Protección, como todos aquellos funcionarios que indirectamente tomen conocimiento de algunos de los antecedentes de un proceso de protección para un caso concreto, o deben intervenir en este proceso de protección, se encuentran obligados a mantener en reserva la información y velar porque no se produzcan filtraciones de dichos antecedentes. La revelación de la información puede constituir un delito, como violación de secreto tipificado en el artículo 246 del Código Penal.

También el sujeto protegido se encuentra obligado a este deber de reserva. En virtud de este deber y como garantía de su cumplimiento deberá suscribir un Memorando de Acuerdo en el cual se manifieste la voluntad de someterse al proceso de protección, aceptando la estrategia de protección especializada y las condiciones que allí se establezcan. Una de las condiciones que se establecen en dicho documento es el compromiso que asume la persona protegida de no poner en riesgo su seguridad o la estrategia de protección diseñada, especialmente cualquier antecedente que pudiera dar indicios de la identificación y/o ubicación de él y su familia, si correspondiere.

Es relevante la labor que en este ámbito pueden realizar los profesionales de la URAVIT con el protegido y su familia, en lo que dice relación con la preparación para la adopción de medidas de autoprotección o autocuidado, entre las cuales se encuentran las relacionadas con la mantención de una conducta que no vulnere el principio de confidencialidad o reserva.

Los ámbitos de la confidencialidad o reserva de la información

Debido a que cada una de las instituciones que intervienen en el proceso de protección, como son el Ministerio Público, la Policía de Investigaciones y Carabineros, son responsables de adoptar todas las medidas necesarias para evitar cualquier filtración de información que pueda poner en riesgo la protección, se establecieron recomendaciones básicas que deben considerar estas instituciones en determinados ámbitos, conforme a lo señalado en la Norma Chilena Oficial ISO 2777, a continuación algunas de estas recomendaciones:

a) <u>Ámbito documental</u>. Se recomienda que en las instituciones todos los documentos existentes que se requieran para el desarrollo del procedimiento de protección o que se elaboren a partir de éste, tengan el carácter de clasificados y se les otorgue la categoría de "documentos sensibles, críticos, secretos o confidenciales".

Es importante el procedimiento que se adopte al interior de las instituciones para el "etiquetado y manipulación" de la información, de acuerdo con el esquema de clasificación adoptado por la organización".

De acuerdo a lo anterior, cada institución será responsable de velar por las siguientes actividades de procesamiento de la información:

- Copiado
- Almacenamiento
- Transmisión por correo
- Transmisión de voz
- Destrucción
- b) <u>Ámbito informático</u>. En este ámbito la recomendación se encuentra dirigida a los cuidados que se deben adoptar respecto de:

- Los equipos computacionales. Dentro de las recomendaciones se encuentra la creación de áreas seguras para evitar el acceso no autorizado, daños e interferencias a las instalaciones de la institución y a la información. Los equipos de procesamiento de información crítica o sensible de la institución se deberían mantener en estas áreas seguras, protegidas por un perímetro de seguridad definido, con barreras apropiadas de seguridad y controles de entrada. Estos deberían estar físicamente protegidos del acceso no autorizado, daño e interferencia.
- Los programas e información. Algunas de las recomendaciones están destinadas a la implementación de mecanismos de control, como actualizar constantemente las contraseñas o implementar sistemas de autenticación de accesos a los sistemas de computación. Asimismo, se recomienda que la información sea encriptada, para lo cual, se deben definir protocolos.
- c) Ámbito del personal. Se recomienda restringir el acceso a dependencias donde se maneje información sensible, y a los equipos de procesamiento de información, instalando sistemas de seguridad en los ingresos, habilitando solamente a las personas autorizadas, en tal sentido, el uso de tarjetas para ingresar a determinadas dependencias, uso de llaves en las oficinas, puertas cerradas, accesos restringidos, cajones con llaves, etc.

## 1.2. Temporalidad

El proceso de protección que se adopte en un caso complejo, tiene por objeto la generación de una estrategia de protección que contiene normalmente medidas de protección que pueden implicar serias limitaciones o restricciones a la forma de vida del protegido, por ejemplo, implementación de un dispositivo de seguridad personal que le signifique estar constantemente acompañado por personal policial para sus desplazamientos, o bien, permanecer temporalmente en algún lugar alejado de su residencia. Dado lo gravosas que pueden resultar estas medidas para el protegido, en virtud de la aplicación de este principio de temporalidad, se deberá limitar el proceso de protección y por ende las medidas adoptadas, a aquel periodo de tiempo durante el cual subsista la situación de riesgo grave y excepcional proveniente de la criminalidad organizada, que la hizo necesaria.

La decisión respecto al momento en que deja de ser necesaria la aplicación de proceso de protección sólo podrá ser adoptada a través de una evaluación del riesgo actual que afecta al protegido. Por ello, en todo proceso o programa de protección se deben realizar periódicamente dichas evaluaciones a fin poder determinar cuando deja de ser necesaria una protección de esta naturaleza.

#### 1.3. Voluntariedad

Si bien el Estado se encuentra obligado a asistir y proteger a aquellas personas que enfrentan un riesgo por su colaboración en un proceso penal, los pro-

gramas de protección son considerados un recurso excepcional para brindar seguridad a aquellos sujetos intimidados o amenazados por delincuentes cuyo poder impide enfrentar tal riesgo en forma ordinaria. Por ello, en estos casos el consentimiento del sujeto protegido es esencial<sup>10</sup>, ya no se trata solamente de aceptar que se le proteja como ocurre normalmente, sino que es necesaria una voluntad fundada en un conocimiento acabado de los alcances y limitaciones que tiene la protección ofrecida a través de la aplicación de un proceso o programa de protección. Vulnerar este principio puede implicar altos costos, tanto para el protegido como para los protectores y el sistema como tal.

De esta manera, para que se puedan desarrollar adecuadamente las acciones de protección, será necesario que sean debidamente informados de las medidas de protección que se adoptarán en virtud de la estrategia diseñada y las obligaciones que contrae para asegurar la eficacia de la protección, como asimismo, las consecuencias de su incumplimiento. Para ello cobra especial relevancia el Memorando de Acuerdo que se suscriba.

#### 1.4. Proporcionalidad

La estrategia de protección que se adopte, debe establecer medidas de protección proporcionales a la situación de riesgo a la que esté expuesta la persona destinataria de las mismas y a los recursos disponibles, dentro del marco del respeto de las garantías constitucionales.

#### 1.5. Subsidiariedad

La estrategia de protección sólo se aplicará en aquellos casos donde exista un riesgo que no pueda ser minimizado por las medidas ordinarias de pro-

<sup>10</sup> Caso de Brenda Paz, quién manifestó su voluntad de no seguir en el programa protección. Nació en Honduras, a la edad de 12 años, abandonó la escuela y se integró en la banda callejera Mara Salvatrucha o MS-13, que es una de las bandas callejeras más violentas de los Estados Unidos. Brenda proporcionó a los fiscales información provechosa sobre la historia, la estructura y las operaciones de la Banda a cambio de lenidad. Esos conocimientos hicieron de ella el testigo decisivo en un juicio federal por asesinato en el que el demandado era su novio y líder de la MS-13 en Virginia del Norte. Para mantenerla a salvo del castigo de la banda, Brenda fue admitida en el Programa WITSEC. Fue reubicada en otro estado y se le proporcionó un nuevo nombre y un nuevo número de seguridad social. Se le advirtió de que fuera discreta y evitase cualquier contacto con miembros de la banda, pero las restricciones y el aislamiento se le hicieron excesivos. Se puso en contacto con su antigua banda y los miembros de ella le convencieron de que regresase, asegurándole que la habían perdonado. Abandonó el Programa WITSEC y volvió a unirse a la banda. En unos pocos días estaba muerta. Su cuerpo fue encontrado en un río con una soga alrededor del cuello, 16 puñaladas en el pecho y los brazos y tres cortes profundos en el cuello (Daren Briscoe, "The new face of witness protection: a changing demographic strains a storied program", Newsweek, 2 de mayo de 2007; Sam Dealey, "America's most vicious gang: MS-13 is spreading senseless violence to cities and suburbs across the country", Reader's Digest, enero de 2006; y Douglas A. Kash, "Hiding in plain sight: a peek into the Witness Protection Program", FBI Law Enforcement Bulletin, vol. 73, No. 5 (mayo de 2004), pp. 25 a 32).

tección que la Fiscalía pueda o haya implementado, solicitado o instruido implementar.

#### 2. Objetivos

Este proceso de protección tiene como objetivo general, otorgar protección especializada, inmediata y eficaz, a quienes hayan declarado o deban declarar en el contexto de un proceso penal, en calidad de víctima, testigo o perito y a su familia, por encontrarse en una situación de riesgo excepcional, que sea calificada como caso complejo.

La situación de riesgo excepcional que enfrenta una víctima o testigo debe estar constituido por una amenaza a la vida o integridad de un sujeto por su colaboración en un proceso penal, y que, por provenir de una organización criminal, existe una alta probabilidad de que se concrete.

Un caso adquirirá la calidad de complejo cuando el riesgo excepcional que lo caracteriza, no pueda ser protegido con las medidas habituales de protección, requiriéndose un análisis especializado para la determinación e implementación de medidas, incorporando variables de tipo jurídico, psicosocial, de seguridad y de inteligencia, entre otras.

Para alcanzar este objetivo, el proceso de protección tiene que cumplir con determinados objetivos específicos, como constituir en cada fiscalía regional un Consejo Regional de Protección para que en la calidad de órgano técnico – asesor, analice estos casos y proponga decisiones al Fiscal Regional, y a su vez, elabore estrategias de protección fundado en la realización de evaluaciones especializadas de riesgo. Indispensable también, resulta la coordinación con todas aquellas instituciones que pudieren estar involucradas en la implementación de la estrategia de protección diseñada.

# 3. Sujetos Protegidos

El proceso de protección tiene por objeto dar protección a aquellos sujetos cuya vida e/o integridad física se encuentren seriamente amenazadas por miembros de grupos criminales organizados, debido a su participación en un proceso penal, requiriendo la elaboración e implementación de una estrategia de protección. Así, los sujetos que pueden ser beneficiarios de esta protección, son:

- La víctima
- El testigo propiamente tal y aquellos que adquieren la calidad de testigo en virtud de la ley. Estos son: informante, cooperador eficaz, agente encubierto y agente revelador<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Arts. 22 y 25 de la Ley 20.000.

- Los peritos
- La familia de los anteriores
- · Personas de especial significación afectiva para el testigo

Nuestra legislación le otorga a la víctima de un delito, en su calidad de interviniente del proceso penal, el derecho a ser protegida frente a las amenazas o amedrentamientos que pueda enfrentar. Puede desempeñar un rol relevante en el proceso por el conocimiento directo que puede tener de los hechos, y sus declaraciones serán trascendentales, especialmente en las investigaciones de delitos vinculados con grupos criminales organizados. Por ello, y al igual que en el caso de los testigos, la protección que se le brinde debe cumplir con otorgarle la seguridad necesaria que le permita declarar confiadamente, para lo cual, las medidas que se adopten deben ser fruto de una estrategia especializada de protección diseñada para el caso concreto.

Una mención especial cabe realizar respecto del cooperador eficaz, debido a que un alto porcentaje de los sujetos que prestan declaración como testigos en causas iniciadas contra miembros de organizaciones criminales, pertenecen o han pertenecido a ellas. Por este motivo, la colaboración de estos sujetos es trascendental, ya que poseen antecedentes importantes sobre la estructura de la organización, sus métodos de funcionamiento, sus actividades, sus vínculos con otros grupos delictivos, etc. Debido a esto, cada vez más, los Estados adoptan normas para facilitar la participación de estos sujetos, que en la mayoría de los casos se traduce en reducción de pena y protección para ellos y sus familias. También es importante en estos casos, que el sistema penitenciario permita la aplicación de medidas de protección a este tipo de testigos, como pueden ser: traslado a otros recintos carcelarios o lugares adecuados dentro de estos para que puedan estar separados del resto de los internos. La protección a la familia de estos sujetos también debe ser un factor que se debe considerar en un proceso o programa de protección.

#### Otros sujetos en situación de riesgo.

Una mención especial requiere la situación de determinados sujetos que no se encuentran considerados dentro de aquellos que pueden ser incorporados al proceso de protección que estamos exponiendo, y nos referimos específicamente a aquellos que pueden ser intimidados o amenazados por encontrarse en una situación de riesgo derivada de la naturaleza de la función que le corresponde desarrollar en relación a un proceso penal, como son por ejemplo, los jueces, fiscales, funcionarios policiales u otros.

En algunos Estados las leyes de protección que han generado para estos casos, contemplan a estas categorías entre los sujetos protegidos, sin embargo en la mayoría de los países los excluyen, sin perjuicio de la protección que se les otorga, en caso de riesgo, a través de otras normativas.

Las razones para su exclusión se fundan principalmente en la dificultad de conciliar la aplicación de un proceso o programa de protección para sujetos, que si bien se encuentran en una situación de riesgo derivada de amenazas o intimidaciones, el origen o causa de tales amenazas o intimidaciones que los afecta, proviene de una relación con el proceso penal diversa a la de una víctima o un testigo.

Así, podemos señalar que el riesgo que afecta a una víctima o a un testigo emana del conocimiento que tiene de los hechos constitutivos de delito, a diferencia del riesgo que puede enfrentar un fiscal, un juez o un policía que está relacionado directamente con la función o el desempeño de la labor que ha asumido, esto es la investigación de un delito en el caso del fiscal, y el objeto que se persigue es precisamente frustrar su investigación impidiéndole el ejercicio de su función, lo mismo ocurre en el caso del policía que colabora en dicha investigación, o el magistrado que debe fallarla.

En estas situaciones, no se trata de evitar que un sujeto declare o castigarlo por haber declarado, sino evitar el cumplimiento de la función que llevan adelante estos sujetos en representación del Estado. Dado este supuesto es que la forma de enfrentar esta situación de riesgo debe ceñirse a las circunstancias particulares que la caracterizan.

Por su parte, la voluntariedad que impera en un proceso o programa de protección para testigos, y que se manifiesta principalmente en la suscripción del Memorando de Acuerdo o de Entendimiento, difícilmente podrá aplicarse a quienes son operadores del sistema de justicia penal, ya que la relación funcionaria o estatutaria que los rige es fundamental en el consentimiento del sujeto de someterse a la estrategia de protección diseñada, dado que está en situación de aceptarla o no. En el caso de un funcionario policial, por ejemplo, un traslado de su lugar de trabajo deberá cumplirlo para seguir adelante con su función, en la cual existe un riesgo inherente a ella, haciendo ineficaz la suscripción de cualquier acuerdo al respecto, lo cual lo diferencia de la reubicación que se le puede ofrecer a un testigo, que puede o no aceptarla.

Por algunas de las inconveniencias señaladas, no corresponde incorporar a estos funcionarios en el proceso de protección, sin perjuicio que cada una de las instituciones vinculadas al sistema procesal penal, tenga la obligación de generar los mecanismos de protección para su personal<sup>12</sup>, y adoptar las medidas pertinentes, lo cual no obsta a la colaboración recíproca que se puedan prestar en la materia, por ejemplo, dispositivo de seguridad personal para un fiscal amenazado.

# 4. Evaluación de los antecedentes para el ingreso

Como en todo proceso o programa de protección, para decidir la admisión o rechazo de un sujeto se deben evaluar determinados antecedentes.

<sup>12</sup> Oficio FN MP N°168/2009 de 30 de marzo de 2009.

Los elementos a considerar especialmente son:

- a. Los antecedentes psicológicos y sociales del sujeto a proteger, a fin de establecer:
  - Si se encuentra apto o en condiciones de soportar la carga y restricciones que impone la estrategia de protección.
  - Evaluar si el impacto que le afecta guarda relación con el nivel de la amenaza o amedrentamiento que sufre o ha sufrido.
- b. El riesgo. Se deberá evaluar el riesgo para determinar su gravedad, excepcionalidad y posibilidades reales de concreción de la amenaza.
- c. El delito que se investiga. Permite orientar respecto a su gravedad objetiva y el alcance que ello puede tener tanto para el imputado como para la organización criminal de la que forme parte.
- d. Relevancia de las declaraciones del sujeto protegido. Corresponde analizar si no existen otros medios probatorios a través de los cuales acreditar el delito que se investiga y, por otra parte, si las declaraciones del testigo son sustanciales para tal acreditación. En caso contrario, la alternativa es prescindir del testigo a fin de evitar las restricciones que implica someterlo a este proceso de protección y la posibilidad, aunque sea mínima, de concreción del riesgo que le afecta.

## 5. Elaboración de la estrategia de protección

La estrategia de protección especializada deberá ser elaborada para cada sujeto protegido que lo requiera, teniendo en consideración las características específicas de su situación particular. Se definirán las medidas de protección a aplicar y sus responsables, plazos, evaluación, y personas o instituciones públicas o privadas que intervendrán, pudiendo proponerse medidas alternativas o subsidiarias a las principales.

Es importante la configuración por etapas de la estrategia de protección, las cuales se irán evaluando constantemente, a fin de permitir los cambios pertinentes.

Asimismo, se deberán establecer los plazos dentro de los cuales debe llevarse a efecto la implementación de las medidas y los plazos dentro de los cuales se evaluará su eficacia.

Evaluación de la implementación de la estrategia de protección

Resulta esencial que durante todo el lapso en el cual se aplique el programa de protección se vayan realizando evaluaciones periódicas de la implementación de la estrategia de protección a fin de establecer la eficacia de las medidas.

## 6. Separación del proceso de protección

Este proceso de protección finalizará cuando concurra alguna de las causales que autorizan la separación del sujeto protegido del proceso de protección, y que son:

- a. Renuncia por escrito a seguir recibiendo protección;
- b. Las medidas de protección dejan de ser necesarias.

Existen causales cuya concurrencia autorizan para evaluar la situación, a fin de decidir si en el caso concreto reúne las condiciones de gravedad para ponerle término al proceso de protección, esto ocurre en los siguientes casos:

- a. No cumple con los términos del memorando de acuerdo suscrito;
- b. Ha suministrado a sabiendas información falsa o engañosa.
- c. Su conducta pone en peligro la aplicación de la estrategia de protección;
- d. Es condenado por la comisión de un delito;
- e. Se rehúsa a cooperar con el proceso judicial.

## V. Las medidas de protección

Son todas aquellas que resulten necesarias para brindar seguridad y confianza a aquel sujeto que sufre amenazas, intimidaciones o agresiones que pueden colocar en riesgo su vida e integridad por su colaboración en un proceso penal.

En este caso las medidas se estructuran a través del diseño de una estrategia de protección, que permite cubrir todos los requerimientos de protección que exigen estas situaciones, permitiendo minimizar eficazmente el riesgo que enfrenta el sujeto protegido.

Las medidas a implementar podrán ser complementarias y aplicadas simultáneamente, o bien, podrán ser establecidas en carácter de subsidiarias. Asimismo, podrán ser sustituidas cada vez que resulten ser ineficaces.

Las medidas de protección podrán ser:

# a) Medidas de seguridad o de protección propiamente tales

Son todas aquellas acciones de protección que tienen como finalidad directa eliminar el riesgo excepcional que afecta al sujeto protegido, asegurando su integridad. Pueden consistir en:

- 1. Instalación de dispositivos de seguridad en las viviendas.
- 2. La reubicación dentro o fuera de la ciudad en la que reside el sujeto protegido, ya sea temporal o definitiva.

- 3. Vigilancia domiciliaria y protección policial permanente.
- 4. Rondas policiales.
- 5. Seguridad en desplazamientos.
- 6. Caracterización.
- 7. Medidas protectivas especiales en las audiencias.
- 8. Instalaciones y procedimientos de comunicación policial de emergencia.
- 9. Cualquier otra medida necesaria para proteger al testigo.

Por sus características, la mayoría de ellas requieren de la participación de personal policial tanto en su diseño como implementación, dados los conocimientos específicos y experiencia que poseen en este ámbito.

## b) Medidas de apoyo

Son todas aquellas medidas complementarias a la protección, consistentes en acciones destinadas a hacer factible la implementación de las medidas de seguridad o de protección propiamente tales, y que tienen por objeto tratar aspectos psicológicos y sociales de los sujetos protegidos, y dar atención a sus necesidades básicas. Estas medidas pueden consistir en:

- 1. Atención en salud. Se comprenden todas aquellas que puedan ser para la recuperación o mantención de la salud del sujeto protegido.
- 2. Evaluación psicológica inicial y acompañamiento durante la implementación de la medida.
- 3. Alimentación.
- 4. Vivienda.
- 5. Educación.
- 6. Cualquiera otra que se estime necesaria en el caso concreto.

Los procesos de protección de esta naturaleza se diseñan por los Estados para casos de protección grave, por ello las medidas que resultan extraordinarias para las otras situaciones de protección son las más habituales en estos casos, como son la reubicación y la reserva o cambio de identidad, las que normalmente requieren que se complementen con otras medidas, por ejemplo, que decidida la aplicación de reubicar definitivamente al testigo se complemente con un acompañamiento policial para sus desplazamientos al nuevo lugar de residencia, y que se solicite restringir el acceso de público a la sala de audiencia cuando deba concurrir a declarar al juicio. Asimismo, dada la complejidad de los casos y el nivel de riesgo existente, es de alta probabilidad que el proceso de seguridad implique cambios fundamentales en la vida de los protegidos, cambios que no son naturales, y que son urgentes, no existiendo tiempo para que puedan incorporarlos adecuadamente. Tanto para la aceptación de las medidas, como para la mantención de ellas, será necesario este acompaña-

miento emocional, que apoye y contenga, que informe, y que evalúe si aparecen elementos que puedan interferir en sus resultados.

## VI. Factores a considerar para la evaluación de riesgo

En todos los procesos o programas de protección especializada, la evaluación del riesgo que enfrenta un sujeto como consecuencia de su colaboración en un proceso penal, resulta esencial al momento de adoptarse la decisión respecto de su admisión, como también al momento de diseñar la estrategia de protección o decidir su continuación, modificación o término.

La evaluación de riesgo consiste en la valoración que se debe realizar, utilizando toda la información disponible respecto de una determinada persona o caso (características del delito y su contexto, características del imputado y su entorno, características de la víctima o testigo y su entorno) para estimar la probabilidad de que se materialice la amenaza o intimidación que afecta a esa víctima o testigo, esto es, que sea posible que sea afectada por un atentado, o nuevo atentado, según sea el caso, a su vida o integridad física en un futuro próximo.

De acuerdo a ello, la existencia del riesgo ha de ser inferida a través de la observación de diferentes factores, y sus correspondientes variables, que determinan en el caso de las víctimas y los testigos, que como consecuencia de su participación en un proceso penal determinado, se conviertan en víctima de un delito.

# Consideraciones al momento de realizar la evaluación de riesgo

- Las evaluaciones de riesgo siempre responden a un tiempo determinado, ya que las condiciones varían en el tiempo, por las propias características del delito, de la víctima o del imputado, o por los cambios que provoca la intervención especializada y penal en el caso. Por ello, las evaluaciones deben realizarse en forma periódica durante la intervención, con el objeto de poder oportunamente realizar los ajustes que sean necesarios para minimizar el riesgo que se enfrenta.
- La evaluación de riesgo es una actividad que requiere de un procedimiento rápido, ágil, lo más desburocratizado posible, dado que la efectividad de la medida está directamente relacionada con el pronóstico del riesgo y la oportunidad de la implementación de las medidas.
- Evaluar el riesgo de nuevas victimizaciones es una tarea compleja, donde es necesario hacer un análisis detallado de cada factor y, al mismo tiempo, ser capaz de analizar la globalidad de factores observables en un caso, teniendo presente la interacción entre factores de riesgo: hay factores que por sí mismos no resultan excesivamente peligrosos, pero cuando se presentan de

manera simultánea con otro(s) factor(es), su efecto negativo puede verse multiplicado. De modo similar, en ocasiones el peso o la influencia de un determinado factor puede verse aumentado si es extremadamente intenso (p. ej.: atentado a familiares del testigo de parte de una organización criminal). Por otra parte, en ocasiones la existencia de un factor por sí solo denota riesgo alto y no es necesario tomar en consideración su vinculación con otros factores para fundar una intervención inmediata orientada a la protección de la víctima (p. ej.: homicidio frustrado contra el testigo por parte de una organización criminal).

- Generalmente, en una situación de riesgo los factores se encuentran interrelacionados por lo que no deben sumarse. La evaluación de riesgo es siempre un proceso cualitativo y requiere de un análisis integrativo y no sumativo de parte del evaluador.
- La evaluación del riesgo, debe considerar también la valoración de la posible existencia de factores protectores o circunstancias que pudieran disminuir o modificar el riesgo existente, ya sean éstos propios o ajenos a la víctima, o de externalidades positivas a la intervención procesal (p. ej. la detención del imputado, la existencia de una red de apoyo efectivamente protectora para el sujeto protegido, la capacidad del sujeto protegido de implementar medidas de autoprotección efectivas, etc.).

# Nivel de riesgo

Para los efectos de la admisión de un sujeto al proceso de protección, el nivel de riesgo que debe enfrentar debe ser de carácter grave, extremo, esto significa que se trata de un riesgo "que está en su grado más intenso, elevado o activo". Ello implica que existe la posibilidad cierta de ocurrencia inminente de un daño.

El sujeto que enfrenta este nivel de riesgo se encuentra expuesto al peligro de perder la vida o afectarse gravemente su integridad física si no se le aplica una estrategia especializada de protección. De esta manera, será necesario que exista la posibilidad cierta de ocurrencia de un daño que, dadas las variables que lo median, está en su grado más intenso, elevado o activo y por ello, se requiere de medidas de protección altamente especializadas e implementadas en la mayoría de los casos con la participación de las policías.

El riesgo grave, además debe ser de carácter excepcional. Esto significa que el riesgo grave que enfrenta un sujeto no puede ser minimizado, de manera eficaz, sin la elaboración de una estrategia de protección que contemple medidas de protección de máxima intensidad.

La experiencia comparada, permite señalar que el máximo riesgo será siempre durante la investigación, siendo su punto más alto durante momentos previos al juicio, donde las amenazas o, derechamente, la muerte, tienen el mayor sen-

tido para el agresor, de manera de asegurarse la impunidad. Con posterioridad al juicio, se mantiene el riesgo, aunque no en la misma medida que antes del juicio, ya que se ha observado que los miembros del crimen organizado, siguen pendientes de silenciar al testigo como una forma de venganza y, sobre todo, como ejemplo para demostrar las consecuencias de la delación. Esto, porque como ya se señalara, generalmente los testigos de los delitos relacionados con el crimen organizado son miembros del mismo grupo delictual.

## Oportunidad para realizar la evaluación de riesgo

Debido a que el riesgo es dinámico, es decir, pueden ir variando en el tiempo las circunstancias consideradas al momento de realizarse su evaluación, es que se recomienda que se realicen periódicamente estas evaluaciones, a fin de ir modificando la estrategia de protección, si es el caso. Estas evaluaciones debieran tener lugar, a lo menos, en los siguientes momentos:

- 1. Al resolver sobre la admisión de un sujeto al proceso de protección.
- 2. Al diseñar la estrategia de protección especializada.
- 3. Al revisar la efectividad y eficacia de las medidas durante su aplicación.

#### Factores de riesgo

Existe cierto consenso a nivel internacional respecto a los factores básicos que se deben utilizar para evaluar si un sujeto se encuentra en una situación de riesgo inminente de sufrir un atentado a su vida o integridad, es decir, que favorecen o facilitan su victimización, y que se deben considerar. Son los siguientes:

- 1. La amenaza.
- 2. Antecedentes psicosociales del sujeto a proteger.
- 3. Características de los potenciales agresores o sujeto amenazante.
- 4. Tipo de delito en cuyo proceso debe prestar colaboración el sujeto protegido.

#### Variables a considerar en cada uno de los factores

- 1. La amenaza o intimidación<sup>13</sup>
- a. Si la amenaza o intimidación es grave.
- 13 La llamada "investigación protectiva", es la indagación sobre la amenaza del Servicio de los Marshals de Estados Unidos (USMS), quienes señalan la importancia de desarrollar la Investigación Protectiva, en paralelo con la investigación criminal que realiza el fiscal, ya que basados en la experiencia de su servicio, es clave para entregar un servicio de calidad en protección para testigos. Mientras que la investigación criminal busca determinar si el crimen fue cometido y encontrar las evidencias necesarias para probarlo y poner a

- b. El origen de la amenaza. Determinación del grupo delictual cuyo integrante o integrantes que la efectúan.
- c. El nivel de organización y cultura del grupo que amenaza.
- d. La capacidad delictiva.
- e. Si la amenaza o intimidación con riesgo vital, está dirigida a causar el daño a la familia o personas que tengan significación afectiva relevante con la víctima, testigo o perito.
- f. Si la amenaza tiene por objeto lograr la impunidad de alguno o algunos de los integrantes de la organización criminal en el proceso penal en el cual colabora o colaborará el sujeto a proteger o constituye una represalia.
- g. Si quien formula la amenaza o intimidación ha ejercido violencia física grave, leve o moderada sobre el sujeto a proteger.
- h. Medios utilizados para formular la amenaza.
- i. Circunstancias en las cuales se ha formulado la amenaza.
- 2. Antecedentes psicosociales del sujeto a proteger
- a. Situación de aislamiento familiar y social.
- b. Si el sujeto a proteger ha colaborado en otros procesos penales y si ha existido retractación.
- c. Actividad u ocupación que lo expone al riesgo por su naturaleza.
- d. Edad (persona anciana o menores).
- e. Padece algún tipo de discapacidad.
- f. Ha sido o es objeto de algún tipo de discriminación.
- g. Ha sido objeto de más de un delito.
- h. Vivienda de la víctima se ubica en entorno donde habitualmente ocurren delitos.
- i. Inexistencia de personas (red primaria) que puedan colaborar en su protección.
- j. Si señala intenso temor a ser agredido nuevamente.
- k. Relación con la organización criminal que genera la amenaza, si formó parte de ella y en que niveles.
- 1. Compromiso delictual.
- m. Exposición pública del sujeto por la trascendencia social de la causa.

disposición de la justicia a los responsables, la investigación protectiva busca determinar la seriedad de la amenaza, prevenir una situación de mayor inseguridad y manejar las circunstancias para reducir el riesgo y en lo posible eliminarla. En los EEUU, los encargados de realizar esta indagatoria son los alguaciles federales del USMS, quienes la desarrollan teniendo como principal objetivo mantener a salvo al protegido y encontrar a los autores de la amenaza. Asimismo, junto con el inicio de la investigación protectiva, los Marshals, adoptan inmediatamente las medidas de protección necesarias.

El perfil que se pueda confeccionar de la víctima o testigo va a permitir que se adopte una decisión fundada respecto de las medidas de protección idóneas, tanto las propiamente tales como las de apoyo.

3. Los potenciales agresores o sujetos que generan la amenaza o intimidación

Debe tratarse de un sujeto(s) que tenga pertenencia a una banda, grupo, u organización criminal<sup>14</sup>, y deben analizarse los siguientes aspectos:

- a. Antecedentes penales y actividad delictual de los sujetos que generan la amenaza o intimidación.
- b. Si tienen acceso a armas y utilización de éstas en actividades delictuales.
- c. Si tienen conocimiento de antecedentes que los conduzcan a ubicar a la víctima o testigo (domicilio, trabajo, desplazamientos, etc.).
- d. Si han efectuado acciones que impliquen algún atentado o ataque contra la víctima o testigo, o su familia.
- e. Grado de peligrosidad o violencia en sus acciones.
- f. Viven o se desenvuelven en un entorno social delictual.
- g. Potencial financiero de la organización a la que pertenece, que le permite contar con recursos económicos para financiar operaciones de inteligencia o contrainteligencia.
- h. Si los miembros de la organización criminal a la que pertenecen los sujetos que generan la amenaza o intimidación han recibido entrenamiento o formación en actividades delictivas, subversivas o terroristas.
- i. Pertenencia a grupos radicalizados.
- 4. El delito en cuyo proceso debe prestar colaboración el sujeto protegido
- a. Tipo de delito. La aplicación del proceso de protección no se encuentra limitada a delitos determinados.
- b. Gravedad del delito.
- c. Existencia de otras víctimas.
- d. Existencia de otros atentados hacia la misma víctima.

#### VII. El memorando de acuerdo

Este documento se recomienda incorporarlo en todos los programas o procesos de protección especializada, ya que, en él se definen detalladamente las

<sup>14</sup> Art. 2º de la Convención de Palermo "Por "grupo delictivo organizado", se entenderá un grupo estructurado de 3 ó más personas que existe durante cierto tiempo, que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados en la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

condiciones bajo las cuales se le brindará la protección al sujeto protegido y éste expresa su voluntad en el sentido de aceptar someterse a este proceso de protección y cumplir con las obligaciones que allí se establezcan.

En estos memorandos se contienen normalmente las siguientes cláusulas:

- a. Una declaración del testigo en el sentido de expresar que su ingreso al proceso de protección es voluntaria.
- b. Los términos o condiciones de la admisión al proceso de protección.
- c. Las medidas de protección y de apoyo que se van a implementar y aquellas que eventualmente podrán ser consideradas para su aplicación.
- d. Las causas que darán lugar a la separación o suspensión del proceso de protección.
- e. El compromiso de la persona protegida de cumplir todas las instrucciones de el o los funcionarios a cargo de la implementación y ejecución de las medidas de protección, incluso las de someterse a exámenes físicos y psicológicos.
- f. El compromiso de la persona protegida de no poner en peligro la estrategia de protección.
- g. El compromiso del sujeto protegido de revelar todas sus responsabilidades válidas.
- h. El compromiso de revelar cualquier procedimiento penal, acción civil o procedimiento de quiebra, pasado o pendiente, en que esté involucrado, así como el conocimiento que pueda tener de cualquier actuación de esa índole que pueda iniciarse después de su admisión al proceso.

#### VIII. Implementación del proceso de protección en las fiscalías regionales

La implementación del proceso de protección se inició en septiembre de 2009 en la Fiscalía Regional de Tarapacá en su carácter de piloto.

Durante el año 2010 se continuó con las Fiscalías Regionales de Arica y Parinacota, Atacama, Coquimbo, Del Libertador Bernardo O'Higgins, Aysén y la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente.

En el presente año, se han incorporado las Fiscalías Regionales de Antofagasta, Valparaíso, Del Maule, Concepción, La Araucanía, Los Ríos y Punta Arenas. Encontrándose pendientes para el mes de diciembre la Fiscalía Regional de Los Lagos y las Fiscalías Regionales Metropolitana Centro Norte, Metropolitana Oriente y Metropolitana Sur.

La evaluación hasta la fecha ha sido parcial, los casos analizados no superan la decena, por lo que para el año siguiente, ya implementado el proyecto en todas las fiscalías regionales, se podrá realizar una evaluación completa.

El desafío para el año siguiente se encuentra constituido por el avance en la consolidación de esta materia específica de protección especializada. Para ello será necesario, profundizar en la optimización de las medidas de protección habituales en estos casos, como asimismo, en la optimización de los recursos humanos y materiales que resultan de alto costo en este tipo de protección. Otro desafío es avanzar en la coordinación con servicios públicos y privados, a fin de lograr su compromiso en el apoyo e implementación de determinadas medidas de protección.

## UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### LA OBTENCIÓN DE VENTAJAS NO PATRIMONIALES EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Luis Humberto Contreras Alfaro<sup>1</sup>

I.- Planteamiento general; II.- Corrupción y ventajas no patrimoniales; III.- La función del concepto "beneficio económico" en el delito de tráfico de influencias; IV.-A modo de conclusión: la obtención de provecho o ventaja como elemento subjetivo del tipo; V.- Bibliografía.

#### I. Planteamiento general

Conviene sincerarnos de inmediato, a primera vista, en Chile parece inexacto hablar de un delito de tráfico de influencias propiamente tal, siendo más preciso referirse a ciertas modalidades de comisión de los delitos de cohecho y negociación incompatible.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos penales de nuestro entorno, *v.gr.* el Código Penal Peruano (art. 400), el Código Penal de Colombia (art. 147) o el Código Penal Boliviano (art. 146), que contienen tipos autónomos de tráfico de influencias, el legislador chileno prefirió regular el ejercicio indebido de influencias personales para la obtención de favores o ventajas, como modalidades típicas de dos figuras penales que, tal vez, son las más representativas del fenómeno de la corrupción para el inconsciente colectivo, sancionando el tráfico de influencias como una suerte de "singularidad" de los delitos de negociación incompatible y cohecho pasivo propio, en los arts. 240 bis y 248 bis inciso 2º del Código Penal, respectivamente.

A no dudarlo, para el ciudadano común y corriente, el soborno y el conflicto de intereses son sinónimos de corrupción, vicio y perversiones de los funcionarios públicos, lo que se nos figura que es y será siempre el amiguismo en el ejercicio del poder. Cabe preguntarse, sin embargo, si más allá de las diferencias sistemáticas, existe alguna disimilitud de fondo entre las dos formas de incriminación del tráfico de influencias por las que optó el legislador chileno, o si se trata en realidad de un mismo delito. Es decir, nos preguntamos si existe alguna diferencia en cuanto a la conducta sancionada o al bien jurídico tutelado, si se trata de simples actos preparatorios o casos de autoría por inducción de otras figuras penales, o si en definitiva el ofrecimiento o ejercicio de influencias es un delito inútil porque los demás delitos contra la administración pública constituyen suficiente resguardo para impedir procesos de corrupción.

<sup>1</sup> Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía Local de Puerto Aysén, Fiscalía Regional XI Región, Ministerio Público. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España.

Desde luego, una idea común en los distintos autores que han escrito sobre el tema, es que el tráfico de influencias cumple una función de "recogida" (NIETO MARTIN, 2004, p. 131), en el sentido de que este delito suple lagunas de punibilidad respecto de hipótesis delictivas que no son comprendidas en sentido estricto por las figuras penales más cercanas, lo que a su vez, acarrea como contrapartida, evidentes problemas concursales a la hora de precisar los límites del tráfico de influencias respecto de los delitos afines.

Son múltiples las interrogantes que genera el tráfico de influencias, las que transforman a este ilícito en un interesante objeto de estudio y reflexión. Una de estas cuestiones, a nuestro juicio aún no atendida suficientemente por la doctrina nacional, y que intentaremos esbozar en este artículo, se refiere a la determinación del sentido y alcance de los conceptos de beneficio, provecho e interés, que utiliza el legislador en los artículos 248 bis inciso 2º y 240 bis ya referidos. La pregunta que nos hacemos es si el objeto de la corrupción, entiéndase la dádiva, presente, interés o beneficio por el cual actúa el funcionario corrupto, puede tener el carácter de una ventaja no patrimonial en el delito de tráfico de influencias. En otras palabras, si los conceptos de provecho e interés, pueden tener un significado más amplio y distinto al beneficio económico o ventaja apreciable en términos pecuniarios, entendiendo que puede ser objeto de tutela penal no sólo la obtención de beneficios apreciables en dinero a través del ejercicio indebido de influencias, sino también otro tipo de ventajas inmateriales o subjetivas (MARTIN FRADES, 2007, p. 32. DEME-TRIO CRESPO, 2003, p.55. CUGAT MAURI, 1997, p. 165).

#### II. Corrupción y ventajas no patrimoniales

Este no es un tema pacífico en la legislación y doctrina comparada. Un provecho no patrimonial es un concepto difuso que podría atentar contra el principio de tipicidad introduciendo elementos o variables de carácter subjetivo que podrían devenir en arbitrariedad a la hora de aplicar el Derecho Punitivo. Pero a medida que transcurre el tiempo, parece cada vez más discutible aceptar sin cortapisas la impunidad de actos corruptos donde la obtención de ventajas económicas parece más bien un objetivo secundario (NIETO MARTIN, 2004, pp. 81-82), como el otorgamiento de honores, obtención de réditos políticos, promociones al interior de partidos políticos, obtención de informaciones estratégicas, el requerimiento de favores de contenido sexual, o casos en los cuales el beneficiario de las contraprestaciones económicas es la propia administración. De lo que estamos hablando es que en todos los ejemplos mencionados, técnicamente, no hay un beneficio económico para el funcionario corrupto. Si llevamos el argumento al extremo, negar de plano el castigo penal para la corrupción motivada por la obtención de ventajas no patrimoniales, implicaría considerar impune todo acto de corrupción que no provoque perjuicio económico al Estado. De ahí que nos preguntemos si algunos

razonamientos, como el contenido en un conocido fallo del Tribunal Supremo Español de fecha 05-02-1995, que absolvió a una alcaldesa que solicitó dinero a unos constructores para pasar por alto ciertas irregularidades urbanísticas, y que posteriormente utilizó los fondos percibidos para crear una banda de música y reparar un colegio público (STS, RJ 1996/797), podrían traducirse en una suerte de patente de legitimidad para la famosa justificación del accionar de Robin Hood: "...robbing from the rich and giving to the poor...".

Frente a lo expuesto, han surgido diversas iniciativas a nivel internacional como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que han motivado a los diversos países que la han suscrito, a introducir en sus legislaciones internas la posibilidad de sancionar no solamente actos de corrupción en los que el funcionario acepta o recibe pagos o beneficios económicos propiamente tales, sino también otro tipo de ventajas no apreciables en términos pecuniarios. En nuestro país, la Convención de la OCDE sirvió de base para la modificación del Código Penal del año 2009, que introdujo el nuevo artículo 251 bis que sanciona al que "...ofreciere, prometiere o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza...".

El alcance del artículo 251 bis, sin embargo, está limitado al ámbito del cohecho activo en las transacciones internacionales, y si comparamos su redacción con los otros tipos penales para combatir la corrupción, parece que el concepto de beneficio no económico, no encuentra parangón en la legislación chilena.

Ahora bien, suele transformarse en un lugar común entre los imputados por delitos de corrupción, el afirmar con vehemencia que tienen las "manos limpias", que "no han robado un peso", y otras frases por el estilo. Sin embargo no nos engañemos, la corrupción de funcionarios públicos puede abarcar una serie de contraprestaciones recíprocas entre el corrupto y el corruptor, donde el beneficio solicitado u obtenido no necesariamente tiene carácter económico, y sin embargo es y seguirá siendo un beneficio.

Si concebimos la corrupción como una relación clientelar semejante a una compraventa de cuotas de poder, podremos darnos cuenta que en los diferentes países del orbe, lo que el funcionario corrupto tiene para ofrecer a sus clientes no necesariamente son recursos personales, sino también y fundamentalmente recursos político-administrativos, mientras que el cliente no necesariamente puede ofrecer como contraprestación recursos materiales o económicos, sino también recursos inmateriales como lealtades políticas, fidelidad y sostén, servicios de protección, etc., siendo este intercambio mutuamente beneficioso particularmente en países no desarrollados, y un terreno evidentemente fértil para el debilitamiento del Estado (CACIAGLI, 1996, p. 17 y ss).

### III. La función del concepto "beneficio económico" en el delito de tráfico de influencias

Si atendemos al tenor literal de la norma chilena, el art. 248 bis, en principio, parece echar por tierra cualquier pretensión de castigo para la obtención ilícita de beneficios no patrimoniales, puesto que utiliza el concepto "beneficio económico" para describir la conducta típica. Sin embargo, debemos preguntarnos si la solicitud o aceptación del beneficio económico al que alude la norma, es parte del tipo objetivo en cuanto descripción normativa que ayuda a definir la conducta externa y, por ende, está relacionada al verbo rector que explicita el comportamiento incriminado; o bien, si forma parte del tipo subjetivo, como propósito o fin perseguido por la acción típica, de modo similar al "ánimo de lucro" en los delitos de hurto y robo donde la acción de sustraer debe ir acompañada de un ánimo o propósito especial del autor.

Para aproximarnos a dar una respuesta debemos analizar la forma en la que el legislador chileno decidió incriminar el tráfico de influencias.

Si leemos con atención los arts. 240 bis y 248 bis podemos apreciar que ambas disposiciones utilizan la expresión "ejercer influencia", lo que permite afirmar que en el núcleo de ambos tipos penales, el legislador sanciona una misma conducta, cual es *influir*. La conducta punible, por lo tanto, es una sola. En verdad no hay dos delitos de tráfico de influencias sino uno solo, cuyo bien jurídico tutelado es también el mismo, cual es: proteger el correcto funcionamiento de la administración pública, cautelando específicamente el proceso formador de la decisión administrativa, a través del cual, el funcionario decide la ejecución de un acto o la resolución de un asunto (RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, 2008, pp. 365, 428).

Ejercer influencia o influir, por lo tanto, es sinónimo de sugestión, instigación o presión moral. Una conducta que ha sido definida por la doctrina como "algo más que una inducción y algo menos que una coacción o amenaza" (BUSTOS RAMÍREZ, 2007, tomo III, p. 655). En otras palabras, influir es incidir en el proceso motivador de un funcionario público, inclinando la resolución de un asunto relativo a su cargo, hacia la toma de decisiones o actuaciones que precisamente serán el resultado de la presión o fuerza moral que se ejerce sobre él.

A partir de lo expuesto podemos intentar una descripción de la conducta incriminada en el delito de tráfico de influencias, que sea común a las descripciones típicas de los artículos 240 bis y 248 bis inciso 2º, indicando que ésta consiste en el ejercicio de presiones o injerencias por parte de un funcionario público respecto de otro, fundadas en una situación de superioridad o prevalencia del primero respecto del segundo, debido a la posición jerárquica, a relaciones personales, a las facultades propias de su cargo o al prestigio social, político o religioso que aquel posea, con el fin de obtener una decisión o actuación que pueda generar una ventaja, un beneficio o un provecho para sí, o para terceros.

Cabe preguntarse entonces ¿por qué el legislador reguló una misma conducta en dos disposiciones distintas, relacionándolas con delitos cuya descripción típica no necesariamente coincide con el verbo rector del delito de tráfico de influencias?

A nuestro modo de ver se trata de una técnica legislativa bastante discutible que separó en dos un delito de peligro formado por varios actos en su *iter criminis*, con el fin de evitar lagunas de punibilidad, asociando el tráfico de influencias con otros delitos afines para adelantar las barreras de punición a actos meramente preparatorios del ejercicio de la influencia.

Volvamos al artículo 248 bis. Relacionando el inciso primero y el segundo, a primera vista el legislador parece regular dos figuras complejas de tráfico de influencias, formada cada una de ellas por dos verbos rectores, que en verdad son dos caras de una misma moneda. La primera es solicitar beneficio económico para ejercer influencias y la segunda es aceptar recibir beneficio económico para ejercer influencias. En ambos casos se trata de una penalización "adelantada", que apresura el castigo a lo que se ha descrito por algunos autores como "...una simple declaración de infidelidad al ordenamiento por un móvil abyecto (beneficio económico)..." (POLITOFF, MATUS RAMÍREZ, 2004, p.502), en otras palabras, al legislador le da igual si el funcionario corrupto cumple o deja de cumplir su promesa de influencia, y si recibe o no el beneficio económico que pidió o que le ofrecieron, porque la penalidad está adelantada a la mera petición o aceptación de la oferta de beneficios económicos.

¿Podríamos sostener entonces que el concepto "beneficio económico", cumple la función de ser un elemento subjetivo del tipo, en cuanto fin o propósito perseguido por el funcionario corrupto?

Vamos con cautela. El tráfico de influencias tiene en efecto, su propio elemento subjetivo, expresamente declarado así por el legislador cuando señala que el ejercicio de la influencia en otro empleado público debe tener por finalidad obtener un *provecho* o *decisión favorable* para terceros o para el propio funcionario corrupto.

¿Es que acaso el legislador ha repetido la referencia subjetiva al propósito de ganancia económica?

Con todo lo cuestionable que pueda ser la técnica del legislador nacional, no parece razonable que simplemente haya efectuado una reiteración a la finalidad de obtener una ganancia patrimonial, ya que en tal caso no habría ninguna diferencia entre el artículo 240 bis y el artículo 248 bis. Por cierto alguno podría sostener que el inciso segundo del artículo 248 bis contiene una referencia subjetiva distinta porque hace mención a provecho para terceros, mientras que el inciso primero hace referencia a beneficio personal. Esta afirmación, sin embargo, no tiene demasiado asidero por cuanto el legislador

no distingue si el beneficio económico se pide o se acepta para el mismo funcionario o para terceros.

En nuestra opinión, la explicación a esta aparente duplicidad de referencias subjetivas se debe a que el artículo 248 bis inciso 2º en realidad está penalizando actos preparatorios del ejercicio de influencias, que no es otra cosa que una mera proposición o aceptación a delinquir. Si no fuera así, tal vez podría haberse estimado sin más, que el ejercicio de influencias constituye una "infracción a los deberes del cargo", y podría castigarse como un delito de cohecho pasivo consumado, en el inciso primero del artículo 248 bis. Pero el legislador optó por una forma distinta de incriminación, y necesitó decir expresamente que el ejercicio de influencias es una infracción a los deberes del cargo, y si lo hizo creemos que ello obedece a que en realidad el legislador adelantó las barreras de punición al punto que una conducta aparentemente vacía de contenido, como la simple petición o aceptación de beneficios económicos, ya es objeto de sanción penal. Este acto preparatorio en sí mismo es equívoco, está a medio camino entre la fase interna y la fase externa del delito, y no podría ser objeto de sanción alguna si no tuviera por objeto la ejecución de un delito concreto. Ese delito concreto es precisamente el tráfico de influencias, que en otras palabras se transforma en la propia finalidad de la petición o aceptación de beneficios patrimoniales.

El beneficio económico, por lo tanto, no es un elemento subjetivo del tipo, sino un elemento *normativo*, que ayuda a la descripción típica mediante un juicio de valoración, para determinar el significado jurídico de la conducta del agente. La diferencia podría parecer sutil, pero no lo es si pensamos que al tratarse de elementos diferentes, su sentido y alcance no tiene por qué ser el mismo.

El concepto beneficio económico sólo se refiere a la descripción típica de un acto preparatorio del ejercicio de influencias, y como tal es un elemento del mundo exterior, independiente de las finalidades propias del autor. Conforme a lo expuesto, la petición o aceptación de valores o especies apreciables pecuniariamente, será punible en cuanto dicha conducta tenga el carácter de una negociación, ofrecimiento o transacción de influencias.

Conforme venimos razonando, el concepto beneficio económico es un elemento normativo que sirve para dar significación jurídica a la negociación u ofrecimiento de influencias, pero que no incide necesariamente en el *ejercicio* de influencias propiamente tal, que puede darse a instancia de un tercero, o por iniciativa y provecho exclusivo del funcionario corrupto sin una negociación previa.

La obtención de provecho o ventaja, en cambio, sí es un elemento subjetivo del tipo, y como tal constituye el fin de la acción influir, que forma parte del dolo del autor.

Provecho es sinónimo de utilidad e interés. Así las cosas, las expresiones "decisión favorable a sus intereses", "para dar interés ..." y "decisión que pueda generar un provecho", utilizadas por el legislador en los artículos 240 bis y 248 bis inciso 2º, son todos conceptos sinónimos y se refieren a la obtención de una ventaja para el autor o para terceros, pero no necesariamente una ventaja patrimonial o económica, sino cualquier tipo de ventaja privada contraria a los intereses públicos que determinan el correcto funcionamiento de los órganos de la administración del Estado. En cuanto elemento subjetivo del tipo no es necesario que la ventaja se obtenga realmente, sino que debemos entenderla como una finalidad determinada del actuar, una acción provista de un fin inapropiado en función de las normas sociales y culturales de un país, a partir de la cual, exista un riesgo de reciprocidad u obligación implícita para favorecer intereses privados contrarios a los intereses de los ciudadanos.

Por cierto, la frontera entre el interés público y privado es difusa, y por ello algunos países han precisado códigos de ética para prohibir la utilización del cargo público en beneficio de privados, tales como las Normas de Conducta para la Vida Pública de los funcionarios del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos de América, del año 2002, las Normas de Conducta de la Vida Pública del Reino Unido del año 1995, el Código de Ética de los Servidores Públicos, de México del año 2002, o el Código de Buen Gobierno de España, del año 2005. Todas estas normas ayudan a precisar qué es lo que se espera de un funcionario que ejerce un cargo público, cuáles son las situaciones y conductas en las que no se debe incurrir al ejercer un cargo público, y cuáles son las directrices básicas para garantizar a los ciudadanos un ejercicio objetivo e íntegro del poder.

En consecuencia, la instigación, sugestión o ejercicio de presión moral de un funcionario público sobre otro para obtener una decisión favorable, debe tener un fin espurio, contrario a los deberes funcionarios y principios éticos que regulan el ejercicio del cargo público, pero no es necesario que dicho fin se concrete efectivamente en un beneficio pecuniario. Asimismo tampoco es necesario que la influencia sea previamente negociada o transada entre el funcionario corrupto y el corruptor; pero si se da en la práctica, dicha negociación o transacción de influencias será penalizada a título de acto preparatorio del ejercicio de influencias en el artículo 248 bis inciso 2º del Código Penal, mientras que si el ejercicio de influencias tiene lugar a instancia exclusiva del propio funcionario corrupto sin negociación previa con un tercero, será sancionada conforme al artículo 240 bis.

#### IV. A modo de conclusión: la obtención de provecho o ventaja, como elemento subjetivo del tipo

El legislador chileno ha regulado el delito de tráfico de influencias de un modo *sui generis*, contemplando dos normas diferentes que se refieren a un único tipo penal cuyo núcleo es el ejercicio de influencias. Se trata de un

delito de peligro abstracto, respecto al cual nuestro legislador ha adelantando las barreras de punibilidad sin exigir un resultado concreto. Así las cosas, la interpretación de este delito no está exenta de dificultades, siendo discutible si estamos ante casos especiales de autoría por inducción o autoría mediata respecto de otras figuras afines como la prevaricación administrativa.

A nuestro modo de ver, sin embargo, lo que el legislador ha hecho en el artículo 248 bis inciso 2º es regular una etapa adelantada de desarrollo del delito de tráfico de influencias, cual es la *negociación* de influencias, que no es otra cosa que un acto preparatorio del ejercicio de influencias. A su vez, el artículo 240 bis contiene la figura base, cual es el *ejercicio* de influencias propiamente tal, que corresponde a la etapa de consumación de un delito de mera actividad.

El concepto beneficio económico, por ende, sólo está referido a la etapa preparatoria del ejercicio de influencias y tiene importancia como elemento normativo del tipo para determinar en qué casos una negociación u ofrecimiento de influencias será considerada una conducta punible.

El concepto de provecho, ventaja o interés, en cambio, es un elemento subjetivo del tipo, referido a la finalidad del sujeto activo al momento de ejercer la influencia, y por lo tanto, tiene un sentido y alcance más amplio que el beneficio pecuniario, pudiendo referirse a cualquier tipo de ventaja personal o de terceros, distinta al interés general.

El concepto de provecho no económico, sin embargo, implica un gran desafío para el operador de Derecho Penal, cual es determinar con precisión cuándo estamos en presencia de este tipo de ventajas, puesto que no parece correcto en un estado democrático de derecho, sancionar la finalidad de obtener beneficios puramente psicológicos como la calidez, la simpatía, la vanidad, las conexiones personales o conductas meramente altruistas, ya que dichos comportamientos deben encontrar prevención y castigo exclusivamente dentro del ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

A nuestro modo de ver, el fin de obtener ventajas, patrimoniales o no patrimoniales, debe interpretarse a la luz de los fines de prestación a los ciudadanos que deben cumplir los Órganos de la Administración del Estado, que están en función de las necesidades sociales y de las normas legales y éticas que regulan el ejercicio del cargo público. Cobra vital importancia en la interpretación de este concepto, por lo tanto, la teoría de la *adecuación social*, para eximir de sanción ventajas mínimas o superfluas. Por otro lado, la definición de una ventaja inmaterial no puede estar exenta del análisis del riesgo que dicha ventaja significa para el bien jurídico tutelado, de esta manera, la finalidad de obtener una ventaja inmaterial debe ser analizada bajo el prisma de criterios extraídos de modernos desarrollos teóricos como la teoría de la *imputación objetiva*, a efectos de establecer si las prestaciones o beneficios que espera obtener el funcionario son lo suficientemente contundentes en términos de su magnitud

y naturaleza como para implicar un incentivo o un impacto en la conducta del servidor corrupto, que pueda comprometer su objetividad e integridad en el ejercicio del cargo, poniendo en peligro el proceso formador de la decisión administrativa.

#### V. Bibliografía

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras completas. Santiago de Chile, 2007.
- CACIAGLI, Mario. Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Madrid, 1996.
- CUGAT MAURI, Miriam. La desviación del interés General y el Tráfico de Influencias. Barcelona, 1997.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "La corrupción como freno decisivo a la consolidación del Estado de Derecho: respuesta penal". En BERDUGO GOMEZ-DE LA TORRE, I. RIVERO ORTEGA, R. (Eds.) El Estado de Derecho Latinoamericano, integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica. Salamanca, 2003.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "El delito de cohecho y el delito de tráfico de influencias". En ASUA BATARITA (Ed.) *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao 1997.
- DIEGO BAUTISTA, Oscar. Los valores en los Códigos de Gobierno de los Estados Unidos, Reino Unido, España y México. Toluca, 2009.
- FABIÁN CAPARROS, Eduardo. La Corrupción de Agente Público extranjero e internacional. Valencia, 2003.
- MARTÍN FRADES, Ángel Carlos. "Los delitos de los funcionarios contra la Administración Pública". En *Cuerpo de Titulados Superiores, especialidad Jurídica de la Junta de Extremadura*. Madrid, 2007.
- NIETO MARTÍN, Adán. "La corrupción en las transacciones comerciales internacionales". En NIETO MARTÍN, A. (Coord.) Estudios de Derecho Penal, trabajos preparatorios del grupo español de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Ciudad Real, 2004.
- OLIVER, Guillermo. "Aproximación al Delito de Cohecho". En *REJ* Revista de Estudios de la Justicia, N°5, 2004.
- POLITOFF, S. MATUS, J.P. RAMÍREZ, Ma.C. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial. Santiago de Chile, 2004.
- RODRÍGUEZ, L. OSSANDÓN, Mª.M. Delitos contra la función pública. Santiago de Chile, 2008.

- ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma. Madrid, 2001.
- TERRAGNI, Marco Antonio. Delitos propios de los funcionarios públicos. Mendoza, 2003.
- VÁSQUEZ PORTOMEÑE-SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la Administración Pública. Santiago de Compostela, 2003.
- VERA VEGA, Jaime. *El delito de tráfico de influencias en la legislación chilena*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2002.

# UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

#### PRUEBA ILEGAL - EXCLUSIÓN - ESCUCHAS TELEFÓNICAS

Carolina Zavidich Diomedi<sup>1</sup>

#### Aspectos generales

La protección de los derechos constitucionales otorga a los sujetos seguridad y confianza para vivir y desarrollarse dentro de un ambiente de respeto mutuo. Uno de estos derechos, el debido proceso, proporciona certeza jurídica de que en la aplicación de las normas que regulan la producción, aplicación, interpretación y valoración de la prueba, se excluyan aquellas en la que no se hayan respetado los derechos fundamentales o normas legales.

Por otra parte, en línea probatoria y como técnica de investigación criminal, la intervención telefónica ha resultando ser un eficiente medio probatorio que permite identificar los mecanismos de acción y otros elementos de la persecución penal. Al ser una medida intrusiva, por cuanto vulnera la intimidad de las personas y la privacidad de las comunicaciones², debe, por su carácter excepcional y restrictivo, ser autorizada por un juez de garantía conforme a los requisitos que la propia ley establece. En caso contrario, implica necesariamente que estamos en presencia de una escucha ilegal y, por ende, de una prueba ilícita.

En el sistema jurídico chileno, el Ministerio Público es quien tiene la facultad constitucional de dirigir exclusivamente la investigación y sostener la acción penal pública. Por lo tanto, para cumplir con su mandato, podría limitar o coartar el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, por medio de diversas técnicas investigativas, como las interceptaciones telefónicas³, pudiendo hacerlo sólo "...por o en virtud de normas constitucionales..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>2</sup> Protegido por la Constitución Política en el artículo 19 N°4 y N°5, en donde se asegura a todas las personas "El respeto y la protección a la vida privada..." y "La inviolabilidad... de toda forma de comunicación privada". Se establece, en todo caso, el principio de reserva legal, esto es, para que las comunicaciones y documentos privados puedan interceptarse, debe hacerse conforme a los casos y formas determinados por la ley.

<sup>3</sup> Artículos 9, 19, 77, 166, 180, 181, 182, 219, 222 y 236 del Código Procesal Penal.

<sup>4</sup> Alexi, citado en DÍAZ GARCÍA, L. IVÁN, "Derechos Fundamentales y prueba Ilícita en Nuevo proceso Penal Chileno", "La Prueba en el Derecho Procesal Penal Oral", Edit. Lexis Nexis, mayo 2003, p. 139, cita 26. El autor, cuya distinción aquí se sigue, denomina restricciones directamente constitucionales a las contempladas en la Ley Fundamental y restricciones indirectamente constitucionales a las de rango infraconstitucional autorizadas por aquella (p. 277).

En relación a estas ideas, mencionaremos sucintamente bajo qué argumentos se debiera excluir la prueba, tomando en consideración lo señalado por la doctrina y las normas vigentes en el sistema legal chileno; las excepciones a la exclusión probatoria; y su relación respecto de las interceptaciones telefónicas.

#### II. Prueba ilícita y su exclusión

Como fuera dicho por Carocca Pérez, la posibilidad de probar en juicio, en el proceso penal chileno, es considerada como un derecho fundamental en la determinación de los hechos investigados<sup>5</sup>, debiendo seguirse las normas pertinentes. De lo contrario, dicha prueba es considerada ilícita y debe ser excluida del proceso investigativo, teniendo como consecuencia "la privación de sus efectos..., la prohibición de su admisión en juicio y de su valoración en la sentencia"<sup>6</sup>, surgiendo de ello la idea de la prueba ilícita.

En relación a ella, parte de la doctrina ha hecho ciertas distinciones<sup>7</sup> y concebido algunos conceptos, como lo expuesto por Daza González, quien señala que la prueba ilícita es "toda prueba obtenida con violación del debido proceso", que para ser calificada como tal, "el requisito omitido..." debe ser "...de carácter esencial y..." tener "...una incidencia trascendental sobre el debido proceso...", que afecte la validez que ésta tenga en juicio, siendo excluida del debate probatorio<sup>88</sup>.

De acuerdo a lo reseñado por Hairabedián, la precursora en la aplicación de la supresión de la prueba ilícita fue la jurisprudencia norteamericana a partir del caso "Weeks V. US", en el año 1914, con la teoría de "los frutos del árbol envenenado", al señalar "...que la regla de exclusión estaba impuesta implícitamente en la Constitución federal para garantizar la vigencia de los derechos en ella establecidos, ya que "si las cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito... la protección de la Cuarta Enmienda, declarando el derecho a estar seguros tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor...",

- 5 CAROCCA PÉREZ, ALEX, "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", Revista Ius et Praxis, año 4, N°2, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 1998.
- 6 BARRIOS HERRERA, JUAN GUILLERMO, "Consideraciones sobre el Derecho a la Intimidad y la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal", Seminario Reforma Procesal Penal, Universidad Católica de Temuco, Edit. Cono Sur, Lexis Nexis, Chile, Octubre de 2001. pp. 198 y 199.
- 7 Como por ejemplo aquella que diferencia la prueba ilícita de la prueba ilegal. Dicha distinción es más bien teórica, por cuanto ambas se entienden como las obtenidas con inobservancia a los derechos fundamentales o normas legales.
- 8 DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, "Evidencia Ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión", Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, N°27, abril junio 2009, Editorial Legis, pp. 123 y ss.

motivada en la relación existente entre la conducta ilegal y la prevención de conductas inadecuadas por parte de quien obtiene la prueba. El autor agrega que, en el año 1891, la Corte Suprema de Argentina ya excluía prueba ilegalmente obtenida en el caso "Charles Hnos.", señalando que "... siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles..."9.

El mismo autor, citando a Roxin, señala que el fundamento de la exclusión de prueba ilícita es de orden ético, puesto que carecer de restricciones que regulen los mecanismos de obtención de la prueba "... entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado..."10. Dicha postura ha tenido discrepancias por alguna parte de la doctrina que ha expresado que "... el sistema judicial sufre en su imagen cada vez que por defectos legales excluye prueba creíble y posibilita la absolución de personas claramente culpables de haber cometido graves acciones antisociales..."11.

La legislación argentina contiene la teoría de la exclusión en su Constitución, la que dispone "... que la prueba obtenida vulnerando garantías constitucionales carece de eficacia probatoria, situación que se extiende a todas las que no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación". No obstante, dicha legislación no tiene norma expresa que se refiera a la exclusión de prueba<sup>12</sup>.

En la legislación española se hace mención a la exclusión de la prueba ilícita, instituyendo el derecho y deber de reclamar por parte de quien se ha visto afectado o transgredido en alguna de sus garantías fundamentales para la consecución de alguna prueba. No obstante, el tribunal puede resolver de oficio ante alguna afectación de derechos garantidos.

Lo mismo acontece respecto al derecho colombiano, en que si existe afectación de derechos individuales para la obtención de una prueba, ésta no se tiene en cuenta y es declarada como inexistente. Dicha regulación es considerada como una estrategia para reforzar la protección de las garantías constitucionales. En este mismo sentido, LaFave señala que los fundamentos de la exclusión pro-

<sup>9</sup> HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal", Edit. Ad-Hoc, 1ª edición, año 2002, pp. 34 y ss.

<sup>10</sup> Ob. cit. HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 45, Agrega el autor que esta línea argumentativa también se encuentra en otros autores, señalándolos en las citas N°97: "Derecho Procesal Penal, citado por Bertoni: "Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias", en LL, julio 2000", Cita N°99: Citados por Guariglia en "Las prohibiciones de valoración..." p. 78 y Cita N°100: Los dos últimos citados por Minvielle: "La prueba ilícita...", p. 27. (refiriéndose a Davis Echandía y Zaffaroni).

<sup>11</sup> Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 46, cita 104, Ídem. p. 287.

<sup>12</sup> Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 35.

batoria son: "Disuadir a los funcionarios del orden público para que no violen la protección constitucional, la... Integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia de la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida e Impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales, de otra manera el pueblo pierde su confianza en él"13.

La excepción a la aplicación de la exclusión de prueba ilícita ha sido la jurisprudencia inglesa, que ha "... privilegiado el descubrimiento de la verdad por sobre las infracciones constitucionales, haciendo valer la prueba ilícitamente obtenida sin perjuicio de la persecución penal a los que obtuvieron las evidencias ilegalmente..."<sup>14</sup>.

Respecto a nuestro sistema jurídico, podemos citar algunas de las normas que tienen relación con esta materia:

- 1) La Constitución Política en su artículo 19 N°3 asegura "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos... Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justo...". El N°5 protege "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y los documentos privados interceptarse, abrirse o regístrese en los casos y formas determinados por la ley".
- 2) Artículo 9 del Código Procesal Penal, se refiere a la autorización judicial previa, disponiendo que "Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa...".
- 3) En relación a la prueba ilícita sobre interceptaciones telefónicas, el artículo 225<sup>15</sup> prohíbe su utilización en el procedimiento, cuando "... ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma".
- 4) Artículo 259<sup>16</sup>, instituye cual debe ser el contenido de la acusación fiscal y en su letra f) establece: "... El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en juicio;...".
- 5) El artículo 261<sup>17</sup>, que dice relación con la prueba aportada por el querellante, establece en su letra c): "... Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación,..."<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> LaFave, citado en DAZA GONZALEZ ALFONSO, ob. cit., p. 129. Cita 15.

<sup>14</sup> Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 34.

<sup>15</sup> Código Procesal Penal Chileno.

<sup>16</sup> Ídem.

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> Disposiciones que se remiten al artículo 259.

- 6) El artículo 263<sup>19</sup>, en cuanto a las facultades del acusado, dispone en la letra c): "... Exponer los argumentos de la defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare,...".
- 7) A su vez, el artículo 272<sup>20</sup>, sobre el debate de las pruebas ofrecidas por las partes, establece que éstas podrán hacer "...observaciones y planteamientos relevantes... para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276".
- 8) El artículo 276<sup>21</sup> dice relación con la exclusión de pruebas para el juicio oral. En su inciso 3º dispone lo siguiente: "El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes... Del mismo modo, el juez prescindirá de las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales".
- 9) El artículo 297<sup>22</sup> describe el modo de valorar la prueba en juicio, indicando que ésta se apreciará en libertad, sin "...contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados".
- 10) En cuanto a una de las consecuencias de la exclusión de prueba, esto es la nulidad del proceso, el artículo 373 letra a)<sup>23</sup>, establece como causal de nulidad la siguiente: "Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o 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...".

La doctrina chilena ha aludido a la eliminación de la prueba ilegal como "mecanismos generales correctivos para la protección de garantías", los que se manifiestan por tres vías: la nulidad procesal, la exclusión de la prueba ilícita y el recurso de nulidad<sup>24</sup>.

En cuanto a la nulidad procesal, hacen alusión a ella los artículos 159 al 165 del Código Procesal Penal, posibilitando invalidar las actuaciones que generan un perjuicio al interviniente cuya única forma de repararlo es a través de la nulidad. La oportunidad que tiene el sujeto afectado de interponerla es dentro

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> Código Procesal Penal chileno.

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> Ídem.

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> COLOMA CORREA, RODRIGO, "Panorama General Chileno de la Prueba en el Juicio Oral chileno", "La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral", Edit. Lexis Nexis, mayo 2003, p. 67, cita 75, Horvitz, María Inés; López, Julián, Op. Cit., p. 103.

del plazo de los 5 días siguientes a que haya tomado conocimiento del perjuicio. Si el menoscabo se manifiesta en una audiencia, debe alegarlo antes del término de la misma.

La audiencia de preparación del juicio oral es la vía para alegar la exclusión de la prueba ilícita, conforme lo dispone el artículo 276 inciso 3º del Código Procesal Penal, en la que cada parte podrá formular sus fundamentos, observaciones y planteamientos respecto de la prueba ilícita.

Agotadas las demás posibilidades de impugnación<sup>25</sup>, la vía del recurso de nulidad posibilita objetar pruebas obtenidas con infracción de garantías constitucionales<sup>26</sup>.

De lo dicho, podemos observar exclusión respecto de aquellas pruebas que han sido logradas con vulneración de derechos fundamentales o respecto de aquellas provenientes de actuaciones o diligencias nulas<sup>27</sup>. En relación a la primera de ellas, el juez está obligado a rechazarla, como en "los casos y formalidades a que habrá de someterse la interceptación de comunicaciones telefónicas. El material obtenido en contravención a lo dispuesto en tales normas no puede ser utilizado como prueba..."<sup>28</sup>. Acerca de esto, la jurisprudencia chilena ha expresado que la infracción de garantías y, por consiguiente, la solicitud de exclusión probatoria, debe ser invocada en la oportunidad procesal que corresponda. En caso contrario, el tribunal oral en lo penal no se pronunciará respecto su licitud y la someterá a valoración como cualquier otra prueba presentada en juicio, pudiendo desestimarla fundadamente<sup>29</sup>.

Respecto a las segundas, esto es, pruebas provenientes de actuaciones o diligencias nulas, debe primeramente establecerse el vínculo de nulidad y el derecho afectado, para determinar la exclusión de dicha prueba y luego, si cabe la admisión de ésta a la valoración que efectuará el tribunal en conjunto con las demás pruebas rendidas. La Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, en relación con la obligación de custodia y de mantener a disposición del imputado las escuchas telefónicas, ha manifestado que, a su juicio, lo dispuesto por el artículo 223 del Código Procesal Penal implica que el Ministerio Público es quien tiene el deber de custodia de las grabaciones que se hagan producto de

<sup>25</sup> Excelentísima Corte Suprema, ROL: 5507–10, RIT: 122–2009, RUC: 0900040845-7, 08 de octubre de 2010, Considerandos: 7°, 11°, 10°, 16°, 17°. Parte de la jurisprudencia ha entendido que si las pruebas ilícitas no fueron objetadas en la audiencia de preparación de juicio oral, dicho tribunal oral en lo penal, carece de facultades para valorar su licitud o ilicitud.

<sup>26</sup> Artículos 372 y ss. del Código Procesal Penal.

<sup>27</sup> Op. cit., DÍAZ GARCÍA, L. IVÁN, pp. 145-147.

<sup>28</sup> Op. cit., DÍAZ GARGÍA, L. IVÁN, citas 36, 37 y 38, refiriéndose a los artículos 220, 223 y 225 del Código Procesal Penal y al artículo 19 N°5 de la Constitución Política, referido a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

<sup>29</sup> Ilma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 354-2009, RIT: 120-2009, RUC: 0800469379-6, considerandos octavo y noveno.

una intervención telefónica, correspondiéndole a los jueces orales determinar la manera y oportunidad en que será incorporada. Por lo que en el fallo recurrido "...que el elemento de prueba de que se trata quedó a disposición del acusado,... no importa una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, ... si la defensa no accedió a ella, ...teniendo en consideración que la misma fue ofrecida como medio de prueba en la oportunidad legal correspondiente y que la omisión de ponerla físicamente a disposición en el tribunal, no constituye una omisión que esté castigada en algún precepto ... con la sanción de exclusión de dicha prueba... que el Fiscal entregó copia de todos los antecedentes ... para que ... queden a disposición del acusado y de la defensa"30.

Así también, respecto a la solicitud de nulidad por una supuesta infracción del plazo de conexión de una interceptación telefónica, ha dicho que: "... la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas debe indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, la forma de la interceptación y la duración de la misma... La cual fue fijada en treinta días contados desde la fecha "en que efectivamente se lleve a efecto la interceptación,... dado los hechos, ... no se advierte en la especie vicio alguno de procedimiento ... pues la orden de interceptación referida ... fue extendida cumpliendo con todos los requisitos, de fondo y de forma, previstos por la ley. ... exige indicar en la orden el tiempo de duración de la interceptación y no de la... la razón por la cual la disposición legal exige que se indique el plazo de duración de la interceptación y no de la orden, es evidente, puesto que es desde ese momento -el de la interceptación- que se produce la vulneración del derecho establecido en el artículo 19 Nro. 5 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas "la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada", derecho que -según la misma disposición- sólo puede afectarse "en los casos y formas determinados por la ley".31

Esto nos lleva a ratificar lo expresado por Daza González, en cuanto a que la exclusión de pruebas corresponde a un reforzamiento de las garantías constitucionales, pues tiende a evitar la desigualdad probatoria, en especial si la prueba obtenida por el órgano persecutor ha sido mediante afectación de derechos garantidos, impidiendo de esta manera los excesos del Estado y el aprovechamiento de sus actos equívocos<sup>32</sup>. Por medio de ésta, se establecen mecanismos disuasivos y educativos que orientan y dirigen la manera en que se obtiene la prueba, esto es, por medios legalmente establecidos y con respecto absoluto de los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, Rol: 116-2009, RIT: 6674-2008, RUC: 0800723608-8, considerandos quinto y sexto.

<sup>31</sup> Juzgado de Garantía de Coronel, RUC:0300202636-7, RIT: 10-2004, considerandos 5º a 9º.

<sup>32</sup> Ob. cit., DAZA GONZALEZ ALFONSO p. 137.

<sup>33</sup> Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 47, cita 107, Strong: Evidence, p. 286, ha sido opinión de la Corte Suprema Norteamericana, señalando que ésta "... ha advertido la posibilidad a largo plazo de que la exclusión de prueba ilícita pueda demostrar la seriedad con la cual la sociedad considera el actuar ilegal de las fuerzas del orden y esto puede hacer que los policías incorporen los requerimientos legales inconscientemente en su sistema de valores".

Con la aplicación de la exclusión probatoria se podría perder importante prueba y dejar en absolución a culpables de hechos ilícitos, no obstante ser considerada como una intensificación de los derechos constitucionales. Lo anterior ha llevado a parte de la doctrina y jurisprudencia a generar otras teorías como excepciones a dicha exclusión que describiremos brevemente.

#### III. Excepciones a la exclusión de prueba ilícita

Se ha discutido por parte de la doctrina si la prueba ilícita y excluida contamina necesariamente las demás pruebas derivadas de ésta, como lo plantea la teoría de "los frutos del árbol envenenado", o por el contrario, la búsqueda de la verdad material permite la valoración de éstas.

Dado que la consecuencia directa e inmediata de una prueba ilícita es la imposibilidad de ser valorada en juicio, han surgido algunas teorías que admiten las pruebas derivadas, siendo excepciones a la exclusión probatoria, entre las que se pueden mencionar:

#### a) Vínculo atenuado

Consiste en que no se empleará la exclusión probatoria si la conexión existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue o se ha diluido el nexo de causalidad por los demás medios de prueba.

#### b) Fuente independiente

Se le concede valor probatorio a aquella prueba que de un primer examen ha sido generada por efecto reflejo de una obtenida con infracción a los derechos fundamentales; sin embargo, este efecto reflejo sólo es en apariencia, pues el origen se encuentra en una fuente independiente y distinta de la ilícita.

La Corte Constitucional Colombiana, refieriéndose a esta teoría, señala que si se suprime el acto viciado y de igual forma se puede llegar por vías legales e independientes al mismo resultado, dicha prueba es admisible para la determinación del hecho punible<sup>34</sup>.

Se ha señalado que la aplicación de esta teoría genera ciertas incertidumbres, en particular respecto al convencimiento de la tasación como fuente independiente, ya que es difícil tener la convicción que la prueba que se pretende valorar corresponde a un origen separado de la viciada y por lo tanto que pueda ser valorada; o que no tuvo su origen con ocasión de ella. Así lo plantea Hairabedián, al mencionar un allanamiento realizado sin orden judicial y que luego se lleva a cabo un segundo con orden judicial, pero fundado en elementos totalmente diferentes del primero; con lo cual confirma el temor respecto

<sup>34</sup> Ob. cit., DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, p. 139.

a "... establecer si el conocimiento de esos efectos no provenía de la observación que hicieron los policías durante el primer allanamiento ilegal"<sup>35</sup>.

El mismo autor señala que a pesar de dichas aprensiones, igualmente el Tribunal Supremo español ha aplicado la teoría de la prueba independiente, siempre y cuando sea "... posible establecer desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas"<sup>36</sup>.

#### c) Descubrimiento inevitable

Para aplicar la teoría del descubrimiento inevitable, se requiere de una prueba "hipotéticamente factible"<sup>37</sup>, esto es, "...si se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato"<sup>38</sup>. Sin perjuicio que con su aplicación se corre el riesgo de valorar elementos de prueba que bajo otras hipótesis no hubiesen sido admitidos o excluidos.

#### d) Descubrimientos o hallazgos casuales o fortuitos

La doctrina alemana hace referencia a los descubrimientos o hallazgos casuales o fortuitos, entendiéndolos como aquellos que sin buscarlos surgen casualmente<sup>39</sup>.

De las escuchas telefónicas legalmente autorizadas, puede tomarse conocimiento de un hecho delictivo distinto del que se está investigando, pero del cual no existe amparo para intervenir las comunicaciones privadas, situación que ha previsto el derecho alemán, admitiendo que la orden judicial sea dirigida además del imputado, de aquellas personas de las...que se sospecha o se presuma que son intermediarios del imputado para transmitir antecedentes del delito investigado... "140".

Nuestro ordenamiento jurídico regula, en el artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal, los hallazgos casuales, al señalar que: "...Lo prescrito

- 35 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 69.
- 36 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 70.
- 37 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 73, cita 188, Díaz Cantón: "exclusión de la prueba...", cit., p. 341.
- 38 Ob. cit., DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, p. 140. Cita 30, Ob. Cit. p. 701.
- 39 ZAVIDICH DIOMEDI, CAROLINA. "Restricción a las comunicaciones telefónicas en la Ley de Drogas chilena". En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°44, Septiembre de 2010, pp. 146 y ss. "...se refieren a los antecedentes obtenidos por medio de una intervención telefónica legalmente autorizada, pero que no corresponden a datos propios de la investigación, ya sea que emanen de las personas autorizadas a intervenir en sus comunicaciones telefónicas o bien que correspondan a otras personas de las cuales no se ha autorizado ha intervenirla directamente".
- 40 MONTOYA, MARIO DANIEL, "Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas, Análisis Constitucional y Procesal Penal", 2ª edición actualizada y ampliada, Edit. ADHOC, Buenos Aires, año 2001, pp. 373 y 374.

en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes".

Por ello, puede ocurrir que de una interceptación telefónica legalmente autorizada aparezcan antecedentes diferentes de los hechos investigados, que pueden ser calificados como delitos que merecen pena de crimen; o que estas diversas circunstancias delictivas, no les corresponda aplicar pena de crimen. En el primer caso, el legislador regula la validez de la prueba y en el segundo, se ha postulado que dichos datos pueden dar lugar a una nueva investigación, admitiéndose la prueba sin necesidad de contar con una resolución judicial posterior que la confirme<sup>41</sup>.

La jurisprudencia chilena ha reconocido los hallazgos casuales nacidos de interceptaciones telefónicas de una tercera persona, por cuanto de ellas se generaron antecedentes que motivaron el descubrimiento de un ilícito diferente<sup>42</sup>.

#### e) La buena fe

Esta excepción hace referencia a la aceptación de la prueba ilícita, si el órgano encargado de obtenerla ha actuado de buena fe, es decir, si ellos "... creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales..."<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> MARCAZZOLO AWAD, XIMENA, "Hallazgos Casuales en relación con los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas". En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°34, Abril de 2008, p. 152. El artículo 175 del Código Procesal Penal, obliga, entre otras, a los funcionarios policiales a denunciar los hechos que revisten los caracteres de delito, sancionando su omisión, conforme al artículo 177º del mismo cuerpo legal.

<sup>42</sup> Recurso de nulidad, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008. Considerando quinto. Falta de fundamentación alegada y omisión de requisitos del artículo 342º del Código Procesal Penal, "... debe considerarse que los hechos fijados ... corresponden a las reflexiones efectuadas por los Jueces de fondo como también a la ponderación de la prueba, de manera que la interceptación telefónica constituye una diligencia que explica lógicamente cómo y por qué se produjo el control del vehículo y de la identidad de sus ocupantes, hecho que por lo demás no está discutido en cuanto a la existencia misma y, por consiguiente, ninguna infracción al artículo 297 del Código Procesal Penal se ha podido cometer, ya que no se dieron por acreditados hechos inexistentes o que no provengan de medios probatorios que respeten las máximas de las experiencias, los principios lógicos o los conocimientos científicamente afianzados. ... ninguna duda razonable puede surgir sobre la interceptación telefónica ... Distinto es la reflexión ... sobre la infracción sustancial de garantías durante la investigación, cuando se omite en la misma o en el auto de apertura del juicio oral la información referida a una interceptación telefónica que genera el inicio de la investigación en esta causa, porque ello le atañe exclusivamente a la Excma. Corte Suprema y a este Tribunal sólo le concierne pronunciarse si esta omisión impidió ejercer las facultades que la ley otorga al abogado defensor, o si se han omitido alguno de los requisitos de la sentencia referidos al artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, mas -como ya se ha sostenido- la defensa técnica no sufre perjuicio en este caso concreto en términos de impedírsele el ejercicio de sus facultades cuando se omite tal información, pues la medida intrusiva fue controlada y no discrecional y la investigación se inició concretamente en el control de detención a propósito del cual se descubrió la droga que portaba el acusado.

<sup>43</sup> Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 79.

Esta teoría ha sido poco admitida por la doctrina, en razón que de hacerlo, se estaría fomentando la excusa ante la actuación deficiente del órgano persecutor, de los vicios cometidos durante la ejecución de los procedimientos o de su propia incompetencia. Por otro lado, aumenta el trabajo que debe hacer el juez, en el sentido de la valoración o existencia de la buena fe<sup>44</sup>.

#### f) Principio de proporcionalidad

La jurisprudencia alemana menciona que el principio de proporcionalidad "...se limita "a situaciones excepcionales... siempre que la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes... importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que, la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones..."<sup>45</sup>.

Por ende, las pruebas obtenidas a través de alguna transgresión de los derechos fundamentales, no conseguirán ser valoradas por el juez como medio probatorio, pese a que en ciertos casos la doctrina y la jurisprudencia han aceptado su valoración<sup>46</sup>, contradiciendo la teoría de los frutos del árbol envenenado. El afectado debe reclamar de su vulneración<sup>47</sup>, y si no ejerce ese mecanismo de impugnación, el tribunal podrá declarar extemporáneo un reclamo posterior.

Por lo tanto, si una escucha adolecía de vicios de ilicitud y no fueron pretendidos oportunamente y son incorporados en juicio, el juez puede entender que éstos carecen de la ilicitud alegada<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 84.

<sup>45</sup> Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 91, cita 265, Conf. Minvielle: La prueba ilícita en el derecho procesal penal, pp. 106 y 107.

<sup>46</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal", Claves del Derecho Penal, Edit. Hamurabi SRL, 1ª edición, 2004, p. 31, cita 15. Distinguiendo entre prueba prohibida y prueba ilícita, la que sí puede ser objeto de valoración, bajo determinadas circunstancias, dependiendo de una ponderación de intereses con el caso concreto.

<sup>47</sup> RUC 0800274026-6, TOP Arica, mencionado en el considerando primero en recurso de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema de Santiago, Rol 4507-10, RUC 0900040845-7, redactado por el Ministro Señor Carlos Künsemüller L.

<sup>48</sup> Ibíd., Considerando Noveno. "... la autorización judicial para la verificación de una actuación policial no es una prueba independiente de aquella a que accede ... el tribunal oral no puede excluir pruebas, si ello no se hizo en sede de garantía, así como tampoco puede dejar de valorar legalmente la producida e incorporada en la audiencia de juicio oral,... pues el legislador manda hacerse cargo de toda la prueba producida, sin perjuicio, claro está, que pueda desestimar alguna indicando las razones que tuvo en cuenta para ello. (En este sentido, SCS 4600-10)".

#### IV. Alcances y conclusiones

La exclusión es el corolario de la prueba ilícita, constituyendo una herramienta de protección a los derechos garantidos por la Constitución. Con ella se precaven situaciones desiguales que pudieran existir entre el ente persecutor y el imputado, respecto a los excesos y posibles violaciones del primero en la obtención de la prueba.

Sin perjuicio de lo anterior y del amparo que la Constitución otorga a los derechos garantidos, el juez de garantía, como órgano imparcial y previo control de los derechos fundamentales, puede resolver caso a caso la procedencia de alguna de las excepciones a la exclusión probatoria.

Respecto a la exclusión de antecedentes obtenidos por medio de escuchas telefónicas sin el debido amparo legal, hemos visto que la doctrina ha mencionado que toda escucha telefónica generada bajo esas circunstancias, debe ser excluida. Sin embargo, la jurisprudencia ha resuelto no sólo en ese sentido, sino que también la ha estimado como procedente, no obstante reconocer su ilicitud, si el afectado no ha invocado en los estados procesales pertinentes su reclamación.

#### ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA ESTABILIDAD TEMPORAL COMO REQUISITO DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

Tomás Ramírez Hermosilla<sup>1</sup>

#### I. Introducción

Que la colaboración o participación de dos o más personas en la comisión de delitos sea una asociación ilícita, resulta complejo no sólo como análisis dogmático de los tipos penales involucrados sino que también atendidas las consecuencias punitivas que acarrea. En este escenario, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado diversos criterios a fin de dar pautas concretas para la distinción de este delito respecto de otras figuras, como la conspiración, coautoría o, en el caso de la ley 20.000, la mera agrupación o reunión de delincuentes.

Por otra parte, la capacidad de aprendizaje de quienes conforman las asociaciones ilícitas, las nuevas tecnologías y la evolución de las estructuras empresariales (lícitas e ilícitas), han afectado también la persecución de este tipo de agrupaciones, ya que frente a las crecientes dificultades impuestas por el Estado, a través de la persecución penal y otras formas de control, éstas han modificado su forma de funcionar, actuando de manera más flexible y compleja. Tal como sucede en cualquier tipo de empresa que quiera sobrevivir en un mercado altamente competitivo, quienes se dedican a cometer delito han mejorado su capacidad para operar clandestinamente y así evitar la persecución penal.

Frente a esta realidad cabe analizar con mayor profundidad los requisitos señalados por la doctrina y jurisprudencia para la configuración de una asociación ilícita. Generalmente estos son tratados de manera conjunta sin desarrollar sus características específicas y las vinculaciones entre ellos, por lo que su aplicación al caso concreto como criterios límite entre el delito y otras figuras resulta, hasta cierto punto, incierta.

Sin perjuicio que para la jurisprudencia reciente pareciera ser la jerarquía el elemento más relevante, la estabilidad temporal tiene una relevancia especial para la investigación y condena por tráfico ilícito de droga, no sólo atendidas las nuevas formas de emprendimiento ya indicadas sino que también puesto que el sistema de persecución penal actualmente es más rápido y eficaz, siendo detenidos los partícipes en los inicios de sus actividades ilícitas. Además, la

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

propia definición del elemento como "cierta" estabilidad temporal requiere un análisis más profundo para determinar su contenido y límites.

#### II. Elementos de la asociación ilícita<sup>2</sup>

De conformidad con la doctrina y jurisprudencia, tanto respecto de la figura genérica del Código Penal como las contempladas en leyes especiales<sup>3</sup>, las asociaciones ilícitas en la legislación chilena tienen caracteres comunes, siguiendo casi todas la misma redacción o remitiéndose a los artículos 292 y siguientes del Código Penal para la determinación de la pena.

Ya en la génesis del artículo 292<sup>4</sup> aparecen los cuatro elementos tradicionales, a saber, (i) un grupo organizado, (ii) con jefes (centro de poder), (iii) cierta estabilidad temporal y (iv) finalidad delictiva, distinguiéndose los diversos tipos básicamente en el contenido de este último requisito.

Bajo denominaciones distintas se han desarrollado por la doctrina estos elementos: la existencia de una pluralidad de sujetos con una organización más o menos permanente y jerarquizada, cuya finalidad sea la comisión de (ciertos) delitos<sup>5</sup>.

- 2 Los elementos del delito de asociación ilícita han sido analizados anteriormente en la Revista Jurídica del Ministerio Público: Salazar, Andrés, Asociación ilícita para el narcotráfico e interpretación del tipo penal, RJMP N°36, pp. 145 y ss.; Muñoz, Jorge, Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16º de la ley N°20.000, RJMP N°42, pp. 125 y ss.; Muñoz, Jorge, La opinión de la jurisprudencia durante el año 2010 en torno al delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, RJMP N°45, pp. 166 y ss.; Gajardo, Tania, Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial, RJMP N°45, pp. 229 y ss.; Figueroa, Renzo, Comentario del fallo dictado en contra de la agrupación "Los Gaetes" y su análisis para determinar los elementos que configuran una asociación ilícita para el narcotráfico", RJMP N°47, pp. 143 y ss.
- 3 Artículo 1º f) de la Ley N°12.927 sobre Seguridad interior del Estado; artículo 1º N°11 de la Ley N°18.314 que Sanciona conductas terroristas y fija su penalidad; artículo 16 de la Ley N°20.000; artículo 28 de la Ley N°19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero; y el artículo 411 quinquies del Código Penal, agregado por la Ley N°20.057, que establece el delito de asociación para la trata de personas.
- 4 Sesión 157ª de la Comisión redactora del Código Penal. Más referencias respecto de la génesis y comparación entre los textos legales, ver Muñoz, Jorge, Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16º de la ley N°20.000.
- Politoff, Sergio, Matus, Jean y Ramírez, María, Lecciones de Derecho penal Chileno Parte Especial, p. 598: se trata de una "organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos". Con algunas diferencias, Labatut, Gustavo y Zenteno, Julio, Derecho Penal, T. II, Editorial Jurídica, Santiago 2002, p. 109; Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, T. IV, Editorial Jurídica, Santiago 1998, p. 317; Bustos, Juan, Manual de Derecho Penal PE, Ariel, Barcelona 1991, p. 328; Matus, Jean, "Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes", en Politoff, Sergio, Matus,

Por su parte, la jurisprudencia se ha ido uniformando durante los últimos años, encontrándose casos en que se exigieron hasta 10 elementos<sup>6</sup> hasta sentencias recientes en que los requisitos, bajo denominaciones diversas, son básicamente los descritos por la doctrina<sup>7</sup>.

#### III. La estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita

#### 1) Ubicación sistemática

La justificación de cada elemento pareciera ser de toda lógica: la pluralidad de sujetos y su organización se deriva claramente del término "asociar" u "organizar"; la jerarquía, de la redacción de los tipos y en particular de la forma de determinación de las penas contempladas en la mayoría de los tipos; y la finalidad de cometer (ciertos) delitos está contemplada de manera expresa en la ley.

Respecto de la estabilidad temporal algunos autores no se refieren a este requisito<sup>8</sup> o simplemente declaran que "la asociación es un grupo de carácter

Jean (coord.), Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes, Editorial Conosur, Santiago 1999, p. 213; Carnevali, Raúl, Fuentes, Hernán, "Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N°20.000", en Revista Política Criminal N°6, 2008, disponible en http://www.politica-criminal.cl/n\_06/d\_1\_6.pdf. En la doctrina comparada puede observarse una situación similar, ver: Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 798 y ss.; García-Pablos, Antonio, Asociaciones ilícitas en el Código Penal, Bosch, Barcelona 1978, p. 222 y ss.; Tamarit, Josep, "Capítulo IV, Título XXI, Libro II del Código Penal", en Quinteros, Gonzalo (dir.) y Morales, Fermín (coord.), Comentarios al nuevo Código Penal, Aranzadi, Navarra 1996, p. 2169 y ss.; Ziffer, Patricia, El delito de asociación ilícita, Ad-Hoc, Buenos Aires 2005; Cornejo, Abel, Asociación ilícita y delitos contra el orden público, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

- 6 Sentencia del 6º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 3 de mayo de 2007, RUC 0500322293-6.
- 7 Entre otras: SCS Rol N°7712-2008, de fecha 15 de marzo de 2010; SCS Rol 3206-2007, de fecha 3 de septiembre de 2007; STC Rol N°1443-2009, de fecha 26 de agosto de 2010; sentencia del 2º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 2 de diciembre de 2010, RUC 070081345-1; sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, de fecha 5 de febrero de 2010, RUC 0800989323-8; Sentencia 6º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0700935945-6, de fecha veintidós de mayo de dos mil once. Asimismo, en aquellos casos en que los imputados son absueltos por este delito pero se entiende configurada la agravante contemplada en el artículo 19 a) de la ley 20.000, los tribunales también desarrollan ambos conceptos: recientemente, por ejemplo, sentencia del 1º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago RUC N°1000280422-6, de fecha diez de septiembre de dos mil once; y sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, RUC 0800331065-6, de fecha cuatro de mayo de dos mil once.
- 8 Labatut, Gustavo y Zenteno, Julio, Ob. cit.

más o menos permanente y jerarquizado, como se desprende del tenor del Art. 293, que alude a los 'jefes' y a 'ejercer mando", sin desarrollar de manera separada la jerarquía de la estabilidad temporal. Otros estiman de manera genérica que todos los requisitos "la distinguen de la mera conspiración o el acuerdo causal para cometer un delito determinado", pero en todo caso sería la "jerarquía y normativa propia" lo que distingue una asociación ilícita de la mera agrupación de delincuentes "aun si ello deriva del hecho de tratarse de una agrupación o reunión más o menos permanente" 10.

Por otra parte, según Bustos "la falta de 'organización' es la diferencia fundamental con la conspiración."<sup>11</sup>, pero para Muñoz Conde el "acuerdo asociativo" debe ser duradero a fin de diferenciar "la asociación y cualquier otra forma de acto preparatorio o fase previa a la consumación de un delito, o forma de participación intentada en el mismo."<sup>12</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia tampoco es unánime respecto de la ubicación sistemática de la estabilidad temporal respecto de los demás requisitos del delito de asociación ilícita. En general se limitan a enunciarla y desarrollar una línea temporal desde los primeros delitos o indicios hasta el momento de la detención de los imputados, mostrando que existe continuidad en el tiempo, respecto de los delitos y las personas involucradas<sup>13</sup>.

En todo caso, a pesar de las diferentes formas de justificar su inclusión, así como su contenido, existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de que "cierta estabilidad temporal" es un requisito del tipo penal, sin el cual no es posible hablar de asociación ilícita.

#### 2) Contenido del requisito

Ahora bien, el consenso sólo llega en términos generales hasta la inclusión del requisito: su contenido o no es desarrollado dándolo por evidente o simplemente se hacen breves referencias a este, dificultando determinar si se trata de diferencias reales o de matices entre posturas concordantes en lo esencial. Pareciera que las referencias están dirigidas principalmente a distinguirlo de otras figuras en vez de dotarlo de un contenido específico (aunque finalmente estén vinculadas).

<sup>9</sup> Etcheberry, Alfredo, Ob. cit., p. 317.

<sup>10</sup> Politoff, Sergio, Matus, Jean y Ramírez, María, Ob. cit., p. 599. En el mismo sentido, Sepúlveda, Eduardo, "El delito de asociación ilícita en la Ley N°19.366 sobre tráfico de drogas", en Cuadernos Judiciales N°4 (2001), p. 65.

<sup>11</sup> Ob. cit., página 328.

<sup>12</sup> Ob. cit., página 798. En el mismo sentido, Rodríguez, José, Manual de Derecho penal parte especial, Bogotá 1975, página 659.

<sup>13</sup> Ver nota 7.

Se podrá objetar a lo anterior que en todo caso, sea cual fuere la alternativa o relevancia dada, "cierta" estabilidad temporal es necesaria. Pero la definición del contenido de este requisito tiene efectos prácticos, según la postura que se adopte.

En particular, si se trata de una estabilidad retrospectiva o prospectiva. Es decir, si la asociación ilícita ha sido estable, siendo posible *encontrar un pasado común delictivo* en que se verifican también los demás requisitos, o si según su estructura (o *vocación*) tiene la capacidad de (o *quiere*)<sup>14</sup> sobrevivir al delito que inicialmente se propone cometer, es decir, *si la posibilidad tiene futuro*.

La jurisprudencia no se ha pronunciado respecto de esta posible dicotomía y en fallos recientes algunos tribunales han sostenido de manera directa o indirecta una concepción retrospectiva del elemento "cierta estabilidad temporal".

#### a) Concepción retrospectiva

El 1º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha diez de septiembre de dos mil once<sup>15</sup>, resume el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los elementos de la asociación ilícita, y señala que los "... cuatro elementos esenciales del delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas [son]: a) la existencia de una organización jerarquizada, con reglas propias, y en la cual se distingan los jefes o líderes de la organización, de quienes las ejecutan, distinción que por lo demás fluye del mismo artículo 16; b) un concierto o acuerdo común en permanecer a esa organización de parte de todos sus integrantes; c) la estabilidad o permanencia de la organización, y d) la distribución de funciones entre los componentes de la organización"<sup>16</sup>.

La estructura explícita del tribunal a la hora de analizar cada uno de estos, supuso responder una serie de preguntas: "A.- ¿Desde cuándo existió la organización y quiénes la componían? B.- ¿Existió un acuerdo entre todos los miembros para pertenecer a la asociación u organización? C.- ¿Cuánto tiempo de duración tuvo esta organización? D.- ¿Tenía esta organización una estructura jerarquizada, con reglas propias y con distribución de funciones entre sus componentes?" Como parece obvio, el sólo hecho de preguntarse desde cuando existió la organización y cuánto duró demuestra una opción por mirar el pasado de la organización bajo una concepción retrospectiva del requisito analizado.

<sup>14</sup> En caso que se opte por una concepción prospectiva quedará por determinar si esta "posibilidad de futuro" es objetiva (su estructura lo permite), subjetiva (sus integrantes pretender mantener la asociación ilícita), o requiere ambas.

<sup>15</sup> Causa RUC N°1000280422-6, contra Jorge Salinas Rivera y otros.

<sup>16</sup> Considerando Décimo Quinto. Destacado en el original.

<sup>17</sup> Considerando Décimo Sexto.

En el Acta de Deliberación, de fecha 2 de septiembre de 2011, el tribunal rechazó que haya concurrido el requisito en comento, ya que "... si bien el grupo completo de los cuatro acusados se articula en tres meses –marzo a mayo de 2010- y algunos de ellos en cinco meses –enero a mayo de 2010-, no logran esos cortos períodos de tiempo satisfacer la exigencia de una permanencia estable de la agrupación, lo cual constituye otro de los requisitos para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas." Sin embargo, en la sentencia el tribunal cambia de opinión:

"Si bien es cierto, que al comunicarse el veredicto se dijo que no se verificaba el requisito de la permanencia, los sentenciadores, con un mayor acopio de antecedentes y fruto de un estudio dogmático más profundo del presupuesto legal en juego, concluyen que ha de modificarse ese criterio, pues lo cierto es que hubo una permanencia más o menos relativa en mantener los objetivos de la agrupación, como era la comisión de delitos indeterminados, lo que al menos se verificó en dos oportunidades y pretendió efectuarse en otra más, que resultó frustrada. Para arribar a lo anterior ha sido determinante el estudio de la doctrina antes citada."<sup>19</sup>.

En la causa contra la asociación denominada "Los Gaete"<sup>20</sup>, el 6º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, afirmó que la estabilidad temporal es el elemento de la asociación ilícita que la permite distinguir de la mera coparticipación: "en otras palabras, **deben existir antecedentes** que den cuenta de una forma de operar grupal y jerárquica con cierta división de funciones, que aún cuando experimente cambios en algunos de sus integrantes, presente algún elemento aglutinador estable que le dé una impronta o cohesión propias."<sup>21</sup>.

En seguida, si bien continúa afirmando que se trata de comprobar hacia el pasado la existencia de la organización, también suma un elemento prospectivo:

"Es del caso hacer presente que este elemento no dice directa relación con la permanencia del integrante mismo de la organización individualmente considerado sino que cómo a partir de su intervención ésta proyecta en el tiempo la actividad del cuerpo colectivo, por sus orígenes, atendida su naturaleza hay que ir buscando en el tiempo los vestigios o los indicios que va dejando, las huellas que la estructura criminal fue dejando en el camino mientras fue operando y también

<sup>18</sup> Punto 5 del Acta de Deliberación. No destacado en el original.

<sup>19</sup> Considerando Vigésimo Noveno. Finalmente fue rechazada la calificación jurídica pues el tribunal no dio por acreditada la jerarquía necesaria para que estar frente a una asociación ilícita.

<sup>20</sup> Sentencia 6º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0700935945-6, de fecha veintidós de mayo de dos mil once.

<sup>21</sup> Considerando Trigésimo Sexto. No destacado en el original.

dimensionándola hacia el futuro y de esta manera buscando los indicios en las huellas o rastros que esta estructura dejó ..."22.

Si bien no es tan categórico como el veredicto ya citado, el tribunal basa (principalmente) la prueba de la estabilidad temporal en "los vestigios o indicios", "las huellas" de la estructura de la organización "mientras fue operando". ¿Ésta se manifiesta en la comisión de otros delitos? ¿Se requiere poder distinguir *emprendimientos* separados temporalmente? En caso que sean detenidos antes de continuar con su agenda delictiva, ¿bastará probar "la huella" dejada en la planificación de un solo delito? De los fallos y parte de la doctrina citados, no es posible responder con claridad estas interrogantes.

#### b) Concepción prospectiva

A primera vista se podría reprochar a una concepción prospectiva que estaría vinculada a un Derecho penal de autor, puesto que si se mira *lo que vendrá* se estaría imputando actos que aún no se han cometido. Como se verá, una mirada prospectiva a la estabilidad temporal no implica aquello, pues siempre se imputan actos efectivamente realizados, aunque exista controversia en la doctrina (sobre todo puesto que se trata de un problema vinculado a la determinación del bien jurídico protegido<sup>23</sup>).

#### 22 Ibid.

<sup>23</sup> Aun cuando a estas alturas es casi un antecedente histórico, sobre todo en Alemania, una primera aproximación reconduce "la legitimación o el bien jurídico protegido" al reconocimiento del derecho de asociación, por lo que se busca atacar o prevenir el ejercicio abusivo de este derecho (referencias a esta teoría en Cancio, Manuel, El injusto en los delitos de asociación: peligro y significado, RGDP N°8, noviembre 2007, disponible en www.iustel.com, p. 12). Desde el punto de vista de la anticipación de la punibilidad, se trata de la protección de los bienes jurídicos afectados por los "delitos-fin" de la asociación: "la responsabilidad de los miembros de las organizaciones criminales se fundamenta a partir de imputarles la creación de riesgos para los bienes jurídicos protegidos en los tipos que definen los delitos-fin de la asociación criminal de que se trate" (SILVA, Jesús, "La 'intervención a través de organización', una forma moderna de participación en el delito?", en Cancio, Manuel y Silva, Jesús, Delitos de organización, Editorial BdeF, Buenos Aires 2008, p. 100). Criticadas por la vaguedad del objeto de referencia, las posturas que defienden un bien jurídico colectivo oscilan entre el orden público, la seguridad interior, paz pública, entre otros (en Chile tiene fundamentos de texto legal, ya que la asociación ilícita del Código Penal se encuentra en el título sobre los delitos "contra el orden y seguridad públicos"; en la doctrina nacional, Guzmán, José, "Objeto jurídico y accidentes del delito de asociación ilícita", en Estudios y defensas penales, Lexis Nexis, Santiago 2005; Etcheberry, Alfredo, Ob. cit., quien lo agrupa dentro de los delitos de "peligro común"; GRISOLÍA, Francisco, "El delito de asociación ilícita", en Revista chilena de Derecho, Vol. 31 N°1, 2004, para quien se trata de un delito pluriofensivo pues "afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación", p. 80; para la revisión de la doctrina comparada, especialmente en España y Alemania, ver Cancio, Manuel, Ob. cit., p. 16 y ss.). Defendida por Manuel Cancio, la idea de arrogación del monopolio estatal de la violencia, si bien pareciera estar emparentada con las concepciones anteriores, supone que la "dimensión específica del injusto de la asociación criminal" radica en que "pretende ocupar un lugar (legítimo) en la vida

Para afirmar la tesis prospectiva se debe tener presente que la forma de entender la estabilidad temporal en términos retrospectivos pugna con algunas objeciones expresadas en el texto legal y la doctrina.

En primer lugar, el tipo base contenido en el artículo 292 del Código Penal indica que la asociación "formada con el objeto de atentar" contra ciertos bienes "importa un delito que existe **por el solo hecho de organizarse**". Si bien se puede sostener que en este caso se trata de consagrar el concurso real con los delitos cometidos en el seno de la asociación (con lo que el artículo 294 bis sería una reafirmación de lo anterior), en el caso de la ley 20.000 esta conclusión es menos plausible, ya que se establece al mismo tiempo que el delito se comete "por este solo hecho" de asociarse y que la regla concursal es la contemplada en el artículo 74 del Código Penal.

Por tanto, bajo una mirada literal es posible sostener que basta para la persecución penal que exista una asociación cuya finalidad sea "cometer alguno de los delitos" de la ley 20.000, sin que sea necesario que los haya cometido. Así, la estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita no podría ser retrospectivo, pues el delito se comete desde su formación, siendo un problema de la investigación probar *cuando* nació la asociación ilícita. Como se verá más adelante, no es que sea irrelevante la existencia de un pasado organizativo, sino que en este sentido resulta cuestionable como contenido del requisito analizado.

El cambio entre el veredicto y la sentencia del 1º Tribunal Oral en lo Penal demuestra la adopción de una mirada prospectiva (aunque limitada) opuesta a la afirmada inicialmente:

pública", arrogándose "el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado" (Cancio, Manuel, Ob. cit., p. 36; y Cancio, Manuel, Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto, Editorial Reus, Madrid 2010). En cuanto injusto de amenaza, la punición de la asociación ilícita se funda en la afectación a nivel cognitivo de normas principales a través de "normas de flanqueo" (JAKOBS, Günter, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid 1997, p. 293 y ss.). Finalmente, desde un punto de vista poco desarrollado en Chile, en cuando delito de preparación (que junto con los de acumulación amplían la división entre delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto), el injusto específico "se realiza por la creación de un estado de organización criminal que puede ser aprovechado por sus miembros o por terceros, para facilitar, posibilitar o asegurar la comisión de los hechos punibles futuros de la asociación, sean los que correspondan de acuerdo al respectivo tipo penal de asociación ilícita" (MEDINA, Gonzalo, El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico, Editorial jurídica, en imprenta, p. 20). Sobre la fundamentación de los delitos de preparación, ver Hefendehl, Roland, Kollective Rechtsgüter im Strafrecht, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, p. 182 y ss.; Wolhlers, Wolfgang, Delikstypen des Präventionsstrafrecht - Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Editorial Duncker & Humboldt, Berlin 2000; y Von Hirsch, Andrew y Wolhlers, Wolfgang, "Teoría del bien jurídico y estructura del delito, sobre los criterios de una imputación justa", en Hefendehl, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico, Marcial Pons, Madrid 2007.

"A este respecto, tampoco obsta a la permanencia de la agrupación que haya habido actos sin concretarse, pues lo importante es que se planifique la ejecución de los mismos, aunque sean indeterminados e incluso no tengan concreción. Esa es la opinión de la doctrina, en la que basta la planificación de los distintos delitos, los cuales deben ser independientes entre sí."<sup>24</sup>.

Sin embargo, no parece tan clara la distinción entre el principio de ejecución y la estabilidad temporal, sobre todo si queda pendiente determinar el grado de planificación que se requiere, pues parece no ser suficiente que dos o más personas elaboren un plan teórico para que exista una asociación ilícita.

En la doctrina, el tratamiento conjunto con los demás requisitos dificulta establecer su fundamento legal específico y su necesidad, ya que pareciera que en el ámbito nacional es la estructura de la organización la que permite diferenciarlo de otras figuras, como la conspiración o la mera coautoría, aún cuando se hace también referencia a la estabilidad temporal conjuntamente con lo anterior<sup>25</sup>. Sin embargo, independientemente de su ubicación y función exacta, se ha señalado que se debe tratar "de una **estructura destinada a sobrevivir** a la consumación" de delitos determinados<sup>26</sup>. Es decir, la conexión entre ambas podría consistir en que una de las características de la estructura de la organización, junto con establecer niveles jerárquicos y distribución de funciones (requisitos analizables por separado), es su capacidad de *seguir con vida* luego de cometer delitos específicos.

Dicho de otra manera, la asociación se organiza para tener un futuro: la estabilidad temporal se referiría a una prognosis de continuidad. El hecho de tener un pasado prueba que efectivamente tenía esa capacidad, pero es solo un problema de cómo probar esa capacidad, no el contenido del requisito.

En este sentido la estructura de la organización debe demostrar una densidad suficiente "tanto en cuanto a su proyección temporal como en cuanto a su complejidad interna"<sup>27</sup>, de tal manera que sea verificable cierta *vocación de* 

<sup>24</sup> Considerando Vigésimo Noveno.

<sup>25</sup> Ver: Bustos, Juan, Ob. cit.; Politoff, Sergio *et al*, Ob. cit; Carnevalli, Raúl, Fuentes, Hernán, Ob. cit.

<sup>26</sup> Carnevalli, Raúl, Fuentes, Hernán, Ob. cit., p. 8.

<sup>27</sup> Mañalich, Juan, "Organización delictiva Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 38 N°2, 2011, p. 295. Frente a esta característica de la asociación, para que le sea imputable a la persona la comisión del injusto también se deben establecer exigencias "relativas al propio comportamiento de integración individual de la organización así estructurada", a fin de poder imputarle al integrante su pertenencia a la organización a título de autoría directa. Al respecto, ver: Cancio, Manuel, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en Cancio, Manuel y Silva, Jesús, Delitos de Organización, pp. 15 a 84; Cancio, Manuel, "El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal español", en

permanencia<sup>28</sup> en la mantención de la asociación como tal, a fin de cometer nuevos delitos<sup>29</sup>: "lo que confiere carácter delictivo a la sola organización consiste en una agenda delictiva, en el sentido de que el objeto mismo (o 'giro') de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características"<sup>30</sup>.

Si la asociación es reconocible como tal porque, ante la reiteración de delitos, es posible sostener que tuvo esa vocación o proyección temporal, es un tema vinculado a la prueba exigida para determinar si tenía tal densidad organizativa: una mirada exclusivamente retrospectiva confundiría *qué* se debe probar con *cómo* debe hacerse.

# c) Asociaciones sin pasado

Como consecuencia de lo anterior, sería posible estar frente a una asociación ilícita sin que ésta se haya manifestado en delitos anteriores, pues dicho delito se comete por el solo hecho de organizarse como tal. El problema radica, entonces, en cómo probar que una agrupación sin historial delictivo tiene una entidad suficiente para que el injusto cometido por sus integrantes pueda ser imputado bajo un concurso real con los (demás) delitos que cometen bajo la asociación ilícita.

Esto no quiere decir que baste el mero acuerdo de organizarse para que, "por este solo hecho", estemos frente a una asociación ilícita<sup>31</sup>. Claramente la idea de "organizar" supone una manifestación real de la jerarquía y distribución de funciones para la consecución de un fin específico, sobre todo en agrupaciones informales. Es decir, se trata de "establecer o reformar algo para lograr un fin,

Revista de Estudios de la Justicia  $N^{\circ}12$ , 2010, pp. 147 a 164; y Guzmán, José, Ob. cit., p. 128 y ss.

- 28 Ziffer, Patricia, Ob. cit., p. 74: "La exigencia de permanencia, sin embargo, no debe llevar a ver el desvalor del delito en la constante disposición del grupo a cometer delitos en el futuro [...] sino, en todo caso, en la vocación del grupo de perdurar para la comisión de varias acciones punibles independientes. Pues la sola existencia de ese plan de cometer 'varios delitos' surge no ya un mayor peligro de la acción conjunta de una pluralidad de agentes, sino, antes bien, un peligro de 'latencia', consistente en la disposición constante de la asociación para la comisión de delitos, sin que cada vez deba renovarse el acuerdo entre los miembros".
- 29 En este punto parece ser relevante la discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita (ver nota 23).
- 30 Mañalich, Juan, Ob. cit., página 293.
- 31 Aunque habría que esclarecer la punibilidad de la conspiración para cometer el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, ya que si el artículo 16 de la ley 20.000 es un injusto independiente podría aplicarse a su respecto el artículo 18 de la misma ley, que contempla la conspiración "para cometer los delitos contemplados en esta ley", la que se produciría por el "concierto para la ejecución del crimen o simple delito" (artículo 8º del Código Penal).

coordinando las personas y los medios adecuados" o "hacer, producir algo"<sup>32</sup>, lo que denota una manifestación concreta más allá de la organización previa a la realización de acciones específicas que le darán vida<sup>33</sup>.

En términos más precisos, que una asociación no tenga *pasado* se refiere más bien a la falta de *historial delictivo* (comprobable), de una serie de delitos atribuibles a la asociación, que permitan demostrar de manera concreta un injusto autónomo que legitime la punición de la conducta con independencia de los delitos contemplados en la *agenda* de la asociación.

Si bien lo usual en las causas por asociación ilícita, en particular para el caso de los delitos de drogas, es que se la investigue a raíz de ilícitos anteriores o derechamente se trate de una investigación durante la cual, atendida sus características, aparece que se trata de una asociación, existen casos en que dicha situación puede no suceder.

En primer lugar, aquellos en los que no se pueda probar la vinculación de la asociación con otros delitos, sin perjuicio que se tienen antecedentes que así lo indiquen. Es decir, que la asociación sí tenga estabilidad retrospectiva pero no haya sido posible producir convicción en el tribunal al respecto.

En segundo lugar, en aquellos casos en que el historial no es propiamente de la organización, sino de grupos que antes de la investigación en que se les imputa conformar una asociación ilícita no funcionaban con una estructura jerárquica o división de funciones común propias de una asociación ilícita. Se trata de casos en que las actividades de los integrantes van evolucionando en cuanto a su complejidad hasta lograr crear una organización con *vocación de permanencia* distinta a las actividades separadas de cada integrante.

Este caso plantea el problema de la complejización organizativa como paso entre la mera coautoría, agrupaciones (como el artículo 19 a) de la ley 20.000) y asociaciones ilícitas. La Excma. Corte Suprema ha sostenido<sup>34</sup> que el concepto de agrupación es más amplio que el de asociación, ya que la primera "corresponde al conjunto de personas o cosas agrupadas, o de personas reunidas; pero donde lo distintivo y relevante, es el hecho de juntar las personas o

<sup>32</sup> Definición de "organizar", acepciones 1 y 3 del diccionario de la Real Academia Española.

<sup>33</sup> Lo que, además, podría afectar el principio cogitationis poenam nemo patiur. Fuera del caso señalado, en que claramente se requiere más que la organización (teórica) de la asociación misma, estas consideraciones deberían tener consecuencias en torno a la integración pasiva a la agrupación: "los colectivos que presentan las características necesarias para suponer una puesta en cuestión del monopolio de violencia del Estado exigen una actualización clara y permanente de la pertenencia" (Cancio, Manuel, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", p. 41). Bajo una concepción distinta pero llegando al mismo resultado, Silva, Jesús, "La 'intervención a través de organización' ¿Una forma moderna de participación en el delito?", p. 117.

<sup>34</sup> SCS Rol N°3206-2007, de fecha 3 de septiembre de 2007.

cosas, con algún fin", mientras que la segunda "responde más que a la simple conjunción de personas, porque supone la asociación de personas, pero regulada por un conjunto de normas en función de los fines determinados"<sup>35</sup>. En definitiva:

"La simple agrupación es el género y la asociación es una especie de aquél, mejorada y estructurada. Ambas tienen permanencia en el tiempo y una misma finalidad o propósito ilícito, pero en la asociación existe además una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento."<sup>36</sup>.

Bajo esta mirada, una mera agrupación como la contemplada en el artículo 19 a) de la ley 20.000 puede tener permanencia en el tiempo y *en algún momento* de su existencia puede *evolucionar* en su organización para convertirse en asociación ilícita según el artículo 16 de la misma ley.

Esta evolución es propia de las asociaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas<sup>37</sup>, ya que se trata de emprendimientos que requieren conocimientos, contactos, medios materiales, etc., que se van adquiriendo con el tiempo: en este caso nos podemos encontrar con una asociación ilícita que, como tal, no tiene historial delictivo pero sus integrantes sí, e incluso han formado grupos menores que sólo para el delito investigado han alcanzado una estructura interna propia de una asociación ilícita. En la medida que una agrupación ha sido exitosa en su empresa para realizar operaciones de mayor envergadura probablemente requerirá una estructura que la diferencie, precisamente aquella de la asociación ilícita.

En tercer lugar, nos podemos encontrar con casos en que no existan antecedentes de la existencia previa de la organización en cuanto tal ni respecto del

<sup>35</sup> Ibid, considerando 6º.

<sup>36</sup> Ibid., considerando 7º. A continuación señala: "8º.- [...] Pero, si esa misma acción de traficar es llevada adelante por un grupo de personas que acuerdan la compra de droga para su posterior venta, el legislador ha querido sancionarlos con mayor dureza, porque la ejecución en conjunto de una operación de tráfico, además de favorecer su impunidad, conlleva resolución delictiva común, ya que trasunta en una conducta más deliberada y que, además, puede producir una afectación más grave del bien jurídico protegido. Ello agrega una mayor criminalidad al comportamiento de los interventores y constituye por ello una causal de agravación de la responsabilidad penal.

Y si lo cumplido ha sido en realidad una asociación, donde cada uno asume un rol específico dentro de ese fin común, regulado expresamente desde el interior de la organización, se está en presencia de un delito diferente, cual es precisamente el de asociación para el narcotráfico y este delito se sanciona en forma independiente del tráfico de sustancias estupefacientes que se haya sorprendido, por así estar expresamente dispuesto en el inciso final del artículo 16 de la ley 20.000.".

<sup>37</sup> Evidentemente no se trata de una característica exclusiva de este tipo de delitos. Respecto de la "trayectoria" del delincuente de organizaciones criminales, ver Giménez-Salinas, Andrea, Requena, Laura y De La Corte, Luis, ¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N°13, 2011.

pasado de los integrantes de esta, ya sea a nivel individual o como parte de una mera agrupación.

Frente a los dos primeros supuestos, aún sin historial delictivo, sin estabilidad retrospectiva demostrable por una serie de delitos anteriores en cuanto asociación ilícita, la existencia de esta vocación o posibilidad de supervivencia se puede probar de diversos modos. Por ejemplo, si se trata de la primera operación en que se detiene a los integrantes de la asociación, pero se prueba que esta ya contaba con jerarquía y división de funciones propias de una asociación ilícita según la forma cómo se relacionaban sus miembros, así como coordinaciones para futuras importaciones de droga, ingresos de dinero anteriores por sobre lo que podrían recibir con el tráfico actual, compra de material suficiente para más de una operación, etc., si bien nos encontramos frente a la comisión de un solo delito de tráfico, atendida la calidad de los medios probatorios se podría sostener que tenían una vocación o estructura que pueda fundar el requisito de la estabilidad temporal. En ambos casos si existen antecedentes concretos sobre un pasado común, aunque no alcancen a generar convicción respecto de que sean vinculables a la asociación en cuanto tal o que sean imputables al estado previo de la evolución de la asociación ilícita.

En el tercer caso, que podría ocurrir especialmente si se trata de extranjeros de los cuales no se tienen antecedentes, la situación no debiese ser tan distinta aunque no existan estos antecedentes concretos. Esta situación es aquella en que la perspectiva prospectiva enfrenta mayores dificultades a nivel probatorio, pero según los mismos elementos podría generarse convicción respecto de la existencia de "una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento"<sup>38</sup>. En las sentencias citadas previamente los tribunales ponen especial atención, por ejemplo, a la manifestación de esta estructura según los contenidos de las escuchas telefónicas, en que claramente existe un jefe y subordinados, planificación de diversos delitos, capacidad operativa para realizar importaciones de cantidades importantes de drogas, etc.

Esto no quiere decir que tienen que encontrarse todos esos ejemplos para determinar la existencia de una asociación, sino que la densidad de la organización puede ser probada a pesar de no existir antecedentes suficientes respecto de su pasado.

Bajo esta concepción, el 1º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago no habría dudado entre el veredicto y la sentencia sobre si tres o cuatro meses son suficientes para determinar la existencia de la asociación ilícita, sino que habría analizado si la prueba rendida, entre ella la relativa a lo que sucedió durante ese tiempo, daba cuenta de la finalidad delictiva, una jerarquía, división de funciones y estabilidad temporal (prospectiva) propias de una asociación ilícita. Dicho de otro modo, no hubiese sido tan relevante cuanto duraron los contactos entre los imputados sino si bajo una determinada estructura estos podrían

<sup>38</sup> SCS Rol N°3206-2007, de fecha 3 de septiembre de 2007, considerando 7°.

(en abstracto) continuar. De hecho, las preguntas respecto de la estabilidad temporal serían ¿tenían agenda común? ¿tenían vocación de permanencia?, mientras que el análisis de lo que hasta ese momento habían alcanzado a hacer responde a ¿cómo pruebo los demás requisitos?

En todo caso, resulta obvio que a efectos probatorios contar con una organización a la que se le puedan imputar diversos ilícitos durante un tiempo extendido, facilita no solo la prueba de la estabilidad (prospectiva) sino que también la jerarquía y división de funciones, pues en los distintos emprendimientos delictuales es posible determinar cómo funcionaba en los hechos la asociación, deduciendo de ahí la calidad de cada integrante.

# d) Estabilidad temporal y nuevas formas de organización empresarial

Entre varios, queda pendiente un tema relativo a formas organizacionales relativamente nuevas en el ámbito empresarial que, utilizadas en el tráfico ilícito de drogas, permiten realizar operaciones similares o mayores a las de una asociación ilícita tradicional pero con una estructura más flexible.

Me refiero a una forma de colaboración empresarial que en el ámbito del Derecho comercial se denomina *joint venture*<sup>39</sup>. El problema adicional que genera este tipo de asociación empresarial, radica en que, al igual que las anteriores, no tiene un historial delictivo propio, pero (aparentemente) tampoco tiene una pretensión o vocación de futuro común, con independencia de si *por el éxito de la colaboración* continúen operando juntos.

Este tipo de colaboración, que en materia de tráfico tiene sentido especialmente en grandes operaciones de importación de droga en las que existen organizaciones diversas en cada país, tiene mejor capacidad de evitar la persecución penal ya que pueden existir jerarquías paralelas, mayor compartimentación de la información, menor continuidad temporal que permita más de

<sup>39</sup> El joint venture ha sido definido como "una figura jurídica asociativa, de origen convencional no societario, cuya finalidad es establecer vínculos de colaboración entre sujetos que conservan su autonomía económica y jurídica, para llevar a cabo un emprendimiento común" (Sandoval, Ricardo, Nuevas operaciones mercantiles, Lexis Nexis, Santiago 2004, p. 258), caracterizándose por consistir en un "riesgo o aventura específica", con administración y beneficios compartidos y "contribución a un fondo operativo" (p. 260). Se distinguen dos tipos según su naturaleza: el joint venture contractual o non equity joint venture, que se establece mediante un contrato entre las empresas, y el joint venture no contractual o equity joint venture, "en que las empresas asociadas constituyen una sociedad, de acuerdo con las leyes del país donde se va a operar, quedando los negocios administrados por dicha sociedad, que cuenta con su propia estructura de organización" (Sandoval, Ricardo, Derecho Comercial, T. I Vol. 2, 7ª ed., Editorial Jurídica, Santiago 2007, p. 220). Con otros matices, Contreras sostiene que esta se caracteriza por estar "destinado a un proyecto único, de breve duración" (Contreras, Osvaldo, Instituciones de Derecho comercial, Lexis Nexis, Santiago 2006, p. 867). Puelma cuestiona que sea esencial la limitación a un negocio o emprendimiento particular (Puelma, Alvaro, Sociedades T. I, Editorial Jurídica, Santiago 2001, p. 135).

una oportunidad para detener a la organización, menor desgaste en el trabajo de cada grupo, etc.

Puede suceder que una o ambas agrupaciones sean asociaciones ilícitas por separado. Nada impide un *joint venture* entre asociaciones ilícitas o entre estas y agrupaciones menores. La capacidad de generar este tipo de colaboración empresarial denota al mismo tiempo un nivel superior en la estructura de la organización, pues le permite realizar operaciones cuya envergadura es más bien propia de una asociación ilícita, pero tiene la suficiente flexibilidad para realizarlas de manera parcial mediante la coordinación con otro(s) grupo(s).

El problema radica en determinar si el emprendimiento del *joint venture*, en sí mismo, puede constituir un injusto independiente, sobre todo si participan agrupaciones de menor entidad que en el esfuerzo conjunto logran resultados propios de una asociación sin tener la proyección temporal que se le exige a las asociaciones ilícitas.

Existen diferencias concretas entre el texto de la ley de drogas y la figura común del artículo 292 del Código Penal que podrían <u>fundar una excepción</u> al consenso en torno a que cierta estabilidad temporal sea un requisito indispensable para todos los delitos de asociación ilícita. Es decir, que el artículo 16 de la ley 20.000 tendría una estructura típica distinta, al menos en cuanto a la estabilidad temporalidad.

El artículo 16 de la ley 20.000 está redactado de una manera un tanto distinta: en su encabezado señala que el objeto de la asociación es "cometer **alguno** de los delitos contemplados en esta ley" y al determinar la penalidad asignada a quienes tienen un nivel superior en la jerarquía indica "**el** o los delitos que se propongan". Una interpretación posible de la redacción *en singular* del artículo 16 es que no excluye una *temporalidad restringida* a la comisión de un solo delito. Es decir, que la agenda delictiva consista en la comisión de "el" delito que se propongan.

Las diferencias con el proyecto original del ejecutivo muestran que la redacción actual buscó reducir las exigencias de la jurisprudencia y doctrina. El artículo 22 del proyecto de ley siempre se refirió a los "delitos" de la asociación, y la definió de manera bastante estricta: "Se entiende por organización delictual, para estos efectos, a aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de **permanencia en el tiempo**, de incurrir en una indeterminada cantidad de **delitos** a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga.".

Aún cuando esto ha sido puesto en cuestión<sup>40</sup> los elementos dados en el trámite legislativo permiten afirmar que se pretendió de manera expresa reducir

<sup>40</sup> Hernández, Héctor, Algunos aspectos de la Ley 20.000, Informe en Derecho para la Defensoría Nacional Departamento de Estudios y Proyectos, N°6, Noviembre 2007. Sostiene que esta conclusión no sería correcta ya que siempre se requiere la existencia de

los requisitos (o su intensidad) en el caso de las asociaciones ilícitas de la ley 20.000<sup>41</sup>, como una excepción al régimen común contemplado en el Código Penal, para que precisamente organizaciones con una estructura "no tradicional" fuesen punibles bajo el artículo 16. De hecho, incluso se realizaron declaraciones explícitas en torno a figuras como el *joint venture*<sup>42</sup>.

Si bien el recurso de la historia de la ley no obliga al intérprete<sup>43</sup>, para la comprensión del tipo penal se debe tener presente que el proyecto de ley contem-

una asociación, la que por definición "debe tener como fin la perpetración de un número indeterminado de delitos". Por tanto, desde su punto de vista, la forma de solucionar las dificultades planteadas por las exigencias de la asociación ilícita fue la inclusión del (actual) artículo 19 a): "si bien el legislador opta por no modificar los fundamentos ni, en consecuencia, las exigencias interpretativamente asentadas del delito, se da por satisfecha con una circunstancias agravante de los delitos específicamente cometidos, que responde a la misma lógica pero sin el mismo nivel de exigencia." (p. 10).

Más adelante señala: "Aunque la historia fidedigna del establecimiento de la ley no aporta ningún antecedente sobre las razones del cambio, podría verse en él una renuncia a la exigencia de que la agrupación persiga la comisión de un número indeterminado de delitos. Dicha conclusión, sin embargo, no sería correcta, porque los números 1 y 2 se limitan a señalar las penas que corresponden a los distintos sujetos que forman parte de o colaboran con la asociación, penas que, sin embargo, reconocen como presupuesto común e ineludible el que efectivamente exista una asociación ilícita, la que, en cuanto tal, debe tener como fin la perpetración de un número indeterminado de delitos. Es decir, a condición de que exista una genuina asociación ilícita, el que en ella o para ella planifique delitos, aunque sólo sea uno, se hace merecedor de la pena señalada en el N°1 del art. 16." (p. 13).

- 41 En el Informe de la Comisión Especial Drogas se dejó constancia que las diputadas Sciaraffia y Soto, propusieron reemplazarlo por la redacción actual del primer inciso. Para justificar el cambio sostuvieron que esta "supera los problemas de tipificación que presenta la norma contenida en el proyecto y elimina el inciso segundo, por la dificultad que presenta la prueba de la asociación ilícita.". Se insistió en que debía contemplarse una figura menos restringida, sobre todo teniendo presente los problemas probatorios que generaría, y distinguirla de la conspiración tan solo como una organización frente a una "simple reunión". Historia de la Ley N°20.000, p. 123. Disponible en www.bcn.cl
- 42 Para la aprobación definitiva de esta redacción se tuvo presente la opinión del Ministro de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, señor Claudio Pavez, quien distinguió la asociación para el tráfico de otras figuras, resumió los elementos propios de estas últimas y se detuvo específicamente en el tema tratado aquí:
  - "Los que conocen las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico saben muy bien que, en muchas ocasiones, se integran para un caso concreto, que obviamente no permanecen en el tiempo y que emplean a individuos ocasionales que, después de cumplida la misión particular, son dejados de lado. También es difícil determinar las jerarquías dentro de la referida organización ocasional. Pero ninguna duda cabe de que se está en presencia de una asociación ilícita que, en la práctica, no es sancionada por tal situación, sino por el resultado, cuando se ha incautado drogas. En la generalidad de los casos, tales conductas asociativas no son castigadas.".Ibid, Primer Informe Comisión Constitución, p. 588.
- 43 Recurrir a la historia de la ley no tiene por objeto dar un "argumento de autoridad" sino que mostrar una interpretación realizada al tipo penal por quienes lo construyeron. Asimismo, debe reconocerse que en la Discusión en Sala de fecha 9 de diciembre de 2003, el Senador Espina en su informe a la Sala sostuvo que la agravante "enfrenta la circunstancia" de que la jurisprudencia utiliza los mismos criterios de la doctrina para la figura

plaba una agravante de agrupación, por lo que desde sus inicios se concibieron ambas (agravante y delito) de manera separada: el artículo 19 a) no *solucionó* un problema generado por la modificación del artículo 16. La forma de evitar la interpretación vigente en ese minuto fue su modificación para que esta fuese más amplia, incluyendo formas de organización más flexibles con capacidad de lograr los mismos objetivos que una asociación ilícita tradicional.

# IV. Conclusiones

De lo dicho hasta ahora es posible concluir que, si bien existe un amplio consenso en que cierta estabilidad temporal es indispensable para la existencia de una asociación ilícita, no lo hay respecto de su fundamento y contenido.

Dentro de la discusión cabe diferenciar una concepción retrospectiva y una prospectiva de la estabilidad temporal. Enseguida, parece necesario distinguir las preguntas sobre *qué* y *cómo* se debe probar. Según la posición que se adopte en cada distinción tendremos diversos resultados a la hora de calificar a un grupo de personas como una asociación, con las tremendas consecuencias penales que eso conlleva.

Al menos existen tres grupos de casos en que dicha definición resulta crucial: en los que no sea posible generar convicción suficiente sobre el pasado de la organización; en los que se trata del primer delito de la organización en cuanto tal, pero que es fruto de una evolución comprobable; y en los casos en que no existan antecedentes de la asociación ni de sus integrantes.

Cómo se debe probar la estabilidad temporal, respetando un Derecho penal del hecho y no de autor, supone demostrar la existencia de la jerarquía y estructura propias de una asociación ilícita, lo que puede hacerse a partir de los elementos que la vinculen a una agenda delictiva en cuanto asociación.

Por último, la evolución de las formas de organización empresarial nos plantean nuevos problemas tanto en la investigación como en su subsunción jurídica, siendo posible sostener que existen diferencias entre la asociación ilícita contemplada en el Código Penal y la asociación ilícita de la ley 20.000, que permiten investigar una agrupación que funciona como *joint venture* bajo el título de "asociación ilícita".

En todo caso, la posibilidad de que un *joint venture* sea punible como asociación ilícita de la ley 20.000 no excluye la necesidad de verificar la concurrencia

común, con lo que desconoce la modificación del delito como injusto independiente. Pero, al mismo tiempo, sostiene que de seguirse esos criterios se "haría imposible" probar la existencia de una asociación ilícita para el tráfico de drogas, lo que resulta un tanto paradójico, pues de aceptarse un concepto idéntico a la figura del Código Penal estaría apoyando la creación de un delito totalmente simbólico, sin aplicación práctica posible, lo que por definición resulta contrario a la lógica de persecución penal imperante en la discusión parlamentaria (Historia de la ley 20.000, p. 696).

de los demás requisitos, en particular, la jerarquía, sino que supone profundizar la comprensión de los requisitos y revisar su contenido, lo que evidentemente excede las posibilidades de estas reflexiones.

# UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

# COMENTARIO AL FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA QUE RESUELVE ACCIÓN DE REVISIÓN, ROL 2827-11

Catalina Duque González<sup>1</sup> Sofía Huerta Castro<sup>2</sup>

### 1. Antecedentes

Resulta de interés el analizar la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con ocasión de la solicitud de revisión Rol 2827-11. La finalidad de este análisis tiene por objeto testear las posibilidades que tendría dicha solicitud en el sistema procesal actual, y bajo sus normas, y determinar si las conclusiones a las que arribó el máximo tribunal en la resolución de la revisión, habrían hoy de ser semejantes.

Valga indicar que el contenido central de dicha resolución emanada de la Excma. Corte Suprema, resuelve dar lugar a la solicitud de revisión, invalidando con ello la sentencia definitiva en la que se había condenado por el delito de violación al acusado, y dictaminando en su lugar la absolución de aquél. La principal base para dicha decisión, fue sin lugar a dudas, la retractación de la víctima de la declaración original en que sindicaba al acusado (su padre), como el responsable de la violación.

Medular para el análisis no es sólo la valoración jurídico-penal que se puede efectuar, como también el análisis psico-jurídico, respecto de los antecedentes tenidos a la vista para la resolución que condena por violación, sino sobre todo, la admisibilidad de la prueba en la antigua acción de revisión, hoy improcedente, y la comparación de los contextos normativo procesales entre la antigua acción de revisión del Código de Procedimiento Penal y la nueva del Código Procesal Penal.

### 2. Solicitud de Revisión

### a. Reseña del contenido de la solicitud de revisión

La solicitud de revisión fue interpuesta por la defensa de E.S.C, respecto de la causa Rol 26.341-2001 del 29º Juzgado del Crimen de Santiago que con fecha 5 de Agosto de 2004 lo condenó a la pena de 15 años de presidio mayor

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

<sup>2</sup> Psicóloga de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

en su grado medio como autor del delito violación cometido en contra de la persona de su hija, de iniciales S.D.S.A., entre los años 1998 y 2001.

Esta solicitud de revisión se basó en la causal 4º del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal, que rezaba "La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se haya condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los casos siguientes: 4° Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado".

Conociendo de esta revisión la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Sres. Ministros Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller, con fecha 28 de Julio de 2011, acogieron la acción de revisión, dando por acreditados los nuevos dichos de la víctima, invalidando la sentencia del 29º Juzgado del Crimen de Santiago y absolviendo al acusado.

# b. Medios de prueba presentados por la defensa

- a) Declaración jurada de la víctima indicando que no fue objeto de violación por su padre.
- b) Declaración de la víctima prestada ante el Ministro de la Corte (designado al efecto) en la que refiere que su padre no la habría violado.
- c) Informe psicológico emitido por el psicólogo terapeuta de la víctima, concluyendo que a la edad de 9 años, la supuesta víctima, en mérito del marcado síndrome de alienación parental que tiene con su madre, se sintió presionada y no pudo durante la investigación ante el tribunal del crimen sostener que su padre no la violó.
- d) Declaración del psicólogo terapeuta ante el Ministro de la Corte, en la que refrenda su informe.
- e) Declaración del médico cirujano ante el Ministro de la Corte, quien declara que habiendo evaluado ginecológicamente a la víctima en enero del año 2011, señala que ésta no presenta elementos clínicos que evidencien la existencia de actividad sexual.

# c. Normativa aplicable

En la especie, y como se trata de un caso que se origina antes de la reforma procesal, se hacen aplicables las normas rituales de los artículos 657 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

# 3. La retractación de la víctima como fundamento principal para acoger la revisión

El principal factor por el que la acción de revisión fue acogida es la posterior retratación que efectúa la víctima de lo ya declarado, y por lo cual el 29º Juzgado del Crimen de Santiago había dado por acreditado el hecho de la violación de la víctima, y la responsabilidad en la persona del padre de ella en calidad de autor del delito de violación.

En este sentido, la sentencia que resuelve la acción de revisión, en el considerando primero, señala que en virtud de lo dispuesto por la causal cuarta del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal, que para su concurrencia exige que con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que sea de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado, se estima que en el caso de la especie objeto de la revisión, se "ha presentado un hecho **fundamental y suficiente** para alterar sustancialmente las circunstancias establecidas en las sentencias condenatorias de los autos respectivos", cual es, la declaración voluntaria de la supuesta víctima en que reconoce haber mentido al tribunal, sobre el hecho que el padre la habría accedido carnalmente por vía vaginal.

Surgen, en este punto, dos interrogantes que podemos formular: ¿es la retractación de la víctima en la especie, un hecho fundamental y suficiente que desvirtúe la condena original?, y ¿es la retractación de la víctima en un delito sexual cualquiera, un hecho fundamental y suficiente para lograr el efecto anterior?

Trataremos de despejar el problema punto por punto. Para ello se recurrirá, en primer lugar, a un análisis de la prueba presentada desde un prisma psicojurídico, para luego hacer las valoraciones y análisis jurídico-penales del caso en cuestión, y sentar algunas cuestiones y conclusiones que pueden generalizarse a partir del caso en particular examinado.

# a. Análisis psico-jurídico

En el caso que nos ocupa, la retractación de la supuesta víctima incluye un relato pormenorizado de las circunstancias en las cuales *habría inventado* la ocurrencia de episodios abusivos en la esfera de la sexualidad, en la forma de violación, por parte del inculpado -su padre-, señalando en su declaración jurada suscrita ante notario de fecha 20 de enero del año 2011 que "cuando tenía menos de 9 años influenciada por una compañera de curso dijo que éste había abusado de ella, lo que no es verdad". En línea con lo anterior, en su declaración ante la Corte Suprema ratifica lo señalado agregando que, a la edad de 8 o 9 años, por sugerencia de una compañera, y frente a la separación de los padres y el establecimiento de una nueva relación de pareja por parte de

éste, circunstancias ambas que le generaron importante afectación emocional, buscando la ruptura de la nueva relación del padre, dejó registro en su diario de vida de haber sido víctima de violación por parte de éste.

Cabe en este punto referirse a las circunstancias y contexto en que se produce la develación, elemento de alta relevancia en la consideración de la validez de un testimonio respecto de hechos con características de agresión sexual, y que, frente a una retractación, permite realizar una estimación de la fiabilidad de las primeras referencias, así como de la retractación correspondiente. En este caso, no obstante la declaración actual de la supuesta víctima respecto a su intención explícita de inculpar al padre en busca de un resultado, la develación se produce al leer la madre los escritos correspondientes en su diario de vida. Ante este hecho se puede plantear, al menos, la legítima duda sobre la veracidad de su versión actual sobre la intencionalidad en la inculpación del padre, toda vez que se habría tratado de una develación accidental, no intencional, según está descrito en la literatura especializada (véase Glasser y Frosh, 1998), lo que constituye un elemento de fiabilidad relevante de su primera versión resultando al menos poco probable en una niña de ocho años una planificación que permita adelantar de manera tan eficiente las consecuencias de sus actos.

Se acompaña, también, a las declaraciones de la víctima el informe psicológico y declaración ante el Ministro de la Corte, del psicólogo terapeuta Sergio Valencia Vega. Éste señala que, a comienzos del 2010 inicia una intervención con la supuesta víctima en quien se registraba la presencia de conductas agresivas, autolaceración en los brazos, inducción de vómitos, abandono escolar y violencia familiar, sintomatología toda que da cuenta de una importante desestabilización psicológica. Según se desprende de los antecedentes, el profesional realiza psicodiagnóstico a través del *Test de Rorschach*, entrevistas sujeto-objeto y anamnesis remota y lejana, agregando que inició un proceso terapéutico que contempló doce sesiones, culminando con el alta clínica en junio del mismo año.

Resulta interesante que en su informe y declaración, el profesional da cuenta de la interpretación que realiza de la prueba proyectiva aplicada (Test de Rorschach) señalando que al exhibírsele a la paciente la Lámina IV, "que revela la imagen y la relación construida con el padre" ésta reporta shock, "evidenciando angustia, llanto y ciclotimias (movimientos corporales repetitivos sin causa consciente), expresiones que dan cuenta de afectos no resueltos en ese ámbito de convivencia" y que, frente a la indagación, obtiene la referencia por parte de ésta a la *invención* sobre la victimización por parte del padre, hechos que detecta como causa de las automatizaciones de su paciente en la forma de autocastigo. Respecto de la misma técnica señala que "cuando le fue exhibida la Lámina VI, que equivale a las vivencias sexuales, no encontró ningún indicador psicopatológico o clínico que evidenciara algún tipo de abuso sexual en la infancia".

En este punto cabe realizar algunas precisiones. Tal como señala el profesional, el Test de Rorschach es una herramienta de gran validación en el ámbito clínico y uno de los más utilizados en la evaluación y comprensión de la personalidad. Sin embargo, tal como ocurre con la totalidad de los instrumentos psicodiagnósticos proyectivos, debe ser utilizada como un apoyo para la comprobación o descarte de los supuestos, y no como un instrumento que conduzca a una traducción directa y unívoca de los resultados. Al respecto Exner (1994), uno de los principales estudiosos de la técnica, señala que "todos los sistematizadores del Rorschach, a pesar de las diferencias en sus enfoques, han coincidido plenamente con la recomendación de Rorschach sobre la necesidad de considerar el test en toda su complejidad a la hora de la interpretación. Este enfoque, que en la literatura es denominado "holístico" o globalizador, exige que en el proceso de interpretación se tengan en cuenta todos los datos del Rorschach y se opere desde la configuración que entre todos establecen, evitando la interpretación de datos aislados". A mayor abundamiento "la interpretación del significado de las láminas no es tarea fácil para el examinador experimentado cuando se encuentra frente a un protocolo en particular, y debe estar muy atento para evitar contaminar sus interpretaciones con juicios previos e información obtenida de la realidad del sujeto evaluado" (Maffioletti y Andreucci, 2001).

Si se sigue el razonamiento desarrollado por el profesional psicólogo sería un tremendo aporte para la administración de justicia la exhibición de la Lámina VI del Rorschach y la interpretación de las respuestas, pues bastaría con exhibir la Lámina VI a una supuesta víctima para determinar si ha sido víctima o no de agresión sexual. Muy por el contario, se debe destacar de manera enfática que, si bien las técnicas proyectivas pueden cumplir un rol preponderante en el psicodiagnóstico de niños que han sido víctimas de agresión sexual, constituyen un componente en la evaluación multidimensional requerida para una aproximación al estado psicológico de un sujeto y, en ningún caso constituyen instrumentos que, por sí solos, permitan detectar la ocurrencia de agresiones sexuales en los niños (Babiker y Herbert, 1996, citado en Aliste y Tornero, 2010).

Finalmente, y para agotar el punto, el profesional revela un importante desconocimiento de la técnica al afirmar que el Test de Rorschach sólo puede ser aplicado a partir de los 14 años, toda vez que los procedimientos normales de administración del Rorschach pueden ser usados desde los 5 años de edad, junto con los procedimientos de puntuación básicos y la interpretación de respuestas (Leichtman 1988, citado en Kernberg et al., 2000).

En otro punto aludido por el mismo profesional resulta temerario que, ubicado en su rol de terapeuta o tratante, arribe a conclusiones forenses sobre la *veracidad* de un testimonio, sin utilizar una metodología científica validada para lo anterior. A este respecto, según su referencia, concluye sobre dicha veracidad "a través de la entrevista clínica donde utilizó la técnica del peritaje emocional,

que equivale a estudiar la correspondencia entre el relato y el desencadenante emocional". Es dable señalar que dicha metodología no se encuentra documentada y no reúne las condiciones de rigurosidad científica, por ejemplo, a partir del trabajo en base a hipótesis y el análisis de la totalidad de los antecedentes, que se exigen en el contexto forense y que le otorgan valor probatorio a las conclusiones a las cuales se arriba a través de dicha metodología, lo que en todo caso no resulta exigible al encuadre clínico terapéutico.

El valor que otorga a su percepción de que la supuesta víctima "no actuó presionada por el padre, puesto que lo visitó en la cárcel a partir de las terapias" para reforzar su hipótesis, revela un limitado conocimiento de la fenomenología de los delitos sexuales. Resulta relevante en este punto considerar la perspectiva de Perrone (1997), de extendida aceptación en el ámbito de la victimología, que explica la retractación en base a la teoría del hechizo. El autor señala que "muchas personas para quienes los abusos sexuales y los procesos judiciales concluyeron ya hace mucho tiempo y donde se hizo justicia, siguen sufriendo las secuelas del abuso sexual y padecen una desorganización psicológica profunda, consecuencia de la relación de hechizo". Para Perrone, en la relación de abuso se produce un pacto, transtemporal, no negociable e indisoluble. Aun cuando el secreto es revelado, la víctima sigue sintiéndose obligada a no denunciar a nadie, a permanecer fiel y leal a las condiciones implícitas del acuerdo. Romper el secreto no implica romper los vínculos entre los actores y el pacto. Al pacto "se deben las retractaciones, las revelaciones tardías, el silencio, las "complicidades" y las ulteriores contradicciones". Esto resultaría especialmente significativo en aquellas víctimas que presentan vulnerabilidades personales o asociadas a su contexto de desarrollo.

Si bien en este caso, por los antecedentes de que se dispone, no es posible concluir sobre la presencia de esta dinámica, cabe como una hipótesis plausible a ser contrastada.

Finalmente, merece especial atención la referencia del profesional a que la invención por parte de la supuesta víctima de haber sido agredida por el padre "se explica como parte del llamado 'síndrome de alienación parental', que es vivido por los niños como una forma de proteger y tomar partido por uno de sus padres". Al respecto no existe a la fecha evidencia científica que sustente dicha entidad (SAP); para la Asociación Mundial de Psiquiatría, la Asociación Médica Americana, la Organización Mundial de la Salud, y la Asociación Americana de Psiquiatría -que publica el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales- el SAP no constituye una entidad médica ni clínica y por eso las dos principales categorizadoras del diagnóstico psicopatológico profesional a escala mundial, el CIE-10 y el DSM, han rechazado recurrentemente su inclusión en la lista de síndromes. Aún más, existe un alto riesgo de instrumentalización del SAP para enmascarar el abuso sexual infantil.

# b. Análisis jurídico-penal

Existen una serie de sentencias condenatorias de las que se tiene registro en el actual sistema acusatorio, especialmente tratándose de delitos sexuales y de delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, en las que, aun frente a la retractación de las víctimas en la audiencia de juicio oral, y habiendo valorado la prueba bajo los principios de oralidad, publicidad, contradicción, e inmediación, los jueces han arribado a la decisión de condena en una clara consideración a que la sola declaración de la víctima no basta por sí misma para establecer, necesariamente, la inocencia del imputado. En estos casos, han sido consideradas las dinámicas propias a las agresiones sexuales, entre las cuales la retractación constituye un fenómeno usual que se presenta principalmente en aquellas situaciones en que existe un vínculo entre la supuesta víctima y el imputado, y éste pertenece a su contexto familiar o social inmediato, habiéndose cometido los abusos en el ejercicio de un rol.

Por todo lo anterior se considera a partir de este análisis que la declaración jurada prestada por la supuesta víctima, así como su declaración ante el Tribunal *no constituyen un hecho nuevo que revele que <u>no existió</u> la acción delictiva que se atribuyó al recurrente,* resultando cuestionable en este caso la valoración de los elementos probatorios en que se funda la acción de revisión, principalmente la nueva versión de los hechos por parte de la víctima, que no resulta suficiente para desvirtuar la primera acusación sin un análisis profundo a través de las metodologías pertinentes.

# 4. Diferencias sustanciales entre la acción de revisión contemplada en el antiguo procedimiento penal y el nuevo sistema procesal penal

De la comparación entre las acciones de revisión de ambos sistemas, tanto del antiguo, derivado del Código de Procedimiento Penal, como del nuevo, se deben tener presentes las ostensibles diferencias existentes entre ambos. Dos de ellas se ciernen con especial importancia. La primera, es la disímil regulación que hace el Código de Procedimiento Penal en comparación al Código Procesal Penal, en la procedencia de la prueba. La segunda, el contexto jurídico procesal en que se debaten ambas acciones de revisión.

# a. Diferencia en la procedencia en la prueba: inadmisibilidad de la prueba en la acción de revisión en el actual Código Procesal Penal

La mayor diferencia entre ambas acciones de revisión, dice relación con la procedencia de la prueba testimonial, toda vez que el artículo 660 del Código de Procedimiento Penal<sup>3</sup> la admitía como medio de prueba, pero en la actuali-

<sup>3</sup> Art. 660. Si se trata del segundo o cuarto de los casos mencionados en el artículo 657 y se hubiere ofrecido rendir prueba de testigos, el tribunal señalará al efecto un término prudencial y comisionará para recibirla a uno de sus miembros, o al juez de letras del

dad, el artículo 476 del Código Procesal Penal expresamente la excluye para la revisión, cuestión que ya es gráficamente declarada por su título "Improcedencia de la prueba testimonial", y rematada en el contenido del cuerpo del artículo al señalar que "no podrá probarse por testigos los hechos en que se funda la solicitud de revisión".

Esta diferencia regulatoria es de una importancia gravitante. Por ejemplo, y para el caso en estudio, la fundamentación de la sentencia que resolvió la acción de revisión, radicó no sólo en la existencia de la declaración jurada de la víctima y del informe psicológico acompañados a la solicitud de revisión, sino que además encontró sustento fáctico en las declaraciones prestadas ante la Corte Suprema por parte de la víctima, del psicólogo y del médico cirujano.

Actualmente, y bajo la vigencia del actual sistema procesal que impide para la acción de revisión la prueba testimonial, los antecedentes tenidos a la vista por la Excma. Corte Suprema al resolver la acción, serían del todo improcedentes, y por ende, la afirmación principal en la retractación, esto es, el que no habrían existido las agresiones sexuales relatadas, carecerían de fundamento alguno. Una retractación, bajo estos supuestos, es superflua, sin que produzca ningún efecto como causal de una acción de revisión.

Por ende, y en virtud de lo señalado, podemos concluir indiscutiblemente que hoy, bajo la vigencia del Código Procesal Penal, por la vía de la revisión no podría deducirse prueba testimonial de los hechos en que se funda la solicitud de revisión y, que en el caso de una sentencia definitiva dictada bajo la vigencia Código Procesal Penal, que más tarde es conocida vía revisión, difícilmente se podría arribar a una conclusión idéntica a la del caso en comento.

# b. Diferencias en el contexto jurídico-procesal de ambos sistemas

Tanto la acción de revisión del Código de Procedimiento Penal, como la del Código Procesal Penal, se mueven en contextos jurídico-procesales totalmente diferentes. Ambas lógicas transitan por caminos distintos, puesto que la acción de revisión del antiguo sistema surge del Código de Procedimiento Penal, esto es, un procedimiento escrito, mediatizado, fundamentalmente secreto, con escasa contrariedad. En cambio, el actual sistema, y como ya se conoce profusamente, es totalmente opuesto en todas sus líneas al anterior. Esta sola cuestión hace que tenga sentido la regulación de la acción de revisión en el antiguo sistema.

En efecto, si las posibilidades de contrariedad quedaban reducidas a un solo momento como lo era el plenario, y no de un modo en que pudiese ser tan

territorio jurisdiccional en que se encuentren los testigos si la comparecencia de éstos ante el tribunal ofreciere graves inconvenientes. Tan pronto como expire el término, serán oídos el reo y el fiscal, y se mandarán traer los autos en relación sin más trámites, a menos que el tribunal decrete nuevas diligencias para mejor proveer. amplio como para que las probanzas tuviesen la oportunidad de contrastación y refutación, y los hechos que surgían de ellas quedasen definidos, afianzados y sentados, no era entonces improbable que otros momentos en la institucionalidad procesal contuvieran la posibilidad de "re-ver" los hechos, y con ello, la prueba y su ponderación. Esto sobre todo, cuando la lógica del procedimiento antiguo se basaba más aún, en el carácter escrito y mediatizado del mismo, el cual establecía toda una serie de barreras a la clara cognición del juzgador en la apreciación de las probanzas, tanto así que el sistema se abría a la posibilidad de segundas opciones de reestudio de las mismas, tales como el recurso de apelación. En este contexto, la acción de revisión del Código de Procedimiento Penal tenía sentido, tanto en cuanto a la admisibilidad de prueba, como a la apreciación de su contenido.

Diferente es el caso hoy, bajo el actual Código Procesal Penal, ya que la lógica de su sistema se sostiene de modo totalmente contrario al antiguo, y donde su inspiración reza que sea el juicio oral el centro nervioso de su andamiaje. Es en éste donde deben debatirse los hechos y rendirse las probanzas de modo completo, no existiendo oportunidad diferente para tal cosa, y donde los jueces, por razón de la inmediación, toman contacto de modo directo con los hechos y con la prueba. De ahí la regla general de improcedencia del recurso de apelación en este sistema, cuestión que impide discutir sobre los hechos ventilados previamente en el juicio oral. Por ello, la acción de revisión contemplada en el Código Procesal Penal, calza con la lógica del actual sistema.

### 5. Conclusiones

Conforme al análisis realizado podemos concluir en primer lugar que una solicitud de revisión basada en una sentencia definitiva, pronunciada por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, difícilmente podría tener la misma resolución que la contenida en la causa Rol 2827-11, por los siguientes motivos:

- En virtud de lo consignado por el Código Procesal Penal en cuanto a que en la acción de revisión no es procedente prueba testimonial alguna. Por tanto, las declaraciones prestadas ante la Corte Suprema por la víctima, el psicólogo y el médico cirujano en la causa Rol 2827-11, y que dieron coherencia al cambio de relato producido por parte de la víctima, serían hoy improcedentes.
- Aún si fuese el testimonio procedente, -habiéndose demostrado en apartados anteriores su improcedencia-, en atención a la fenomenología de las agresiones sexuales y a la complejidad de las dinámicas involucradas, no debieran resultar suficientes las referencias retractatorias de una víctima, sobre todo cuando se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, con el objeto de desvirtuar sus dichos originales y otorgarle mayor valor a su testimonio actual.

- La lógica de ambos procedimientos (antiguo y nuevo) son opuestos, y de ahí que la aceptación del testimonio de la retractación de la víctima como fundamento del fallo, haga sentido en el antiguo sistema, pero que carezca complemente de él en el nuevo sistema.
- Toda retractación supone la no ocurrencia de un hecho, no ocurrencia para cuya verosimilitud se haría necesario probar, lo cual supone el problema de requerir necesariamente la contradictoriedad del juicio para dejar espacio a su refutación, cuestión que se impide, ya que ello habría de significar, en estricto rigor, un juicio nuevo, o bien, la revisión de los hechos sentados ya en el juicio oral, cuestión improcedente por lógica del sistema y por la inexistencia de un recurso de apelación en materia procesal penal.
- Finalmente, podemos señalar que es probable que bajo el actual sistema, la referida solicitud de revisión podría no superar el control de admisibilidad exigido por el artículo 475 del Código Procesal Penal, pues éste además de exigir que la solicitud cumpla con las formalidades de la ley, debe señalar fundamento, y en caso de no ser así será rechazada de plano, a saber "La solicitud... que adolezca de manifiesta falta de fundamento será rechazada de plano, decisión que deberá tomarse por la unanimidad del tribunal". La retractación, por las razones antedichas, no constituye un fundamento jurídico, en el contexto de un recurso de revisión y bajo las actuales normas procesales, que haga procedente fundar con posibilidades de ser acogida de modo serio, una acción de revisión.

# **Bibliografía**

- Aliste, M. y Tornero, M. (2010). Estudios nacionales asociados a indicadores en pruebas proyectivas HTP, PBLL y CAT-A, en población preescolar en la temática de daño por agresiones sexuales: Sistematización y Análisis de Resultados. Documento de Trabajo Magíster en Psicología Clínica Infanto Juvenil. Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Barudy, J. (1998). El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Editorial Paidós. Buenos Aires.
- Escaff, E.; Rivera, M. y Salvatierra, M. (2006). Estudio de variables asociadas a la retractación en menores víctimas de abusos sexuales. Revista del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas, ILANUD.
- Exner, J. (1994). El Rorschach. Un Sistema Comprehensivo. Rorschach Workshops Psimática. Madrid.
- Glaser, D. y Frosch, S. (1997). Abuso Sexual de Niños. Argentina: Ed. Paidós.

- Kernberg, P., Weinwe, A. & Bardenstein, K. (2000). Personality Disorders in Children and Adolescents. Estados Unidos: Basic Books.
- Ministerio Público, Servicio Nacional de Menores, Servicio Médico Legal, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Ministerio del Interior, Corporación de Asistencia Judicial, Universidad Católica Silva Henríquez y Fundación Leon-Bloy (2011). Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales. Documento de trabajo interinstitucional. Santiago de Chile.
- Perrone, R. y Nannini, M. (1997). Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional. Editorial Paidós, Buenos Aires.
- Maffioletti, F. y Andreucci, P. (2001). Manual de Apoyo para la Codificación e interpretación del Test de Rorschach. Fondo de Desarrollo Académico, Colección Texto de Docencia Universitaria. Universidad Diego Portales.

# COMENTARIO ACERCA DE LA INVESTIGACIÓN Y SENTENCIA RECAÍDA EN CAUSA SOBRE DELITOS DE ABUSO SEXUAL DEL ART. 366 BIS Y ABUSO SEXUAL AGRAVADO¹

Ignacio Pinto Basaure<sup>2</sup>

En nuestro trabajo diario es común encontrarnos con casos más o menos complejos que requieren de distintas estrategias para enfrentarlos según la realidad y características de cada uno, exigiendo una intervención interdisciplinaria, tanto en el desarrollo de la investigación como desde la obligación constitucional de protección a las víctimas. Esto cobra especial relevancia en los casos de delitos sexuales. Desde este punto de partida, y al momento de analizar el caso sobre el que versará este artículo, surgen varios temas de interés, tanto en la investigación, como en el desarrollo y conclusión del juicio oral que merecen destacarse para la experiencia y el debate.

# Etapa investigativa

Los hechos consistieron en que una joven de 14 años fue descubierta por sus padres inhalando aerosol. Al ser confrontada por esta situación la joven relata que se quería morir, que no era primera vez que lo hacía, y que la razón consistía en que desde que era muy niña había sufrido abuso sexual por el chofer de su casa, hijo de la asesora del hogar, quien era tratado como un hijo más de la familia. El relato de la joven se equiparaba a un abuso sexual crónico con episodios en escalada, de cada vez mayor gravedad. Efectivamente, las situaciones de agresión sexual comenzaron con juegos que ella no entendía, como el abrazarla y moverla de manera que el imputado frotaba su zona pélvica con la de la niña por sobre la ropa. A medida que la niña fue creciendo estas conductas fueron cambiando, transformándose en tocaciones con su mano en la zona vaginal de la niña por sobre la ropa, y luego por debajo de ésta. Con el tiempo el imputado le introdujo los dedos en la vagina, y finalmente le colocó su pene en su vagina, tocándosela, e intentó penetrarla, pero no pudo, pues ella logró escapar. Estos abusos sexuales se prolongaron desde la edad de 4 años y hasta después de los 14 años de la niña. Esta joven pertenece a una familia grande, siendo la menor de 6 hermanos, con padre y madre presentes.

El primer desafío fue definir cómo enfrentar la denuncia de los hechos y el apoyo a la víctima, pues si bien teníamos un relato importante, claro y coherente, la salud mental de la joven estaba en peligro, -dados sus intentos de

Sentencia dictada en causa RUC N°0901244227-8, RIT N°85-2011, del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, sentencia que se encuentra ejecutoriada por no haber sido recurrida.

<sup>2</sup> Fiscal Adjunto, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.

autoagresión-, y era necesario realizar una serie de diligencias de investigación, que podían generar una nueva revictimización. Frente a esto, el apoyo y acompañamiento de la profesional de URAVIT de nuestra Fiscalía Regional Metropolitana Oriente fue fundamental, tanto en la declaración como en la realización del examen sexológico correspondiente. Así, se logró también, que se le diera a la víctima una atención rápida en Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS), para el examen de credibilidad, luego de lo cual se inició el proceso reparatorio.

Una segunda complicación derivó del hecho de que pese a que la niña había señalado que el imputado le había introducido el dedo en su vagina en varias oportunidades, -siendo la última vez una fecha cercana a la denuncia-, y que esto le había dolido, el examen ginecológico resultó sin lesiones de ningún tipo. Por mi experiencia esto es algo no tan poco común.

Un tercer problema a abordar fue que según su declaración, la joven señalaba que el imputado no ocupaba la fuerza física para realizar sus acciones, lo que complicaba el caso respecto de los abusos sexuales y abusos sexuales agravados ocurridos luego de que la niña cumplió los 14 años de edad<sup>3</sup>. Entonces, debíamos acreditar el abuso de la vulnerabilidad de la víctima respecto de ambos hechos luego de que ella cumpliera los 14 años de edad, con las hipótesis del artículo 363 del Código Penal.

Finalmente, unos meses antes del juicio, la madre de la niña, uno de sus apoyos fundamentales, sufrió un problema de salud muy grave, y esto sumado al conocimiento de la fecha del juicio produjo un retroceso importante en la joven en todo su proceso de reparación, lo que provocó en ella exceso de ansiedad y aumento de su depresión, volviendo a conductas autodestructivas. Así, su declaración en el juicio se veía gravemente comprometida, tanto por su salud, como por su estado emocional, sembrándose la duda acerca de si estaba en condiciones de entregarla, y si en ese caso, lo haría con la calidad necesaria para efectos de llevar a la convicción al tribunal<sup>4</sup>.

# Juicio oral

Dada la gravedad y cronicidad de los hechos, se decidió acusar al imputado por los delitos de abuso sexual del Art. 366 bis del Código Penal, y abuso sexual agravado del Art. 365 bis N°2, ambos en calidad de reiterados, por los hechos ocurridos cuando la víctima tenía menos de 14 años de edad, y por los delitos contemplados en los artículos 366 y 365 bis N°3 en relación con el

<sup>3</sup> El hecho se develó en diciembre y la niña había cumplido los 14 años de edad en mayo de ese año.

<sup>4</sup> En casos de delitos sexuales el testimonio de la víctima es básico para que el tribunal llegue a la convicción, y este testimonio es muy difícil de suplir con otras pruebas.

artículo 363 N°2, 3 y 4, y el artículo 366 ter, todos del Código Penal, por los hechos ocurridos posteriormente a los 14 años de la víctima.

El juicio lo enfrentamos desde la protección de la víctima, por un lado, y la estrategia jurídica para dar por acreditados los hechos por los que se acusó, por otro.

En cuanto a lo primero, dada toda la historia de vida de la víctima y la situación por la que estaba pasando al momento de afrontar el juicio, definimos, en coordinación con las psicólogas tratantes de la joven –quienes pertenecen al Departamento de CAVAS de Reparación–, las mejores medidas de protección para facilitar su testimonio en juicio. Lo que buscábamos es que éste fuera fiable, creíble para el tribunal, y a la vez se disminuyeran las eventuales consecuencias negativas que podría tener su declaración en juicio, evitando un mayor daño emocional en la joven, al tener que revivir los hechos de abuso sexual sufridos.

Específicamente, fueron dos las medidas decididas. La primera de ellas consistió en que la declaración de la joven se realizara a través de circuito cerrado de televisión, y la segunda, que ésta declaración se efectuara en compañía de un perro de asistencia judicial aportado por la institución Bocalán Confiar<sup>5</sup>.

La argumentación efectuada para justificar ambas medidas fue lo preceptuado, en cuanto a la protección de testigos, por el artículo 308 del Código Procesal Penal, y la obligación de protección que recae sobre las instituciones del Estado en aras de hacer prevalecer el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño. A ello, se acompañó además, un certificado del psiquiatra tratante de la niña, que daba cuenta del inestable estado emocional en que ésta se encontraba para afrontar el juicio.

A mayor abundamiento, y para reforzar la solicitud de la utilización del perro de asistencia judicial como medida de protección para la menor, se argumentó que esta herramienta, al ejercer un efecto ansiolítico sobre aquélla, permitiría que ésta prestara una declaración más tranquila, lo cual era una garantía tanto para el tribunal, como para la defensa, al mejorar el acceso a los hechos que ella iba a relatar.

El Tribunal Oral accedió a ambas medidas, permitiendo la declaración de la joven por circuito cerrado de televisión, –pese a tener 15 años de edad al momento de rendirse esta prueba–, y la utilización sin restricciones de un

<sup>5</sup> Esta es una organización encargada de entrenar perros de asistencia para distintos objetivos. Uno de sus proyectos son los perros de asistencia judicial, muy utilizados en EEUU y Europa, y cuyo objetivo es servir de contención y operar como efecto ansiolítico en la víctima al momento de prestar su declaración. Para mayor información se puede visitar la página <a href="https://www.bocalanconfiar.cl">www.bocalanconfiar.cl</a>.

perro de asistencia, siendo la primera vez que se rinde de esta forma en un juicio oral, la declaración de una joven de la edad de la víctima<sup>6</sup>.

Pese a todos los temores de nuestra parte, la declaración de la joven fue muy buena. Ella pudo contar con detalle lo que le había ocurrido y responder de manera tranquila las preguntas de nuestra parte, de la parte querellante, de la defensa y del tribunal, siendo fundamentales para la consecución de este objetivo, las medidas de protección utilizadas.

En cuanto a la estrategia jurídica para acreditar los hechos por los que se había acusado, el testimonio de la víctima fue complementado con testimonios de sus padres y hermanos, más la declaración de la perito de credibilidad -quien había concluido que el relato de la menor resultaba creíble- y de las psicólogas tratantes de la niña y de la familia. En esto, es importante destacar que una testigo, hermana de la víctima, y a quien primero ella le contó lo sucedido, se encontraba en Perú, y fue imposible coordinar su traslado a Chile, por lo que tuvo que prestar declaración por videoconferencia desde Lima, en presencia del cónsul chileno en dicha capital<sup>7</sup>.

Volviendo a la calificación de los hechos —como he referido, se acusó por abuso sexual agravado del Art. 365 bis N°2 y 3 del CP, dada la introducción de dedo que la víctima mencionaba—, y a la gran complicación consistente en la ausencia de lesiones que lo acreditaran, se optó finalmente por aclarar tal circunstancia en juicio. En este contexto, la víctima entregó detalles importantes de su respuesta fisiológica cuando el imputado le introducía los dedos, mencionando que no era una introducción completa y que le producía dolor. Esto se contrastó con lo señalado por la perito del Servicio Médico Legal, quien realizó el examen sexológico, que si bien señaló que la víctima no presentaba lesiones, y que las tocaciones por dedo podrían no dejar lesiones o ser éstas muy leves y borrarse en el tiempo, sí dio cuenta de la respuesta fisiológica que existe cuando hay contacto entre un dedo y la zona vaginal, aunque sea parcial, respuesta fisiológica que se puede producir independientemente de la voluntad de la víctima. Esta declaración fue concordante con lo señalado por la víctima en el juicio.

# **Argumentos esgrimidos**

Nuestras argumentaciones en el alegato de clausura estuvieron orientadas a acreditar un abuso sexual crónico, que siempre fue escalando en gravedad, lo

- 6 Se conoce que existían, a lo menos en la Región Metropolitana, dos antecedentes previos de una medida similar, una utilizada para rendir prueba anticipada y otra en juicio oral. En ambos casos se trataba de víctimas menores de 14 años y se obtuvieron buenos resultados. Además, esta herramienta se utiliza habitualmente en Tribunales de Familia de Santiago para la comparencias de menores.
- 7 Para lo cual fue fundamental el apoyo y coordinación de Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional.

que le produjo un grave daño psicológico a la víctima, de lo cual dieron cuenta todos los testimonios.

Para acreditar el ilícito previsto en el artículo 365 bis N°2 y 3 del Código Penal, se argumentó que si bien la joven no presentaba lesiones, la respuesta fisiológica de que había dado cuenta la niña no podría haberla conocido si no fuera por una experiencia vivida, y esa experiencia se relacionaba con lo referido por la perito del Servicio Médico Legal, siendo concordantes entonces esto con una introducción de dedo, a lo menos parcial, y que debía condenarse por este ilícito, haciendo un símil con la *inmissio penis* de la violación. Para fundamentar lo señalado se relacionó el ilícito de violación con el de introducción de objeto, ya que en definitiva son ilícitos que pretenden sancionar conductas similares en cuanto a la acción desplegada por el sujeto activo y buscan proteger y evitar la vulneración del mismo bien jurídico protegido. Para esto fue una ayuda importante la asesoría entregada por la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional y asesoría jurídica de nuestra Fiscalía Regional, quienes nos entregaron fallos y doctrina que permitió fundamentar mejor esta petición.

En cuanto a la falta de voluntad de la menor luego de que ella cumpliera 14 años, la principal argumentación se basó en la circunstancia de que dado el abuso sexual de que había sido víctima desde muy pequeña por el mismo imputado, dentro del contexto de una confianza familiar, en que era considerado casi como un hermano, es posible concluir que ella se encontraba en una grave desamparo desde la perspectiva psicológica, abusando el imputado de esta circunstancia<sup>8</sup>. También se alegó la ignorancia sexual de la víctima en atención a su etapa de desarrollo<sup>9</sup>. A mayor abundamiento, a todo ello se agregó que el imputado abusaba de una relación de dependencia<sup>10</sup>, pues ejercía labores de chofer y de cuidado de la niña.

En definitiva, la estrategia fue considerar que dado que los abusos era crónicos y desde que la joven era muy pequeña, eso la colocaba en una posición de vulnerabilidad tal que estaba en un grave desamparo, y tan grave era este desamparo que todo se devela con el consumo de aerosol de la víctima.

Finalmente, cabe señalar que se argumentó la existencia de estos delitos en carácter de reiterados, conforme al artículo 351 del Código Procesal Penal.

Por otro lado, cabe señalar que la defensa basó su tesis en negar la ocurrencia de los hechos antes de que la víctima tuviera 14 años, señalando que la niña decía esto para llamar la atención por ser la menor y que los hechos posteriores a los 14 años eran consentidos por ella. Además, sostuvo su teoría del

<sup>8</sup> Hipótesis del Art. 363 N°3 CP.

<sup>9</sup> Hipótesis del Art. 363 N°4 CP.

<sup>10</sup> Hipótesis del Art. 363 N°2 CP.

delito continuado, y fundamentó que no se podía condenar por el ilícito del artículo 365 bis pues el dedo no podía ser considerado un objeto.

### Sentencia

Dentro de los razonamientos de la sentencia nos parece relevante destacar la valoración de la prueba de cargo respecto del sustrato fáctico<sup>11</sup> y la valoración de la prueba en relación con los requisitos de los tipos penales<sup>12</sup>.

En cuanto a lo primero, la sentencia realiza un análisis detallado de las circunstancias que componen los presupuestos del sustrato fáctico, dividiéndolos en ocho acápites, a saber: 1. Período de tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; 2. Identidad del sujeto; 3. Número y forma de comisión de los abusos; 4. Edad de la menor a la época de esos hechos; 5. Dependencia de la menor respecto del acusado; 6. Circunstancias en las cuales se produjo la develación; 7. Detención del imputado; 8. Secuelas psicológicas causadas a la menor. De estos ocho acápites me referiré a dos que considero importantes. Uno referido al número y forma de comisión de los abusos, y otro que se avoca a la dependencia de la menor respecto del acusado.

En cuanto el número y la forma de comisión de los abusos, el tribunal razona distinguiendo entre los hechos ocurridos antes y después de los catorce años de la niña, afirmando que las formas de comisión fueron aumentando en intensidad y agresividad a medida que la menor aumentaba su edad. Y para refrendar esto da cuenta con detalle de lo que fue expresado por la víctima en cuanto a las tocaciones que el imputado le hacía y especialmente cómo las hacía; también que la joven dijo que le metió los dedos en su vagina, -con frases textuales y explicando las consecuencias y respuestas fisiológicas de su cuerpo-. Este relato, refiere el tribunal, fue corroborado por la perito médico ginecólogo quien dio la explicación de lo que se producía como respuesta fisiológica del cuerpo cuando se estimulaban glándulas, y que estas "glándulas se encontraban ubicadas en la pared interna de los labios menores de la vagina de la menor" A mi juicio, y si bien el tribunal no lo dice, este razonamiento es básico para acreditar la introducción de dedos por parte del imputado.

Agrega el sentenciador que "no es óbice a la conclusión alcanzada lo depuesto por la perito en cuanto a que no se observaron lesiones al examen extra genital y en el examen genital, dado que aquella es una apreciación objetiva, lo cual no implica que el imputado no haya introducido los dedos en la vagina de la menor"<sup>14</sup>. El tribunal analiza esto conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, señalando que los dedos no son un elemento que de suyo pueda

<sup>11</sup> Considerando undécimo.

<sup>12</sup> Considerando duodécimo.

<sup>13</sup> Considerando undécimo, punto 3.1.

<sup>14</sup> Considerando undécimo, punto 3.1.

ocasionar lesiones, a lo que agrega lo señalado por la víctima en cuanto a que la introducción no era completa.

En lo concerniente al acápite relativo a la dependencia de la menor respecto del acusado, cabe señalar que el sentenciador profundizó en dicha situación al referirse a los hechos posteriores a los 14 años de la joven. En ese contexto, dio por acreditada una dependencia objetiva y una subjetiva.

La dependencia objetiva la fundamenta en las declaraciones de la menor, de sus padres y de sus hermanos, argumentando que el imputado era como un hijo más, que tenía el cuidado de la niña, que ejercía labores de chofer y respecto de él se depositaba mucha confianza, que era como un guardián. En ese sentido, cobró relevancia que la joven pedía a sus padres y a sus hermanos que la trasladaran en vehículo, y todos le señalaban que no podían y que la tenía que llevar el imputado. Así, esta dependencia se concluye "dada la imposibilidad material que tenía la afectada de desplazarse si no era a través del imputado, y se originaba un vínculo asimétrico entre esta y el acusado"<sup>15</sup>.

Por su parte, el tribunal concluye que existe dependencia subjetiva, afirmando que el imputado "era un integrante más del grupo familiar, respecto del cual se depositaban confianzas, quien... no solo seducía y manipulaba a la niña, sino que a toda la familia"<sup>16</sup>. Para llegar a esta conclusión el tribunal considera la declaración de la víctima, de los integrantes de la familia y lo expresado en juicio por las peritos Andrea Vera Mondaca y Patricia Lizama Valenzuela<sup>17</sup>, quienes fueron contestes en afirmar que para entender la situación de la joven había que considerar las estrategias de victimización que el acusado realizó durante largo tiempo, como la manipulación de la confianza, la seducción con regalos y juegos, por el hecho que él contara con aprobación y afecto de la familia, y que la niña percibía que la lealtad de la familia estaba al lado del imputado; entendiendo especialmente que el aspecto seductor era propio de una dinámica de un abuso sexual intrafamiliar.

El tribunal afirma lo anterior, también por lo señalado por los peritos Rodrigo Dresdner y Álvaro Aliaga Moore<sup>18</sup>. El primero refirió que vio rasgos psicopáticos en el acusado, y que entre esos rasgos se presentan la capacidad de seducir, de embaucar a terceros y no establecer vínculos. Por su parte, el segundo perito informa que el imputado presenta una personalidad psicopática, la que se caracteriza por la baja capacidad para empatizar con los otros, una baja autocrítica, un elevado egocentrismo, la falta de remordimiento y una escasa

<sup>15</sup> Considerando undécimo, punto 5.

<sup>16</sup> Considerando undécimo, punto 5.

<sup>17</sup> La primera perito tratante y la segunda perito de credibilidad, ambas del CAVAS Metropolitano.

<sup>18</sup> Psiquiatra y psicólogo, respectivamente, que realizan exámenes de personalidad al acusado.

capacidad de adecuarse a un contexto normativo si percibe que las normas no lo benefician.

De esta forma, el sentenciador dio por acreditada la dependencia objetiva y subjetiva entre víctima e imputado, conforme al artículo 363 N°2 del Código Penal.

A reglón seguido concluye que esta dependencia subsume la hipótesis del grave desamparo en que se encontraba la víctima, por lo que por esa razón considera no concurrente la hipótesis del artículo 363 N°3 del Código Penal, por nosotros argumentada.

Se desestiman también nuestras alegaciones en cuanto a ser concurrente la hipótesis del artículo 363 N°4 del Código Penal, señalando que la ignorancia o inexperiencia sexual de la víctima no se había podido acreditar efectivamente.

En la parte final de este considerando el tribunal concluye que se han analizado con el mérito de la prueba rendida todas las circunstancias que componen el núcleo fáctico del acusación.

En relación con la valoración de los requisitos de los tipos penales acusados, el tribunal también realiza una distinción entre los hechos cometidos antes y después de los catorce años de la joven, y en ambos casos distinguiendo la hipótesis del abuso sexual simple –en palabras del tribunal- y del abuso sexual agravado.

Así, respecto del abuso sexual simple a menor de 14 años de edad, el sentenciador valora la conducta objetiva y subjetivamente. En lo objetivo, la conducta existió pues hubo contacto corporal. Para acreditar lo subjetivo, el tribunal expresa que la menor explica de manera pormenorizada la forma en que se le tocaba la vagina, y desde ahí "no puede menos que inferirse que el imputado estaba buscando satisfacer de alguna forma su desviado instinto sexual"<sup>19</sup>.

Ahora bien, resulta de interés referirse también a la consideración de los dedos como objeto conforme al artículo 365 bis del Código Penal. En este sentido, el tribunal al valorar las pruebas en relación con el abuso sexual agravado de menor de 14 años, se refiere a lo que significa la introducción de objetos de cualquier índole, señalando que primeramente es necesario determinar si los dedos del imputado pueden ser entendidos como objetos de cualquier índole. Para llegar a una conclusión afirmativa de aquello el sentenciador utiliza dos fallos. El primero de la Exma. Corte Suprema en causa rol 2903-2008 de 8 de julio de 2008, que argumenta tomando la definición de la palabra introducir del Diccionario de la Real Academia Española<sup>20</sup> y considerando que

<sup>19</sup> Considerando duodécimo, a.1).

<sup>20 &</sup>quot;1.tr. Concluir a alguien al interior de un lugar. 2.tr. Meter o hacer entrar algo en otra cosa.", Ed. 22°.

en la discusión sobre la figura penal del artículo 365 bis, en "la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se dejó constancia que "el concepto de introducción de objetos de cualquier índole", en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano, distinto del órgano sexual masculino, como por ejemplo una mano (Boletín N°2906, 1 Sesión de la 350 Legislatura Extraordinaria, pág. 39)"<sup>21</sup>.

El segundo fallo utilizado fue de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol 2225-20008 de 29 de diciembre de 2008, que afirma que la palabra objeto se debe entender en su sentido natural y obvio, dando la definición del Diccionario de la Real Academia Española<sup>22</sup>. Asimismo, esta sentencia afirma que al incorporar esta definición de objeto al propio sujeto, el vocablo queda indeterminado o impreciso, afirmando que constituiría una expresión obscura de la ley -en los términos del artículo 19 del Código Civil-. "De esta manera, siguiendo dicho texto legal no sólo se puede, sino que se debe recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento"23. El fallo aludido se refiere a que en la discusión legislativa, al consignar "introducción de objetos de cualquier índole", se incluyó cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo una mano. Y concluye que "de esta manera, existiendo un antecedente preciso acerca del alcance del concepto "objeto", no cabe sino finalizar la tarea de interpretación de la ley concluyendo -por mandato expreso del legislador- que el vocablo antes señalado y que es utilizado en el artículo 365 bis del Código Penal, incluye los miembros corporales humanos"24.

En nuestro caso se concluye que la jurisprudencia citada, la que se aúna a la historia fidedigna de la ley, permite a los juzgadores entender que la introducción de los dedos en la vagina de la niña que efectuó el acusado cumple con el requisito de que la acción se haya efectuado mediante la introducción de objetos de cualquier índole.

Con esto el tribunal desecha uno de los puntos controvertidos de la defensa que argumentaba que los dedos no podían considerarse objetos.

En cuanto a la valoración de la prueba en relación con los requisitos de los tipos penales de los hechos acaecidos después que la víctima cumpliera 14 años, el tribunal repite los argumentos dados en el considerado anterior para considerar que había un abuso de la dependencia objetiva y subjetiva de la víctima. Dando por concurrentes todos los requisitos de los tipos.

<sup>21</sup> Considerando duodécimo, a.2).

<sup>22 &</sup>quot;Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad por parte del sujeto, incluso este mismo".

<sup>23</sup> Considerando duodécimo, a.2).

<sup>24</sup> Considerando duodécimo, a.2).

Finalmente, considero importante destacar el razonamiento del tribunal para concluir que estamos frente a delitos de carácter reiterados, ya que expresa que quedó establecido que fueron diversas situaciones, independientes entre sí, "nos encontramos frente a situaciones autónomas que se bastaban por sí mismas para configurar los injustos imputados, considerando, asimismo, que no puede estimarse que exista relación de continuidad en caso de lesión de bienes jurídicos personalísimos, cuyo es el caso, toda vez que el bien protegido es el de la indemnidad o libertad sexual; en este sentido, no puede entenderse que cada una de las acciones pierda su autonomía para erigirse en fragmento de un conjunto, es más, el actor consiguió en cada una de las oportunidades el objetivo perseguido, esto es la satisfacción de sus propósitos libidinosos, concretando de ese modo en cada uno de los sucesos, su actuar ilícito y altamente gravoso, perpetrando además en el curso de las etapas en análisis acciones distintas, modos de consumación diferentes, que claramente estructuran inconductas, que si bien se presentan de similar naturaleza, se erigen en episodios absolutamente definibles que acaecieron en múltiples oportunidades en los períodos en examen..."25. Con esto se rechaza la tesis de la defensa de estar frente a delitos continuados.

## Conclusión

Son varias las conclusiones que podemos extraer de este caso. En primer lugar, y dentro de la investigación, uno de los elementos más relevantes fue el apoyo psicológico oportuno a la víctima. Dado el estado psicológico en que ella se encontraba al iniciar el proceso era fundamental realizar las diligencias de investigación que requirieran su presencia de manera expedita. Esto se hizo así, a pesar de estar consciente de que en la práctica esto no siempre se puede lograr, dada la realidad propia de las instituciones colaboradoras en cuanto a la falta de recursos y las horas de espera. En el caso en comento, la víctima logró apoyo psicológico pronto, logrando una terapia reparatoria en un corto plazo.

Asimismo, resultó trascendental optar, al momento del juicio, por medidas de protección para la víctima poco comunes. Estas permitieron que ella estuviera tranquila y declarara de una manera óptima. Al analizar el fallo en comento, es posible advertir que en todos los considerandos relevantes se da cuenta de manera pormenorizada del relato de la menor, como un elemento fundamental para llevar a convencimiento, tengo la certeza, por la historia de la joven, por su situación personal al momento del juicio y por lo que pude apreciar, que este relato se pudo obtener de mejor manera gracias a estas medidas. Es importante hacer presente que contamos con el apoyo de un tribunal que aceptó estas medidas.

También considero relevante que jurídicamente se hayan dado por establecidas en el fallo las hipótesis del abuso sexual del Art. 366 y del abuso sexual

<sup>25</sup> Considerando décimoquinto.

agravado, pues cada una de las acciones del imputado tenían un desvalor diferente con una connotación distinta en la víctima. En este sentido, el aporte de los peritos psicólogos fue fundamental, al ayudar a que se comprendieran las distintas conductas abusivas del condenado, y cómo eso afectaba a la víctima, haciendo confluir el relato de ésta, con la existencia de un abuso sexual crónico y los tipos penales respectivos.

Otra conclusión relevante es el convencimiento del tribunal de que estábamos frente a un abuso sexual agravado, pese a que la víctima no presentara lesiones. Y aquí también está el aporte de lo interdisciplinario, ahora desde lo médico, pues la perito fue gravitante para dar por acreditado esto al señalar las respuestas fisiológicas que se producen en el cuerpo, y que la víctima tenía.

Finalmente, debo señalar que una de las cosas que he aprendido en el desarrollo de esta labor es que para llegar a buenos resultados, ya sea en el ámbito de la investigación, del desarrollo del juicio, como en el apoyo a la víctima, es fundamental el trabajo de equipo, y no sólo el de la Fiscalía sino también el de los órganos auxiliares a nosotros, quienes nos aportan desde sus distintos conocimientos. En el caso en comento esto se logró en una buena medida, colaborando desde nuestra función al proceso de reparación de la víctima.

# UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y GRIMEN ORGANIZADO

# CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL COBRO DE INTERESES EXCESIVOS EN OPERACIONES REALIZADAS CON CARGO A TARJETAS DE CRÉDITO DE CASAS COMERCIALES

Verónica Rosenblut Gorodinsky<sup>1</sup>

#### 1. Introducción

De acuerdo con la regulación financiera actualmente vigente, en nuestro país no sólo las entidades bancarias se encuentran autorizadas para emitir y operar tarjetas de crédito, sino que también puede explotar legítimamente este giro, toda otra sociedad anónima o de responsabilidad limitada que cumpla con ciertos requisitos que para estos efectos establece la ley.

Esta normativa ha permitido que durante los últimos años hayan sido fundamentalmente las sociedades anónimas cuyo giro principal es el de la venta al detalle o *retail*, esto es, las denominadas casas comerciales, las que conjuntamente con dicho negocio se hayan dedicado con bastante éxito tanto en lo relativo al volumen de colocación como a las utilidades obtenidas, a la explotación de este negocio financiero, mediante la emisión y operación de tarjetas de crédito que permiten al cliente contar con un financiamiento directo para los efectos de realizar una compra a plazo en esa misma tienda o en otros comercios asociados.

Sin embargo, la facilidad en el acceso al crédito que el desarrollo de este negocio ha conllevado para la generalidad de los consumidores y, fundamentalmente, para ciertos sectores socioeconómicos de la población, tradicionalmente imposibilitados de participar como clientes del sistema crediticio bancario, ha implicado paralelamente un incremento considerable del valor final que los consumidores se encuentran pagando por los bienes adquiridos a crédito, en comparación con el valor en que los mismos son ofertados al contado, situación que ha generado un evidente descontento entre los consumidores y que se ha traducido en la presentación de constantes reclamos por concepto de cobros abusivos.

Paralelamente, y a raíz de este mismo fenómeno, han comenzado a presentarse también algunas denuncias al Ministerio Público, en las que los denunciantes sostienen haber sido objeto del cobro de intereses excesivos en las operaciones de crédito que han realizado con cargo a las tarjetas emitidas por estas casas comerciales, atendido que en la práctica los clientes pagan cuotas que sumadas y en comparación con el valor al contado del bien adquirido, parecieran

<sup>1</sup> Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

superar el máximo del interés que legalmente es posible estipular, pero que sin embargo podrían explicarse por la existencia de otros cobros y cargos que siendo también legales, y no considerándose propiamente intereses, hacen que aquella resulte *prima facie* usuraria<sup>2</sup>.

Por este motivo, en el presente artículo se analizará a la luz de la normativa vigente, la que deberá ser previamente determinada, la forma en que pueden calificarse jurídicamente estos cobros excesivos y la posibilidad de que los mismos configuren el tipo penal de usura.

## 2. Marco normativo aplicable a las operaciones realizadas con cargo a una tarjeta de crédito emitida por una casa comercial

Partiendo de la base que por tarjeta de crédito ha de entenderse, de acuerdo a la definición aportada por el Compendio de Normas Financieras del Banco Central (Capítulo III.J.1) "cualquier instrumento que permita a su Titular o Usuario disponer de un crédito otorgado por su Emisor y que sea utilizado por dicho Titular o Usuario en la adquisición de bienes o en el pago de servicios vendidos o prestados por las entidades afiliadas con el correspondiente Emisor u Operador, en virtud de convenios celebrados con éstas que importen aceptar el citado instrumento como medio de pago, sin perjuicio de las demás prestaciones complementarias que puedan otorgarse al Titular o Usuario", cabe preguntarse en primer lugar, si la normativa aplicable a los emisores y operadores de estas tarjetas, establecida fundamentalmente en el mencionado compendio y en la Circular N°17 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, es aplicable también, a las operaciones que se realizan con cargo a las tarjetas de crédito que son emitidas por las casas comerciales.

La respuesta a esta primera interrogante ha de ser afirmativa<sup>3</sup>, en la medida que el referido Capítulo del aludido Compendio, señala expresamente que

<sup>2</sup> Este fue uno de los aspectos debatidos en el caso conocido como "Eurolatina", en donde la teoría del caso de los querellantes, que fue finalmente rechazada por la Corte Suprema, era que estos "gastos operacionales" eran inexistentes y sólo encubrían intereses.

<sup>3</sup> En el mismo sentido fallo Corte Suprema, 28/12/2006, 4355-2006: "Decimoquinto. Que en efecto, con fecha 1 de marzo de 2006, fueron publicadas las normas del Capítulo III.J.1 1 del compendio de normas financieras del Banco Central (ver http://www.bcentral.cl/esp/normativa/financieras/pdf/caplllJ1.pdf) y con fecha 28 de abril de 2006, fue publicada la circular N°17 sobre emisores y operadores de tarjetas de crédito, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (ver http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/norma\_4986\_1.pdf). De estas normas se desprende que ellas regulan la misma materia a la cual se refieren las instrucciones generales de la resolución N°666; es más, existe una aparente coordinación incluso entre los entes reguladores y fiscalizadores involucrados, al reconocer la normativa del Banco Central la facultad del Servicio Nacional del Consumidor para fiscalizar su cumplimiento; Decimosexto. Que la normativa antes citada no constituye una mera complementación del marco normativo comprendido por la resolución N°666, sino que tiene el carácter de un nuevo régimen jurídico que regula la información que deben entregar las casas comerciales como asi-

"Además de las empresas bancarias establecidas en el país, y de las cooperativas de ahorro y crédito fiscalizadas por la Superintendencia que cuenten con un patrimonio pagado igual o superior al equivalente a 400.000 Unidades de Fomento, podrán emitir u operar Tarjetas las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, constituidas en el país, que cumplan los requisitos establecidos en este Capítulo", categoría dentro de la cual se encuentran las casas comerciales que se inscriban en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito a cargo de la SBIF y contemplen en su objeto social la emisión de tarjetas, entre otros requisitos, y respecto de las cuales corresponderá entonces aplicar además las normas de la Circular N°17 antes mencionada.

Siendo, en consecuencia, aplicable a su respecto las normas contenidas en dicha Circular, los "Contratos de afiliación al sistema y uso de la tarjeta" que suscriban con los titulares de las tarjetas que emitan, deberán contemplar entre otros contenidos mínimos: "2) el límite de crédito autorizado por el período contratado", y "4) las modalidades y condiciones aplicables al cobro de comisiones y/o cargos e intereses", información que deberá además ser complementada con aquella referida al cobro de comisiones y/o cargos e intereses, mediante la especificación de las recaudaciones concretas por estos conceptos, como por ejemplo, aquellos derivados de la mantención operativa del plástico, como el costo de otras operaciones, tales como los denominados "avances en efectivo".

Ahora bien, en cuanto a la determinación y cobro de los intereses, la Circular exige un cumplimiento estricto a los límites fijados por la propia Superintendencia a propósito de la determinación de la tasa máxima convencional<sup>4</sup>.

El mandato anterior debe ser comprendido a la luz de la regulación establecida en la Ley N°18.010 que instituye normas para las operaciones de crédito de dinero, y según la cual (artículo 6°) "Interés corriente es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país, con exclusión de las comprendidas en el artículo 5°. Corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinar las tasas de interés corriente, pudiendo distinguir entre operaciones en moneda nacional, reajustables o no reajustables, en una o más monedas extranjeras o expresadas en dichas monedas o reajustables según el valor de ellas, como asimismo, por

mismo quienes emitan tarjetas de crédito, en favor de los consumidores en general y que, por consiguiente, derogan las disposiciones de dicha resolución".

<sup>4 &</sup>quot;El estricto apego al cumplimiento de la tasa máxima convencional exige que los emisores no excedan la correspondiente tasa de interés según los diversos tramos o apertura de la tasa de interés corriente y máximo convencional, publicada por esta Superintendencia para el respectivo período. Para estos efectos, se debe considerar si las operaciones pactadas en moneda nacional no reajustable con pago de intereses están a menos de 90 días, a ese plazo o a más de 90 días", estableciéndose que para estos efectos, "El plazo estará determinado por el número de días transcurridos entre la fecha de la operación que devenga intereses y la fecha de vencimiento de la última cuota pactada o por el plazo por el que se ha otorgado la línea que concede un crédito rotativo, según sea el caso, o la modalidad de uso del crédito otorgado".

el monto de los créditos, no pudiendo establecerse más de dos límites para este efecto, o según los plazos a que se hayan pactado tales operaciones", agregándose a continuación en dicho artículo, que "No puede estipularse un interés que exceda en más de un 50% al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable", y que "Este límite de interés se denomina interés máximo convencional".

Entonces, en la Ley 18.010, existen dos tipos de intereses aplicables a las operaciones que regula; por un lado se encuentra el interés corriente que es el promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que se realizan en nuestro país y que es determinado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) en base a las tasas reportadas por los bancos, para el mes calendario anterior, expresadas en forma vencida y anual; y por otro, el interés máximo convencional, cuyo tope está indicado en el artículo 6 inciso cuarto y su monto excesivo prohibido en el artículo 8. El interés máximo convencional, a su turno, también es informado por la SBIF y se encuentra publicado en su página web. Las tasas de interés, y por lo tanto el máximo convencional, varían dependiendo de si los préstamos corresponden a operaciones no reajustables en moneda nacional, no reajustables en moneda nacional a 90 días o más y reajustables en moneda nacional.

En cuanto a la forma en que ha de determinarse la tasa o el interés aplicado a las operaciones que se realicen con cargo a una tarjeta de crédito emitida por una casa comercial, surge aquí otra interrogante en orden a determinar si corresponde aplicar la regulación establecida a este respecto por la misma Circular N°17 cuyo contenido ya se venía analizando, o bien, las normas que se establecen a este respecto por la Ley N°18.010, atendido que mientras la Circular de la SBIF establece que "Para los fines de determinar la tasa de interés aplicada se computará como interés todo importe que se cobre por sobre las comisiones y/o cargos a que se refiere el numeral anterior, como asimismo toda imputación de cobro efectuada al titular de la tarjeta sin su conformidad o previa aceptación", el artículo 2º de la Ley N°18.010, establece que "En las operaciones de crédito de dinero no reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital. En las operaciones de crédito de dinero reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado. En ningún caso, constituyen intereses las costas personales ni las procesales".

A nuestro entender, debiera privilegiarse la aplicación de la Circular N°17, fundamentalmente por un criterio de especialidad, atendido que aquella establece expresamente normas relativas a la determinación de los intereses en las operaciones que se realicen con cargo a tarjetas de crédito, pero además, porque de acuerdo a la Historia de la Ley N°19.496, o Ley del Consumidor, a propósito de la indicación N°142 formulada por el Ejecutivo en segundo trámite constitucional, mediante la cual se propuso la incorporación a la ley de su

actual artículo 39, en el que, como se dirá más adelante, se sanciona a aquellos proveedores que cobren intereses por sobre el interés máximo convencional a que se refiere el artículo 6º de la Ley N°18.010, el Director del SERNAC de la época señaló que consideraba conveniente la inclusión de dicha norma "toda vez que la ley 18.010 si bien se refiere al cobro de intereses excesivos en operaciones de préstamos de dinero y de valores, no regula el cobro de intereses en la venta de bienes pagaderos a plazo"5.

Si bien este último argumento podría llevar a sostener una conclusión distinta respecto a otras operaciones que se realizan con cargo a una tarjeta de crédito y que no corresponden a ventas a plazo de bienes, como es el caso de las operaciones de avances en efectivo que se realizan a través de estas tarjetas, a nuestro juicio, debe considerarse que el criterio de especialidad antes referido, en virtud del cual tratándose de operaciones realizadas con tarjetas de crédito, debe privilegiarse la aplicación de las normas contenidas en la Circular N°17 de la SBIF, corresponde también ser aplicado a este tipo de casos, atendido que tal como ya se mencionó, en su apartado número 9, "Sobre el cobro de comisiones y/o cargos e intereses", la Circular establece que "En el caso de entregarse servicios adicionales, distintos de los que son propios de la función de la tarjeta de crédito, como la obtención de avances en efectivo o el uso de cajeros automáticos, se deberá informar por escrito a los clientes que opten por esos servicios adicionales, el costo de ellos...", es decir, el costo de estas comisiones y/o cargos, reconociendo así expresamente la existencia de dichos cobros distintos del interés, también en tales tipos de operaciones.

### 3. Forma en que debe determinarse la existencia del cobro de un interés excesivo

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, para los efectos de determinar si en las operaciones que se realizan con cargo a una tarjeta de crédito (las compraventas a crédito o los "avances en efectivo") se pacta y cobra un interés excesivo, resulta ante todo imprescindible diferenciar de entre los cobros totales que se efectúan mensualmente al cliente, aquellas sumas que correspondan a comisiones y/o cargos, de aquellas que constituyen propiamente intereses6,

<sup>5</sup> Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado evacuado en Segundo Trámite Constitucional del Proyecto que crea la Ley del Consumidor, Boletín N°446-03.

En el mismo sentido se ha pronunciado por lo demás la jurisprudencia, al afirmar que, "II.- En cuanto al fondo: 4°) Que, teniendo en especial consideración los antecedentes allegados al proceso, ponderados de conformidad con la sana crítica, es decir, en base a la lógica, las normas de experiencia y al conocimiento del tribunal, sólo permiten concluir que las denunciadas fijaron precios a los consumidores por compras a plazo aplicando intereses, no encontrándose acreditado legalmente que éstos fuesen superiores al máximo permitido por la ley, puesto que, efectivamente, los cargos adicionales a que se refieren las denunciadas en su contestación, no corresponden, jurídicamente, a tasa de interés, cargos que, en todo caso, están facultadas legalmente para recuperarlos", ICA Concepción, 30/4/2008, Rol N°2.410-2005). De la misma forma se ha

ya que tal como se mencionó, la Circular N°17 establece claramente a este respecto que "Para los fines de determinar la tasa de interés aplicada se computará como interés todo importe que se cobre por sobre las comisiones y/o cargos a que se refiere el numeral anterior, como asimismo toda imputación de cobro efectuada al titular de la tarjeta sin su conformidad o previa aceptación", de tal suerte que, como se dijo, aplicando dicha normativa, no toda suma cobrada por sobre el capital constituye interés, en la medida que en el caso de las operaciones que se realizan con cargo a tarjetas de crédito, se reconoce también la posibilidad de que los emisores u operadores de dichas tarjetas realicen otros cobros adicionales, como aquellos que se efectúan a título de cargos por comisiones, impuestos, gastos de administración, primas de seguros, entre otros.

Esta misma posibilidad, ha sido por lo demás reconocida por la Ley del Consumidor, en cuyo artículo 37, mediante el cual se prescribe que "En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la siguiente información", se señala expresamente que deberá informarse: "c) El monto de los siguientes importes, distintos a la tasa de interés: 1. Impuestos correspondientes a la respectiva operación de crédito; 2. Gastos notariales; 3. Gastos inherentes a los bienes recibidos en garantía; 4. Seguros expresamente aceptados por el consumidor; y, 5. Cualquier otro importe permitido por ley".

Por ello, sólo una vez que se hayan determinado las sumas cobradas mensualmente a título de interés, corresponderá efectuar los cálculos para los efectos de determinar si la tasa cobrada, supera o no el interés máximo convencional. La forma en que debe efectuarse este cálculo, sin embargo, no es para nada pacífica, atendido que si bien la SBIF calcula la tasa del interés máximo convencional en base al denominado "interés lineal", la mayoría de las instituciones financieras y casas comerciales otorgan los créditos en base a un "interés compuesto", lo que en definitiva puede llevar a obtener resultados distintos.

En efecto, mientras el "interés lineal" o simple involucra aplicar una tasa determinada de forma mensual en base a un mismo capital, pero calculada en cada cuota sobre el saldo insoluto de dicho capital; en el caso del "interés compuesto", el interés se aplica sobre el capital más el interés devengado en el período anterior, el cual va capitalizándose, de forma tal que en cada cuota, el monto a pagar por concepto de interés deberá recalcularse en base al nuevo monto del capital que se ha visto incrementado por los intereses generados en el período anterior.

Frente a la pregunta de cuál tipo de cálculo de interés debe utilizarse, y siendo el procedimiento a utilizar relevante en la medida que servirá para determinar

señalado expresamente "...que la Ley 19.496 ha permitido considerar importes adicionales que no se consideran parte del concepto de interés, aún cuando eventualmente los mismos puedan significar que se recibe una suma adicional por sobre el capital original que dio origen a la operación de crédito que no ha sido contabilizada como interés...", ICA Temuco, 16/9/2008, Rol N°685-2008.

la tasa que deberá compararse con la del interés máximo convencional permitido al momento de la realización de la operación u otorgamiento del crédito, nuestro parecer es que al ser determinado, como se dijo, dicho interés máximo convencional por la SBIF en base al cálculo de un "interés lineal", y ser además éste el interés que las instituciones bancarias exhiben en sus pizarras, lo lógico y coherente es efectuar esa comparación con otra tasa que también haya sido determinada en base a un interés de las mismas características, esto es, a un interés simple.

Ejemplificando la forma en que debiera operar el cálculo de este interés al momento en que se otorga un crédito, si a una persona se le han prestado \$100, y a esa fecha la tasa de interés máximo convencional fijada por la SBIF es de 50,60% anual, es decir, dividiendo esa tasa por 12 meses, de un 4.216% mensual, quiere decir que si a esa persona se le ha otorgado un plazo de 8 meses para pagar el crédito en 8 cuotas, lo máximo que podría terminar pagando en cifras totales, es decir sumando capital e interés, serían \$133,7, ya que el interés que en cada período generaría la operación durante los 8 meses de acuerdo a la tasa máxima permitida por la ley, equivaldría en pesos a \$33,7.

La jurisprudencia civil no ha sido sin embargo especialmente clara a este respecto, ya que mientras algunos fallos descartan la utilización de un interés lineal para los efectos de calcular la tasa aplicada en la operación<sup>7</sup>, otros, por el contrario, reafirman la necesidad de que sea dicho interés el que se considere para lo efectos de compararlo con la tasa máxima convencional, principalmente para permitir que las personas puedan fácilmente calcular el interés que se les está aplicando en una operación y conocer si éste se encuentra dentro de los límites que autoriza la ley. No se conocen pronunciamientos de carácter penal que permitan aclarar la materia.

Sin embargo, no obstante lo señalado, y fuera del argumento de coherencia ya mencionado, el cálculo de las tasas de interés en base a un interés lineal o simple, encuentra además sustento legal en la norma establecida en el artículo 38 de la Ley del Consumidor, normativa que, como se dirá, se considera aplicable a este tipo de casos, ya que de acuerdo con dicho artículo "Los intereses se aplicarán solamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido", mecanismo que precisamente corresponde a la aplicación de un interés simple.

<sup>7</sup> En este sentido fallo ICA Santiago, 12/12/2007, Rol N°4.822-2007: "3") Que el cálculo efectuado por el tribunal no es el adecuado, pues se limitó a la simple operación matemática consistente en dividir la cantidad cobrada en exceso del capital inicial, correspondiente a \$278.709, que está un 70,72% por sobre el capital financiado, por 25, esto es, el número de cuotas pactadas, lo que efectivamente da como resultado un porcentaje de 2,829% mensual; mientras que siguiendo las reglas del interés compuesto, como se hace el cálculo efectuado por el SERNAC, la denunciante para estos efectos, se obtiene un porcentaje muy diverso, superior al 4%...".

#### Calificación jurídica que corresponde dar al cobro de intereses excesivos en operaciones realizadas con cargo a una tarjeta de crédito emitida por una casa comercial

En este punto, nos referiremos a dos temas: en primer lugar, se efectuará una breve revisión de la estructura típica del delito de usura, analizándose en particular la posibilidad de asimilar las operaciones que se realizan con cargo a una tarjeta de crédito al verbo "suministrar", constitutivo de la conducta típica que se sanciona a través del tipo penal contemplado en el artículo 472 del Código Penal, y en segundo término, a la eventual colisión que en estos casos pudiera darse entre sanciones civiles-administrativas contempladas en la Ley del Consumidor y la sanción que eventualmente podría corresponder imponer con motivo de la configuración de la referida figura penal.

#### a. Características del delito de usura

De acuerdo a la descripción legal que realiza el artículo 472 del Código Penal, el delito de usura consiste básicamente, y como se dijo, en *suministrar* valores de cualquier manera a un interés que exceda el máximo que la ley permita estipular, debiendo entenderse por suministrar, *proveer a alguien de algo que necesita*, y por *proveer*, dar o conferir algo<sup>8</sup>, es decir, entregar, y que jurídicamente, de acuerdo a lo sostenido recientemente por la jurisprudencia, "comprende todos los títulos posibles que sean origen de cobro de intereses": compraventa con saldo de precio, prenda, hipoteca, etc."9.

Por lo tanto, son dos los elementos del tipo objetivo cuya concurrencia se requiere para los efectos de la configuración del delito: por un lado, que de cualquier manera se suministren o entreguen "valores", y por otro, que la operación se realice pactando un interés que excede el máximo que la ley permite estipular.

A diferencia de los denominados fraudes, este ilícito no requiere que el sujeto pasivo sufra un perjuicio, ya que el delito pertenece al grupo denominado "de mera actividad", por lo tanto, para que la infracción se presente en grado de consumada, únicamente será necesario que se entregue el valor (que puede ser dinero) bajo determinadas modalidades<sup>10</sup>, sin que sea necesario que el dinero o valor suministrado efectivamente se haya pagado (con o sin intereses).

No tiene tampoco ninguna relevancia para la consumación del ilícito, la circunstancia de que el sujeto pasivo haya consentido en recibir el préstamo o

<sup>8</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

<sup>9</sup> Sentencia ICA Santiago, de 20/10/2011, en causa Rol Ingreso N°3423-2009, EUROLATINA.

<sup>10</sup> Cfr. Garrido Montt, tomo IV pp. 404 y 405. En el mismo sentido, sentencia de la Excma. Corte Suprema, autos rol 948-06 (Caso Eurolatina).

valor en condiciones poco favorables, lo que quiere decir que el consentimiento no excluye la antijuridicidad de la conducta, ya que, por el contrario, el acto en virtud del cual se reciben los valores o el dinero debe ser necesariamente voluntario<sup>11</sup>.

En cuanto a la acreditación del segundo elemento del tipo objetivo antes indicado, para estos efectos será necesario constatar cuál era el interés máximo que se podía pactar en la operación respectiva y cuál fue el interés efectivamente pactado, resultando en principio que si este último supera el límite del interés máximo convencional, se podrá dar por establecida la concurrencia de dicho elemento, lo que no implica necesariamente que en caso contrario deba descartarse de plano la configuración del tipo penal de usura, ya que como acertadamente ha advertido nuestra jurisprudencia, "La expresión "de cualquier manera que sea" refuerza esta idea: "lo que se quiere castigar es la usura económica y no la usura jurídica". Es indiferente la forma jurídica que se quiera dar al suministro usurario si en el fondo se encuentra un interés excesivo: "cobro anticipado de intereses", "abultamiento ficticio del capital", usura de compra con retro venta, etc.;, ya que "la facilidad con que la usura puede disfrazarse, las precauciones de los usureros y el arma poderosa que estos tienen en los cheques en blanco o en garantía", han movido al legislador a establecer con respecto a este delito "la apreciación de la prueba en conciencia"12.

Ahora bien, para los efectos de establecer si dentro del concepto de suministrar valores pueden incluirse las operaciones que se realizan con cargo a las tarjetas de crédito de casas comerciales, se estima necesario distinguir entre las operaciones específicas de que se trate, esto es, entre la operación consistente en la realización de una compra "a crédito" y la solicitud por parte del cliente de la entrega de dinero, conocido regularmente como "avance en efectivo".

En cuanto al primer tipo de operaciones, y entendiendo que la compra de bienes utilizando el crédito otorgado por la casa comercial respectiva, puede explicarse señalando que en definitiva es la empresa emisora la que a través

<sup>11</sup> En este sentido fallo 7º TOP de Santiago, de 23/8/2011.

<sup>12</sup> Ob.cit.10: "Los llamados "gastos operacionales", en la medida en que no se les haya determinado en cuanto a su naturaleza y monto, no forman parte del capital ni de monto alguno a cargo del deudor o mutuario, por lo que en suma y en esencia sólo tiene la significación de un interés indebido que se ha adicionado de modo irregular e ilegítimo al capital... De allí entonces que la cantidad cobrada por EUROLATINA a los mutuarios a título de costos de tasación carezca de todo sustento y legitimidad, desde que la tasación, o no se practicó en absoluto, o supuestamente se la hizo por el cónyuge de unos de los socios de EUROLATINA y por el administrador del otro socio de la misma, ambos carente de todo oficio público, como indica el sentido natural y obvio del término tasador, y ambos carentes de conocimientos tanto prácticos como jurídicos en ello, de manera que no ha constituido sino un cargo encubierto que ha surtido en el fondo los efectos de un "interés" que ha excedido con creces el monto del capital, sin considerar los otros supuestos gastos descontados indebidamente antes de entregar al mutuario una cantidad que en ningún caso fue aquella determinada aritmética y materialmente en el respectivo Pagaré".

de otra compañía generalmente relacionada otorga un crédito al titular de la tarjeta para los efectos de que aquél pueda realizar una compra a plazo, en nuestro concepto, este tipo de operaciones sí podría encuadrase en la conducta típica propia del delito de usura, aun cuando más allá de la correcta interpretación financiera de la operación, en este tipo de compras, la víctima no reciba en ningún momento dinero sino que un bien que pagará a plazo, siendo esa su real intención y no la de pedir dinero prestado a un interés determinado.

Se estima que dicha afirmación es sostenible, en la medida que en el artículo 472 antes mencionado, la ley jamás habla de dinero sino que utiliza la expresión "valores", por lo que en principio todo otro bien distinto del dinero y que pueda apreciarse pecuniariamente caerá dentro de esta expresión legal<sup>13</sup>, y porque además la norma no limita la operación únicamente a los mutuos, ya que expresamente se indica que el suministro de valores puede ser "de cualquier forma", luego, no habría razón para descartar la compraventa a crédito de bienes como una de las conductas que podrían subsumirse en el tipo penal de usura.

Tratándose del segundo tipo de operación, nuestra opinión es que no debieran plantearse mayores cuestionamientos a la hora de entender subsumidas las operaciones de "avances en efectivo" dentro de las conductas que la ley ha considerado típicas al utilizar el verbo "suministrar", por cuanto la víctima efectivamente recibe dinero bajo una forma jurídica que puede equiparse a un mutuo con intereses. Con todo, esta conclusión no es suficiente para afirmar que se configure el ilícito en cuestión ya que, como se dijo, para que ello ocurra, el interés pactado deberá superar el máximo que la ley permite estipular, lo que nos lleva a aplicar las reglas que hemos expuesto en los puntos anteriores.

Por último, en cuanto al elemento subjetivo, este no presenta mayores particularidades; en efecto, se trata de una figura dolosa, no siendo necesario que el autor abuse de alguna situación específica de la víctima. Es decir, y a diferencia de otras figuras del Código como el estupro, no se exige que se saque provecho de una circunstancia que afecte a la víctima, luego, la eventual situación de apremio económico en la que se puede encontrar el sujeto pasivo es completamente irrelevante para el juicio de tipicidad.

En cuanto al bien jurídico protegido, los autores nacionales mencionan al patrimonio, a la libre voluntad y a la economía monetaria del país<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr., Labatut tomo II, p. 330, Etcheberry tomo III, p. 476 y Garrido Montt tomo IV, p. 394. Pareciera que Politoff, Matus, Ramírez, limitan el ámbito de aplicación del tipo únicamente a las operaciones de crédito *en* dinero. "Lecciones..." Parte Especial, p. 463.

<sup>14</sup> Véase por todos, Garrido Montt, tomo IV, p. 393.

## b. Posible configuración conjunta de infracciones administrativas-civiles y figuras penales

Refiriéndonos ahora al segundo punto enunciado al comienzo de este apartado, debe señalarse que atendido que el artículo 39 de la Ley del Consumidor establece que "Cometerán infracción a la presente ley, los proveedores que cobren intereses por sobre el interés máximo convencional a que se refiere el artículo 6º de la ley N°18.010, sin perjuicio de la sanción civil que se contempla en el artículo 8º de la misma ley", es decir, que se contempla una sanción no penal para el caso en que una casa comercial pacte y perciba un interés "excesivo", podría ocurrir que un mismo comportamiento fuera sancionado tanto por la justicia penal como por la civil, planteándose la interrogante acerca de la legalidad de dicha "doble" sanción.

Como antecedente que pudiera orientar esta reflexión, consideramos importante destacar que de acuerdo con la Historia de la Ley del artículo 39 antes mencionado, la inclusión de esta norma en el proyecto de Ley del Consumidor, tuvo por objeto, en palabras del Director del SERNAC de la época, "que el cobro de intereses excesivos constituya una falta", agregando que "Al crearse la figura contravencional, se sanciona al acreedor abusivo y se entrega al consumidor un procedimiento más ágil que el juicio ordinario, radicando el caso en el Juzgado de Policía Local, que dicta sentencia luego de un único comparendo de contestación y prueba"15. Luego, a partir de estos antecedentes podrían algunos sostener la existencia de una suerte de relación de especialidad entre esta figura infraccional y la de usura, que llevara a privilegiar su aplicación por sobre la de aquel delito cuando se tratara de créditos otorgados con cargo a tarjetas de crédito emitidas y/u operadas por casas comerciales, atendido que de acuerdo a la misma Historia de la Ley antes citada, el artículo 39 habría permitido regular y sancionar específicamente el cobro de intereses en la venta de bienes pagaderos a plazo"16, aspecto que en opinión del legislador, con anterioridad a dicha norma, no se encontraba incluido dentro de la regulación que al respecto se establece en el artículo 6º de la Ley 18.010 y al que precisamente se entiende remitido el tipo penal del artículo 472 cuando señala que se sanciona como autor del delito de usura al que suministrare valores, de cualquiera manera que sea "a un interés que exceda del máximo que la ley permita estipular".

Sin embargo, esta conclusión nos parece objetable, entre otras razones, por la diferencia ontológica de las sanciones legales aplicables, situación que no podría explicar lógicamente la exclusión de una en virtud de la aplicación de otra y porque existen además divergencias importantes en cuanto al sujeto pasivo de la sanción, ya que mientras quien puede ser castigado de acuerdo a la Ley del Consumidor es el proveedor, el que de ordinario será un agente

<sup>15</sup> Ob. cit.2.

<sup>16</sup> Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado evacuado en Segundo Trámite Constitucional del Proyecto que crea la Ley del Consumidor, BOLETÍN N°446-03.

económico y por tanto una persona jurídica, los únicos que pueden ser sancionados por la normativa penal serán las personas naturales, por lo que con ello no se darían dos de los requisitos que tradicionalmente la doctrina ha considerado parte de la denominada "triple identidad" que se exige, para que nos encontremos frente a una situación de posible vulneración del principio "ne bis in idem".

De acuerdo con ello, se considera entonces que en caso de acreditarse la existencia de cobros excesivos de intereses en operaciones que se realicen con cargo a una tarjeta de crédito emitida por una casa comercial, superando el máximo convencional que la ley permite estipular, podrían entenderse configurados tanto el delito de usura como la infracción establecida en el artículo 39 de la Ley del Consumidor, pudiendo también imponerse de forma conjunta, sin afectar el principio antes mencionado, las sanciones que para uno y otro caso ha establecido la ley.

#### FIGURAS DE OCULTAMIENTO Y CONTACTO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Angélica Torres Figueroa<sup>1</sup>

#### I. Introducción

A ocho años de la entrada en vigencia de la Ley 19.913 y existiendo a la fecha 38 sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero en Chile, el presente artículo tiene por objeto efectuar un análisis jurisprudencial, que busca determinar cuál ha sido la aplicación práctica de esta normativa, particularmente en lo que se refiere al reconocimiento de las figuras de ocultamiento y de contacto, ambas previstas en el artículo 27 de la referida ley.

Antes de efectuar dicho análisis, se realizará una breve revisión de dicho artículo, y una descripción de actos de ocultamiento o disimulación que se han venido repitiendo sistemáticamente en investigaciones de lavado de dinero, y que parte de la doctrina denomina como "Tipologías".

Posteriormente, el análisis de jurisprudencia se dividirá en dos secciones:

En la primera de ellas se realiza una revisión crítica de cinco sentencias condenatorias dictadas por Tribunales Orales en lo Penal desde el año 2008 hasta mayo de 2011, analizando el razonamiento de los sentenciadores en la materia referida<sup>2</sup>.

La segunda sección hará una breve referencia al estado de la situación en Tribunales de Garantía, teniendo en consideración 30 sentencias condenatorias dictadas en procedimiento abreviado, desde el año 2007, hasta junio de 2011<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Abogada de la Unidad Especializada de Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>2</sup> Se hace presente que a la fecha existen 6 sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero dictadas por Tribunales Orales en lo Penal; sin embargo, la primera de ellas, dictada el 23 de octubre de 2007 en causa RUC 0300139452-4 (Yaupel), fue dictada bajo la vigencia de la Ley 19.366, aplicándose el artículo 12 que sancionaba este delito y por ese motivo no será analizada en este artículo.

<sup>3</sup> Si bien es cierto a la fecha existen 31 sentencias condenatorias dictadas en procedimiento abreviado y 1 sentencia condenatoria dictada en procedimiento simplificado, no se analizará una de las sentencias condenatorias en procedimiento abreviado y la única sentencia condenatoria en procedimiento simplificado, puesto que ambas condenan por la figura de "Lavado Culposo" previsto en el artículo 27 inciso 4º de la Ley 19.913, figura que, por sus particulares características, excede ampliamente el contenido del análisis que se realiza en este artículo.

#### II. El tipo penal de lavado de dinero

El artículo 27 de la Ley 19.913 establece:

Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

Así, del propio texto del artículo 27 se desprende que actualmente nuestra legislación sanciona a título de lavado de dinero, dos tipos de conductas o figuras distintas; las denominadas figuras de ocultamiento y las llamadas figuras de aislamiento o contacto.

#### 1. Figura de ocultamiento

Mediante la letra a) del artículo en comento, se sanciona "El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos (...); o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes".

Esta figura de ocultamiento, o el lavado de dinero entendido en su acepción clásica, implica, en palabras de Prams que "el blanqueo de capitales, como fenómeno, es un proceso, (...) tiene por objeto destruir las pistas o indicios que conducen a la fuente generadora de los bienes, esto es, al delito previo".

De acuerdo con Manríquez, tal es el sentido de las voces "ocultar" o "disimular", ya que ambas encierran la idea de no develar el origen de una cosa, o mostrarlo de manera diferente o sólo en parte, con un despliegue de comportamientos activos de cualquier índole (...) El núcleo de la conducta punible se encuentra en actuar para que no se manifieste el origen ilícito de determi-

<sup>4</sup> Prambs Julián, Claudio. El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 76-77.

nados bienes, o que aquél aparezca teñido de cierta legitimidad. El injusto que devela el comportamiento típico emana de la acción final y motivada por borrar el origen espúreo, haciéndolo imperceptible, de difícil o imposible pesquisa y, por tanto, afectando la eficacia de la función investigativa y de la potestad sancionatoria<sup>5</sup>.

Del propio artículo 27 letra a) se desprende que el ocultamiento o disimulación pueden referirse tanto al del origen ilícito de los bienes, como a los bienes en sí mismos.

Por otra parte, el ocultamiento o disimulación pueden presentarse "de cual-quier forma". En la práctica, tanto a nivel internacional como interno, ha podido observarse que existen ciertos actos de ocultamiento o disimulación que se han venido repitiendo sistemáticamente en causas de lavado de dinero. Como señala Paul Allan Schott, estos actos varían desde pequeños depósitos de dinero en efectivo en cuentas corrientes bancarias (para transferirlos posteriormente) hasta la compra y venta de artículos de lujo, tales como antigüedades y joyas. Los fondos ilícitos también pueden transferirse a través de una serie de transacciones financieras internacionales complejas<sup>6</sup>. Dentro de estos actos, denominados "Tipologías de Lavado de Dinero", pueden mencionarse a modo de ejemplo, los siguientes:

- Utilización de testaferros: Esta tipología consiste en colocar bienes a nombre de personas que no son sus legítimos dueños, sino terceros que aparentan serlo con el objeto de ocultar el origen de los mismos.
- Creación de sociedades pantalla o de papel: Se trata de empresas creadas para justificar ingresos de origen ilícito.
- Adulteración de documentación contable o tributaria: Implica, por ejemplo, modificar estados de flujo de caja o facturas. En muchos casos resulta relevante el rol de los contadores.
- Pitufeo: Se refiere al fraccionamiento de determinadas operaciones, con el objetivo de evitar controles asociados a un determinado monto de dinero.
- Triangulaciones: A través de esta tipología se logra diversificar el dinero ilícitamente obtenido en varias cuentas y transacciones, lo cual permite crear
- 5 Manríquez R., Juan Carlos. Delitos de blanqueo y lavado de activos en el marco de operaciones sospechosas, en línea [http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com\_content&view=article&id=181:delitos-de-blanqueo-y-lavado-de-activos-en-el-marco-de-operaciones-sospechosas-&catid=41:parte-especial&Itemid=27] Fecha de consulta: 18 de octubre de 2011.
- 6 Allan Schott, Paul. Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Banco Mundial, Washington, 2003, p I 10.
- 7 En relación con las tipologías reconocidas para la región, puede consultarse directamente el documento Tipologías Regionales GAFISUD 2010, a través del link http://www.gafisud.info/pdf/TipologasRegionales2010FINAL.pdf

distintas capas entre el origen del dinero y la cuenta bancaria final desde donde es retirada o hacia donde es depositada para su posterior uso.

- Utilización de terceras personas para realizar operaciones: Generalmente son utilizados contadores o abogados, quienes realizan operaciones en nombre de otro, que no tiene forma de justificar las operaciones efectuadas.

#### 2. Figura de aislamiento o contacto

Mediante el artículo 27 letra b) se sanciona a "El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito".

Esta figura de "aislamiento" o "contacto" prevista por nuestra legislación, no hace sino reconocer la tendencia legislativa predominante, que se inclina por ir un paso más allá de la sola figura de ocultamiento, sancionando inclusive las "prohibiciones de contacto" con el producto de determinados delitos base, lo que no coincide, o a lo menos no siempre, con el encubrimiento<sup>8</sup>.

#### III. Análisis de jurisprudencia

#### 1. Sentencias condenatorias dictadas en Tribunal Oral en lo Penal

a) Sentencia dictada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC 0500683346-4, con fecha 18 de agosto de 2008 (Pilar del Norte)

El Ministerio Público en este caso invocó en forma conjunta las letras a) y b) del artículo 27 de la Ley 19.913, teniendo en consideración que el acusado, con pleno conocimiento del origen ilícito del dinero utilizado, realizó una serie de gestiones con el objeto de poder recepcionar los dineros generados por la organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, y ocultar y disimular su origen ilícito. Es así como se encargó de seleccionar y evaluar dentro de las ofertas del mercado financiero aquellas alternativas que pudiesen levantar un menor grado de sospechas en la internación del dinero, para posteriormente asegurarse que sirvieran para cumplir con el objetivo que se había propuesto realizar, optando, finalmente, por depositar dichos dineros en las cuentas corrientes que mantenía abiertas en dos bancos de la plaza. Por otra parte, los dineros recibidos por el imputado fueron usados directamente en su beneficio y provecho, aumentando los volúmenes de sus negocios y adquiriendo bienes para sí. De esta forma, el Ministerio Público consideró que el imputado había realizado tanto actos de ocultamiento como actos de contacto.

<sup>8</sup> Hernández Basualto, Héctor. "Límites del tipo objetivo de lavado de dinero". Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 497.

Destacable resulta esta sentencia, en primer lugar, por ser la primera dictada bajo la vigencia de la Ley 19.913, sin la experiencia de condenas previas bajo esta normativa, ni de mucha doctrina nacional en la materia. En segundo lugar, resulta también destacable por cuanto, a pesar de no condenar por la letra a) del artículo 27, el Tribunal logra identificar figuras de ocultamiento, como por ejemplo la preocupación demostrada por el acusado al momento en que los dineros eran transferidos a sus cuentas, por no contar con justificación alguna para dichos flujos, preocupación que compartió con su contador y ejecutivo bancario; además tuvo por acreditada la alteración de documentación contable efectuada por el acusado; tuvo por acredito que el acusado recibió dinero por medio de casas de cambio, aprovechando la falta de controles que sobre éstas recaen, verdaderas tipologías de lavado de dinero, que han sido recogidas por la jurisprudencia y doctrina posteriores.

Como se señaló, el Tribunal condena sólo por el artículo **27 letra b)** de la Ley 19.913, es decir, por la figura de aislamiento o contacto, desechando así la imputación de la figura de ocultamiento, en virtud de los siguientes argumentos:

"En cuanto a la letra a) del mentado artículo 27, estos sentenciadores estiman que no concurre en la especie, toda vez que las actividades desarrolladas por el acusado, una vez ingresados tales dineros en sus cuentas corrientes, forman parte de la conducta propia del delito de tráfico de drogas, al comprar con dichos bienes los insumos para el ocultamiento y posterior exportación de la droga que se encontraba en la casa de Kennedy 301, Linares, por lo que sancionar al referido acusado como autor de tal figura significaría afectar el principio del non bis in ídem, ello porque dicho tipo penal tiene por fin, principalmente, impedir que se practiquen las medidas cautelares sobre los bienes o su descubrimiento y comiso o eliminar los medios de prueba del delito previo, lo cual fundamenta la conducta de ocultamiento o disimulación. Es decir, con esta conducta el legislador está sancionado a aquella persona que recibe de un tercero dineros o bienes que provienen de alguno de los delitos de la ley de drogas y que posteriormente, oculte o disimule dichos bienes ilícitos, con el propósito que dicho tercero confunda esos dineros con el propio patrimonio del sujeto activo y a partir de ese ocultamiento realice conductas de carácter lícitas que le generen a la vez ganancias también lícitas evitando con ello una persecución penal respecto del sujeto que distrae dichos bienes de origen ilícito".

En este caso el Tribunal estimó necesario que el acusado "deba recibir dineros de un tercero" para configurar la conducta típica, refiriéndose a la figura de ocultamiento contemplada en el artículo 27 a). Sin embargo, cabe hacer presente que en ningún caso la ley exige ese elemento adicional, inclusive despeja toda duda que pudiera suscitarse a este respecto en el artículo 27 inciso final, al establecer "si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta".

Respecto a la aplicación de la letra b) del artículo 27, el Tribunal no realiza un análisis exhaustivo, sino más bien se enfoca en argumentar por qué no es procedente aplicar la letra a), en los términos ya señalados.

b) Sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, en causa RUC 0700704675-2, con fecha 18 de enero de 2010 (La Mona)

En este caso, el Ministerio Público invocó en forma conjunta la configuración de las conductas sancionada en las letras a) y b) del artículo 27, teniendo en consideración que la acusada a sabiendas que determinados dineros y bienes provenían directa o indirectamente de la realización reiterada y sistemática de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes en las cuales ella participaba directamente, ocultó y disimuló su origen ilícito y los bienes en sí mismos. La acusada abrió, mantuvo y utilizó numerosas cuentas bancarias a nombre de sus hijos menores, utilizándolos como testaferros. Además, la acusada realizó compras de inmuebles y vehículos a nombre propio, con dineros producidos por el tráfico de droga.

El Tribunal sancionó por ambas conductas, sin detallar sin embargo qué actos son considerados como de ocultamiento o de contacto; argumenta que el artículo 27 letras a) y b) sancionan a las personas que, de cualquier forma, oculten o disimulen el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen directa o indirectamente, de la perpetración de alguno de los delitos contemplados en la Ley 20.000. Continúa entregando una definición de lo que ha de entenderse por ocultamiento o disimulación, señalando que "El ocultar o disimular es esconder, tapar o encubrir algo, callar, disfrazar o solapar algo para que parezca distinto de lo que es. Con este significado se puede decir que, si una persona cuenta con algún bien (del cual no desea se sepa su origen) lo disfraza y oculta su procedencia". Finalmente destaca que, en virtud del inciso final del artículo 27, es posible sancionar a la acusada por tráfico de drogas y por lavado de dinero. Sin embargo, al ejemplificar las conductas de ocultamiento a las que se venía refiriendo, el Tribunal mezcla dichas conductas con aquellas que corresponden a la figura de contacto, mencionando los actos de adquisición, posesión, uso y tenencia realizados por las acusadas. Inclusive señala: "El adquirir bienes y efectuar depósitos constituyó una forma de ocultar y encubrir el origen ilícito del dinero obtenido con la venta de droga".

c) Sentencia dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC 0700500869-1, con fecha 11 de diciembre de 2010 (Los Cavieres)

En este caso, el Ministerio Público invocó conjuntamente las letras a) y b) del artículo 27, considerando que concurría tanto la figura de ocultamiento como la de contacto.

Dentro de los actos constitutivos de lavado de dinero, refiere que tres de los acusados, con el objeto de ocultar el dinero generado por la organización cri-

minal y darle una apariencia de licitud, crearon la sociedad comercial inmobiliaria "Los Robles Limitada"; por otra parte, uno de los acusados a fin de ocultar o disimular el origen ilícito, como también su calidad de propietario, dispone que se inscriba o permanezca inscrito a nombre de Ariel Marín, quien actúa como testaferro, el vehículo Station Wagon Marca Chevrolet, Modelo Captiva LS, Placa Patente Única TW. 6379. También se observa la utilización de testaferros en la adquisición de otros vehículos y armas.

Resulta interesante la figura imputada a Ariel Marín, abogado de la agrupación, a quien se acusó por haber actuado como testaferro, permitiendo que se inscribieran a su nombre vehículos pagados por Alejandro Cavieres y Héctor Morales con dinero proveniente del tráfico de drogas, y además, por haber recibido dineros de la organización para el pago de diversos servicios que él les prestó a los distintos integrantes de ésta.

Además, en el caso de algunos acusados existe adquisición de armas, joyas, vehículos, inmuebles y caballos fina sangre inscritos a nombre propio con dinero procedente del tráfico ilícito de estupefacientes.

El Tribunal, por su parte, realizó un análisis exhaustivo de cada una de las figuras invocadas por el Ministerio Público, para cada uno de los acusados, efectuando una distinción clara entre actos de ocultamiento o actos de contacto, de la siguiente forma:

i) <u>Alejandro Cavieres y Clara Tobar</u>: El Ministerio Público refirió las siguientes conductas: **Adquisición a nombre propio**, con dineros provenientes de tráfico ilícito de estupefacientes, de inmuebles, vehículos, joyas y un caballo fina sangre.

El Tribunal estimó que la adquisición de bienes y servicios con dineros obtenidos o provenientes de la actividad del tráfico de drogas resulta subsumible en el tipo penal del artículo 27 letra a) de la Ley 19.913, toda vez que los acusados han buscado dar legitimidad a los dineros fraudulentamente obtenidos, por la vía de transformarlos o sustituirlos por otros, lo que en definitiva "oculta o disimula su origen". Continúa su razonamiento explicando que "de acuerdo a la definición de la Real Academia Española "disimular" significa: Disfrazar u ocultar algo, para que parezca distinto de lo que es; y el vocablo "ocultar": Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista. Y esto es lo que justamente vemos en el caso sublite. Vemos cómo adquieren bienes muebles e inmuebles de fácil circulación, en el sentido de tener la posibilidad de disponer de ellos y transferirlos de manera sencilla y rápida, como por ejemplo en el caso de las joyas y los vehículos con el fin de alejarlos de la ilicitud de su origen. En otras palabras, en el caso particular de Cavieres y Tobar, ellos por si mismos han dado inicio al ciclo de lavado del dinero aprovechándose personalmente de los beneficios generados por la actividad de tráfico".

Es relevante tener en consideración que el Tribunal aprecia que existe figura de ocultamiento, en la medida que los bienes adquiridos son "de fácil circula-

ción" y por ende se puede disponer de ellos y transferirlos de manera simple. De no ser así, consideramos que el Tribunal estaría errado en su apreciación, en la medida que simplemente estaríamos frente a una figura de contacto.

ii) <u>Ariel Marín</u>: Como se señaló, el acusado actuó como testaferro, permitiendo que se inscribieran a su nombre vehículos adquiridos por Alejandro Cavieres y Héctor Morales con dinero proveniente del tráfico de drogas, quienes en realidad podían disponer de dichos bienes. Al acusado Marín, además, le era permitido usar uno de los vehículos de propiedad de Cavieres.

El razonamiento del Tribunal, en cuanto a su actuación como **testaferro**, es que las acciones imputadas y acreditadas respecto del acusado Ariel Marín resultan subsumibles en el tipo penal del artículo **27 letra a**) de la Ley 19.913 toda vez que la adquisición de los vehículos ha tenido por objeto ocultar y disimular el verdadero origen de los dineros de Alejandro Cavieres, para lo cual el acusado Marín Cáceres prestó su nombre y su identidad, haciéndose pasar frente al sistema legal, tributario y financiero como el real propietario de las especies mencionadas.

Respecto al **uso del vehículo** de propiedad de Cavieres, el Tribunal estima que esa acción resulta subsumible en el tipo del artículo **27 letra b).** Interesante resulta el razonamiento efectuado en relación al ánimo de lucro exigido por el tipo penal para estar ante la figura de contacto, ya que el Tribunal entiende que en este caso no se materializa en un provecho puramente económico sino "en la comodidad y agrado que otorga desplazarse en uno de estos vehículos que podríamos considerar de lujo".

iii) Héctor Morales: El Ministerio Público imputa dos conductas constitutivas de lavado de dinero: la primera de ellas, es la creación de una empresa de fachada y la segunda es el adquirir un vehículo a nombre de un tercero, es decir, utilizar un testaferro. Condena por el artículo 27 letra a), considerando que "se han acreditado una serie de eventos que permiten llegar a la convicción que las acciones desplegadas por el acusado tenían por finalidad legitimar e ingresar al sistema formal los dineros o utilidades que le reportaba la actividad del tráfico de estupefacientes, la cual a su vez se encuentra debidamente acreditada, debido a la inversión de fuertes sumas de dinero bajo la forma de adquirir vehículos y formar una sociedad de responsabilidad limitada destinada a incorporarse al mercado inmobiliario, todo ello en un periodo de no más de seis meses desde que salió de la cárcel luego de haber permanecido privado de libertad desde el año 98". El Tribunal considera elementos como "la cantidad de dinero invertida, el tiempo de libertad que llevaba Héctor Morales, la necesidad permanente de justificar sus ingresos son elementos que nos permiten presumir fundadamente el elemento volitivo de las acciones desplegadas en orden al deseo de "blanquear" los dineros ilegítimamente obtenidos, resultando por ende subsumibles en el tipo penal del artículo 27 letra a) de la ley 19.913".

iv) <u>Sebastián Garau y Luis Valenzuela</u>: El Ministerio Público les imputa como conductas constitutivas de lavado de dinero, el haber concurrido a la formación de una **sociedad de fachada**.

El Tribunal considera que esta conducta encaja dentro del artículo 27 letra a). Es relevante su razonamiento en cuanto no tiene en consideración si efectivamente los acusados aportaron el capital social que se indica en la constitución o no, señalando que respecto al aporte existen dos posibilidades: "Una posibilidad es que dicho aporte nunca se realizó realmente o bien, que si hizo un aporte de \$7.000.000 pero, con dineros provenientes del tráfico, pues conforme lo ya razonado, no se acreditó que Garau tuviera otras fuentes de ingreso diversas al proveniente de su participación de los tráficos de Héctor Morales". Para el Tribunal, en cualquiera de los dos casos, lo importante es el elemento subjetivo, el conocimiento que los acusados tenían de que "por la vía de la constitución de la Inmobiliaria Los Robles, se justificarían ante los órganos fiscalizadores los dineros ilegítimamente obtenidos por su agrupación, es que su conducta se subsume en los verbos rectores "ocultar o disimula" el origen de los bienes".

d) Sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, en causa RUC 0800331065-6, con fecha 4 de mayo de 2011 (Martillo)

En este caso, el Ministerio Público acusó por el artículo 27 letras a) y b), haciendo una clara distinción entre conductas de ocultamiento y de contacto.

De esta forma, identifica dentro de los actos de **ocultamiento** por parte de Reinedio González la adquisición e inscripción de bienes muebles e inmuebles a nombre de su pareja Fabiola Quintana, quien servía como **testaferro** de la asociación con el fin de desvincular los mismos de la actividad de dicha organización, ya que el propio acusado no realizaba ninguna actividad económica lícita que le permitiera justificar la adquisición de dichos bienes.

En este mismo grupo, incluye la utilización de **negocios de fachada**: se trata de dos salones de pool y una botillería, negocios comerciales mediante los cuales el acusado González intentaba dar apariencia de legalidad al dinero procedente del tráfico ilícito de drogas.

Respecto a la figura de **contacto**, es decir, actos de adquisición, tenencia y uso el Ministerio Público refiere la **utilización de los bienes** adquiridos a través de testaferros por parte de Reinedio González y en general su grupo familiar; la utilización del dinero obtenido de las venta de drogas para su mantención y la de su familia y la compra, con dineros producidos en sus actividades reiteradas de tráfico de drogas, de varios bienes muebles.

El Tribunal, por su parte, sólo sanciona por la hipótesis prevista en el artículo **27 letra a).** No se refiere a la figura de testaferro y a la empresa de fachada por separado, sino que considera que Fabiola Quintana ha actuado como **mandataria informal** de González. Señala: *"Es por ello que utilizaba a su conviviente* 

para que ese dinero tributara y figurara oficialmente como procedente de una actividad lícita, escondiendo o disfrazando así la existencia de fondos obtenidos de forma ilegal para hacerlos parecer legítimos, y para estos efectos el acusado transformó a Fabiola Quintana en una mandataria informal para que contratara a nombre de ella a fin de no aparecer él en la vida pública. Estos hechos constituyen una infracción al artículo 27 letra a) de la ley 19.913 que prevé y sanciona el lavado y blanqueo de activos, al ejecutar el acusado acciones de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes obtenidos con ganancias del narcotráfico".

Continúa el Tribunal señalando expresamente por qué no es procedente sancionar por el artículo 27 letra b), afirmando que "no se constituyó la hipótesis de la letra b) del artículo 27 de la ley número 19.913, por cuanto en ella se castiga a quienes adquieran, posean, tengan o usen los referidos bienes con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos han conocido su origen ilícito, cual no es el caso del acusado, toda vez que no es receptador en la cadena de lavado de activos".

e) Sentencia dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC 0700935945-6, con fecha 22 de mayo de 2011 (Los Gaete)

En este caso, el Ministerio Público invocó las letras a) y b) del artículo 27, identificando conductas tales como el uso de testaferros para la adquisición de inmuebles, sin que éstos fueran inscritos en el Conservador de Bienes Raíces; utilización de testaferros para la adquisición de vehículos y la creación de una sociedad de fachada. También menciona el haber encontrado oculto en el entretecho de los domicilios de los acusados, importantes cantidades de dinero. Invoca, finalmente, la adquisición de bienes a nombre propio.

Al igual que en la sentencia del caso "Los Cavieres", el Tribunal realiza un análisis detallado de las conductas de cada uno de los imputados, catalogándolas como figuras de ocultamiento o de contacto. Sin embargo, existen algunas peculiaridades en el razonamiento realizado en esta sentencia, que hacen necesario detenerse en ellas.

i) Marcelo Gaete y Saina Castillo: El Tribunal tiene por acreditado que el acusado Marcelo Gaete, encontrándose privado de libertad, adquirió bienes muebles, específicamente vehículos motorizados, obtenidos con dineros provenientes del tráfico de drogas, inscribiendo algunos a su nombre y otros a nombre de terceros, (uso de testaferros) uno de los cuales fue usado regularmente por Saina Figueroa. Los acusados Saina Castillo y Marcelo Gaete Bolados adquirieron bienes inmuebles, procediendo Saina Castillo Figueroa a intervenir como compradora de una de las propiedades, mientras que en relación a la segunda, intervino como adquirente, en calidad de testaferro Jonathan Adolfo Pérez Soto, comportándose Gaete y su pareja como señores y dueños de los referidos inmuebles. Los acusados además, mantenían oculta al interior del entretecho de su domicilio, la cantidad de \$213.461.600; ade-

más, el acusado Marcelo Gaete, instruyó a Jorge Antonio Rivera Insunza y a su sobrino Alex Enrique Ormazábal Gaete para que constituyeran una sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Lealtad Autos", **destinada a ocultar y disimular** los recursos provenientes de la ejecución sistemática del delito de tráfico de drogas, mediante la vía de adquirir vehículos motorizados que eran mantenidos en exhibición para su venta en un local comercial destinado al funcionamiento de dicha automotora.

El Tribunal condena por el artículo 27 letras a) y b), entendiendo que "el verbo rector que se configura, en el caso de los es variable según el tipo de bien de que se trate".

De esta forma, considera que en relación al dinero encontrado al interior del entretecho, se trata de un ocultamiento material de bienes, en los términos del artículo 27 letra a) de la Ley 19.913, mientras que, en relación a los otros bienes, se configura más bien la hipótesis de la letra b) del artículo 27, puesto que se trata de bienes que **fueron adquiridos** o ingresaron al **uso**, goce y beneficio de los imputados, cuya compra fue disimulada por terceros. Es necesario detenerse en este punto, ya que contrario a lo que venía reconociendo la jurisprudencia previa que identifica el uso de testaferros como figura de ocultamiento, en este caso la utilización del testaferro es apreciada como una figura de contacto, en la medida que quien realmente adquiere y tiene el verdadero uso, goce y beneficio de los bienes no es el testaferro, sino los acusados. El Tribunal no hace mención a la figura de ocultamiento por quienes disponen que los bienes sean adquiridos por medio de testaferros, razonamiento que no compartimos, ya que, a pesar de comprender que el Tribunal consideró que los acusados detentaban materialmente los beneficios de los bienes así adquiridos, lo esencial del uso de testaferros es el intento de ocultar o disimular el origen de los bienes o los bienes en sí. Desde otra perspectiva: no tendría sentido usar testaferros si el objetivo primordial fuera la tenencia, uso o beneficio de los bienes, ya que este objetivo puede cumplirse sin la necesidad de recurrir a la figura del testaferro.

Discutible resulta, además, que el Tribunal considere que el "ocultar" el dinero en el entretecho constituye una figura de "ocultamiento", en los términos del delito de lavado de dinero, ya que si se considera que el bien jurídico protegido por el tipo penal es la correcta administración de justicia, no se aprecia cómo esta conducta pueda afectar dicho bien jurídico. De acuerdo a lo que se señaló en el comienzo de este artículo, la figura de ocultamiento implica un proceso que tiene por objeto destruir las pistas o indicios que conducen a la fuente generadora de los bienes, esto es, al delito previo.

Confusión causa a este respecto, además, que la misma sentencia añada "en lo que respecta al dinero en efectivo, el tribunal estima que su depósito en sacos en el entretecho de la morada de los acusados, constituye una conducta que escapa a la mera situación de agotamiento de un delito de tráfico determinado, pues revela,

atendida la gran cantidad de dinero incautado, una importante acumulación de recursos, que considerada globalmente, en la forma en que fue encontrada, se traduce en la **posesión** de bienes, en los términos del artículo 27 de la ley 19.913, configurando un acto posterior copenado que debe ser sancionado de acuerdo a esta normativa especial".

En relación a los vehículos que fueron adquiridos y se encuentran inscritos a nombre de Marcelo Gaete, el Tribunal considera que esa conducta se enmarca en la hipótesis de la letra b) del artículo 27.

Finalmente, en lo que respecta a la **sociedad de fachada**, el Tribunal señala que si bien es evidente que constituir una sociedad de responsabilidad limitada no constituye delito alguno, la acusación presentada por el Ministerio Público indicó expresamente que el acusado había dispuesto la creación de este negocio de fachada para lavar activos, lo que en concepto del tribunal conforma una conducta que podría enmarcarse en la hipótesis del artículo 27 **letra a)** de la Ley 19.913, que castiga expresamente "al que **de cualquier forma** oculte o disimule", permitiendo de esta forma, la tipificación como lavado de activos.

Sumamente rescatable resulta el argumento esgrimido por el Tribunal al referirse a los verbos rectores empleados por el Ministerio Público para describir los hechos que se imputan, al señalar que: "el tribunal quisiera dejar claramente establecido que el Ministerio Público, al presentar acusación por el delito de lavado de activos, incluyó en la descripción de los hechos, todas las hipótesis del artículo 27 de la ley 19.913, y en este sentido, contrariamente a lo que planteó la defensa, estima este tribunal, que los argumentos que el ente persecutor haya podido verter durante sus alegatos de clausura, respecto de la configuración de los verbos rectores en relación a cada imputado, no constituyen una limitación ni precisión de los términos de la acusación, y por lo mismo, estos jueces piensan que dichos alegatos, no resultan vinculantes para los sentenciadores al momento de establecer la verdadera calificación jurídica que ha de darse a cada conducta, así como el verbo rector que resulta más adecuado aplicar a cada acción contenida en la acusación".

ii) <u>Lizardo Vargas y Jonathan Pérez.</u>: Respecto a ambos, el Tribunal tuvo por acreditado que actuaron como **testaferros**, inscribiendo bienes a su nombre, en circunstancias que de acuerdo a su capacidad económica no se encontraban en condiciones de justificar tales adquisiciones. Por otra parte, los bienes nunca estuvieron verdaderamente bajo su posesión y control material, toda vez que pasaron a ser usados por miembros de la asociación ilícita. El Tribunal condena por el artículo 27 **letra a)** ya que entiende que "la inscripción de los vehículos a su nombre conforma una maniobra tendiente a encubrir frente a terceros el verdadero origen de dichos móviles, y su intervención en calidad de comprador de la parcela de Rengo, es también una estratagema destinada a ocultar la verdadera identidad del comprador de dicho bien".

Respecto a Jonathan González, agrega que, si bien él suscribió la escritura de compraventa de dicha propiedad, el control, gobierno, mantención y gestión del inmueble en comento no le correspondía a él, sino que al líder de la organización -Gaete- lo cual fluye, en primer lugar, de la circunstancia de que la propiedad nunca fue debidamente inscrita a su nombre en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces pertinente, conducta sumamente anómala, absurda e incomprensible en el caso de un comprador que ha adquirido un bien raíz con dineros que provienen de su peculio personal, y que en consecuencia, en base al análisis que se ha efectuado precedentemente, de la prueba documental y testimonial citada, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de que en la especie, en relación al acusado Jonathan Adolfo Pérez Soto, se configura el delito de lavado de activos, bajo la modalidad descrita por el verbo rector disimular el origen, del artículo 27 letra a) de la ley 19.913. Hecho este razonamiento, no puede sino ponerse en duda que quien dio estas instrucciones -Gaete- no haya incurrido también en la hipótesis de ocultamiento.

iii) <u>José Castillo y Carolina González</u>: Adquirieron mediante **testaferro** –Juan Castillo– un bien raíz con dineros provenientes del tráfico de drogas, y además, la imputada Carolina Andrea González Cáceres adquirió un vehículo con dineros provenientes del mismo negocio ilícito; Los acusados mantenían oculta al interior del entretecho de su domicilio, ubicado en Templo Votivo 844, Maipú, la cantidad de \$9.360.000.

Al igual que en el caso de Marcelo Gaete y su pareja, el Tribunal estima que el verbo rector es el previsto en la **letra b) del artículo 27**, puesto que efectivamente poseían, tenían y usaban, con ánimo de lucro, los bienes adquiridos mediante testaferro.

No se refiere el Tribunal al verbo rector aplicable para el dinero oculto en el entretecho, y en definitiva sólo hace aplicable el artículo 27 b) respecto a ambos acusados.

- iv) <u>Juan Castillo</u>: Actúa como **Testaferro**, adquiriendo un inmueble con dineros provenientes del tráfico de drogas omitiendo su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. El bien en cuestión fue pagado con dineros que José Castillo Figueroa y Carolina González Cáceres habían logrado amasar producto del tráfico de drogas.
- El Tribunal estima que se configura el delito de lavado de activos, bajo la modalidad descrita por el verbo **rector disimular el origen**, del **artículo 27 letra a**) de la Ley 19.913.
- v) <u>Jorge Rivera y Alex Ormazábal</u>: Intervinieron en la constitución de una sociedad de fachada, que permitía el blanqueo de activos a través de la adquisición de vehículos motorizados, algunos de los cuales, figuraban inscritos a nombre de **testaferros** y otros, **eran adquiridos sin que se efectuaran los**

trámites pertinentes a fin de inscribirlos a nombre de la sociedad mercantil, manteniéndose registrados a nombre de sus antiguos propietarios.

El Tribunal sanciona por el **artículo 27 letra a),** pero destaca que esta estructura está destinada a **disimular el origen de los bienes**, no a ocultar los bienes en sí mismos, mediante la creación y gestión de un negocio de pantalla, que ni siquiera figura en las bases de datos del Servicio de Impuestos Internos ni de la municipalidad respectiva, y que no tenía un movimiento tal que le hubiera permitido mantenerse sólidamente en el tiempo, si no es recibiendo el flujo de recursos ilícitos provenientes del tráfico de drogas.

vi) <u>Claudia Monsalve y Alexander Garrido</u>: Adquirieron mediante **testaferro** una propiedad raíz con dineros provenientes del tráfico de drogas; **Adquirieron e inscribieron a su nombre** vehículos motorizados, obtenidos con dineros provenientes del tráfico de drogas; **Mantenían oculta** al interior del entretecho de su domicilio, ubicado en Avenida Tres Poniente 0742, Maipú, la cantidad de \$36.980.060.

El Tribunal entiende que el verbo rector en el cual debe subsumirse la conducta de los acusados corresponde al de la letra b) del artículo 27 de la Ley 19.913, puesto que efectivamente poseían, tenían y usaban, con ánimo de lucro, los referidos bienes.

No se refiere el Tribunal al verbo rector aplicable para el dinero oculto en el entretecho, y en definitiva sólo hace aplicable el artículo 27 b) respecto a ambos acusados.

vii) <u>Juan Garrido</u>, <u>Wilfredo Pérez</u>, <u>Jorge Morales</u>: Actuaron como **testaferros**. Adquirieron e inscribieron a su nombre vehículos motorizados, obtenidos con dineros provenientes del tráfico de drogas, los que pertenecían a la organización criminal, la que ejercía el verdadero control y poder de disposición respecto de dicho móvil.

El tribunal ha entendido, que el verbo rector que se configura, consistió en disimular el origen de los activos, (artículo 27 letra a) ) puesto que el vehículo que adquirió con fondos ajenos, y que él, de acuerdo a su capacidad económica no se encuentra en condiciones de justificar, nunca estuvo verdaderamente bajo su posesión y control material, toda vez que pasó a ser usado para los fines específicos de la asociación ilícita lo cual revela que la inscripción de éste a nombre de terceros conforma una maniobra tendiente a disimular el verdadero origen del dinero empleado en su adquisición.

2. Sentencias condenatorias dictadas por Juzgados de Garantía

En primer lugar, es importante señalar que del total de treinta sentencias condenatorias analizadas, dictadas en procedimiento abreviado, veintiséis de ellas tuvieron como delito base tráfico de drogas, dos tuvieron como delito base fraude al fisco, una tuvo como delito base trata de blancas y una tuvo como delito base varios hechos de corrupción, a diferencia de lo ocurrido en los Tribunales Orales en lo Penal, donde el único delito base ha sido tráfico ilícito de drogas.

En relación a las condenas, cabe destacar que prácticamente ninguna de ellas razona sobre la calificación jurídica invocada, los verbos rectores empleados por el Ministerio Público o las tipologías atribuidas para los casos de ocultamiento. De esta forma, se ha condenado en veintiún sentencias tanto por la figura de ocultamiento, como por la figura de contacto, en los casos que el Ministerio Público ha entendido que concurren ambas conductas.

En seis sentencias se condenó sólo por artículo 27 letra a)<sup>9</sup>. Esto se explica porque en estos seis casos el Ministerio Público sólo llevó a audiencia de procedimiento abreviado a aquellas personas que actuaron como testaferros en cada una de las causas, acusando a los demás imputados en audiencias diferentes. En estos seis casos el Ministerio Público funda su acusación en el artículo 27 letra a) de la Ley 19.913, entendiendo que el actuar del testaferro corresponde a una figura de ocultamiento, siendo acogido este planteamiento por los tribunales en esos términos.

En tres sentencias se condenó sólo por artículo 27 letra b). En causa RUC 0900493160-k, el Ministerio Público invoca las letras a) y b) del artículo 27, pero en definitiva el Tribunal sólo condena por la figura de contacto, al considerar que la acusada adquirió distintos bienes, los cuales figuraban inscritos a su nombre conociendo el origen ilícito de dichos bienes, toda vez que de acuerdo a su patrimonio y capacidad económica no registraba ingresos suficientes para poder adquirir dichos bienes por sí sola. En causa RUC 100584774, el Ministerio Público acusa por la letra b) del artículo 27, considerando que la acusada poseyó y usó bienes adquiridos por la asociación de personas dedicadas al tráfico de drogas liderada por los hermanos Trujillo Muñoz y Ferrada Muñoz con dinero proveniente del tráfico de drogas, así como también usó bienes adquiridos con dicho dinero. En causa RUC 1100405262-7, el Ministerio Público acusa por la letra b) del artículo 27, mismo artículo por el que finalmente condena el Tribunal.

En relación con las tipologías que se pudo detectar en las sentencias que condenaron por la figura de ocultamiento, se encuentran las siguientes:

<sup>9</sup> Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2007, dictada en causa RUC 0700177992-8; Sentencia de fecha 18 de agosto de 2009, dictada en causa RUC 0800315346-1; Sentencia de fecha 11 de marzo de 2010, dictada en causa RUC 0800165077-8 ;Sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, dictada en causa RUC 0901120081-5; Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2010, dictada en causa RUC 0800315346-1; Sentencia de fecha 25 de abril de 2011, dictada en causa RUC 1100405262-7

- Veinticuatro sentencias reconocen uso de testaferros<sup>10</sup>, figura que se presenta de la misma forma que en las sentencias dictadas por Tribunales Orales en lo Penal.
- Doce sentencias reconocen la creación de empresas de fachada, en los mismos términos que los Tribunales Orales en lo Penal<sup>11</sup>.
- Tres sentencias identifican el cambio de divisas y utilización de casas de cambio 12. Así por ejemplo, se establece en una de ellas que una de las acusadas se encargaba de coordinar y/o ejecutar el cambio del dinero obtenido por la venta de drogas en divisas, además de guardar y transportar dicho dinero tanto para su cambio en divisas, su ocultamiento, el pago de bienes adquiridos por la organización, la manutención de los integrantes de la organización, el traslado de dinero para el pago del precio de la droga adquirida por la organización colaborando de esta forma para que la organización dispusiera de dinero necesario para la consecución de sus fines, estos es adquirir droga, pagar su precio y además permitir la manutención y nivel de vida del grupo familiar.
- Dos sentencias reconocen la utilización de mandatarios informales<sup>13</sup>. Así, señala una de ellas que, es posible advertir actos de ocultamiento o disimulación de los bienes provenientes del delito, ya que algunos de los imputados actuaban como depositarios y mandatarios de los dineros que generaba el tráfico de drogas. De esta manera José Codecido Labra actuó como testaferro inscribiendo a su nombre, debiendo conocer el origen de los mismos, los vehículos placas patentes únicas MX. 3054 y XS.3874. Asimismo, actuó como mandatario de Rodrigo Codecido Candia al guardar dineros provenientes del delito de tráfico, señalándosele cuando y a quien debía hacer entrega de los mismos.
- Dos sentencias reconocen la existencia de transferencias de fondos y triangulaciones<sup>14</sup>. Así por ejemplo, en causa RUC 1100174530-0 los imputados transfirieron montos considerables de dinero a través del sistema bancario, utilizando las cuentas bancarias de diversas personas, en especial la del padre de uno de los acusados. Con el despliegue de tal conducta, se pre-

<sup>10</sup> Veintitrés de ellas tienen como delito base tráfico de drogas y una tiene como delito base fraude al Fisco.

<sup>11</sup> Nueve de ellas tienen delito base tráfico de drogas, dos de ellas tienen como delito base diversos hechos de corrupción (ambas dictadas en RUC 0700364527-9) y una tiene por delito base trata de blancas, (RUC 0600598177-6).

<sup>12</sup> Causa RUC 1000548774-4 y 0801037616-6 tienen como delito base tráfico de drogas y causa RUC 0700364527-9 fraude al Fisco.

<sup>13</sup> Se trata de sentencias dictadas los días 2 de diciembre de 2010 y 22 de febrero de 2011, ambas en causa RUC 0800315346-1. El delito base es tráfico de drogas.

<sup>14</sup> La causa RUC 1000269686-5 tiene como delito base tráfico de drogas. La causa RUC 1100174530-0 tiene como delito base fraude al Fisco.

tendía diversificar el dinero de origen ilícito y así separarlo lo más posible de su fuente, legitimándolo por su paso por cuentas de personas a priori ajenas a investigación o sospecha.

- Finalmente, una sentencia reconoce la existencia de sucesivas compras y ventas de bienes<sup>15</sup>. En este caso, el acusado con el dinero obtenido de forma ilícita, que provenía directa o indirectamente del delito de Fraude al Fisco adquirió una serie de bienes disimulando u ocultando el origen ilícito de los mismos mediante diversas formas, principalmente, haciendo creer a terceros que su dinero provenía de una serie de actividades lícitas que él señalaba desarrollar, como también efectuando sucesivas y múltiples transformaciones de los bienes con el objeto final de perder el rastro de su origen delictivo y confundir los bienes de fuente lícita e ilícita.

#### IV. Conclusión

En primer lugar, consideramos que es importante destacar la gran cantidad de sentencias condenatorias dictadas por el delito de lavado de dinero desde el año 2007 a la fecha. Los Tribunales Orales en lo Penal y Tribunales de Garantía, han abierto las puertas a sancionar por un delito completamente nuevo para nuestro ordenamiento, construyendo una base sobre la cual consideramos es posible seguir avanzando.

Respecto al análisis efectuado, puede afirmarse que la jurisprudencia de Tribunales de Garantía permite tener claridad en relación a los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público al invocar una u otra figura, criterios ampliamente acogidos por las sentencias dictadas en procedimiento abreviado.

Por su parte, la jurisprudencia de los Tribunales Orales en lo Penal no ha sido unánime en la elección de criterios para determinar cuáles son los verbos rectores aplicables a los casos de lavado de dinero, llegando incluso a conclusiones muy distintas en casos similares<sup>16</sup>, alimentando el debate en relación a un tipo penal nuevo para nuestro ordenamiento, permitiendo con ello poder avanzar en la materia, planteando desafíos a todos los actores del sistema.

En relación a las tipologías identificadas, como se ha podido apreciar, predomina en las sentencias analizadas la figura del testaferro, persona que en

<sup>15</sup> Causa RUC 0610008210-k. Su delito base es fraude al Fisco.

<sup>16</sup> Así por ejemplo, en causa RUC 0800331065-6 el Ministerio Público solicita, además de la aplicación del artículo 27 letra a), la aplicación de la letra b) para el caso del uso, posesión y tenencia de bienes adquiridos por testaferros: el Tribunal considera que efectivamente existe ocultamiento, pero considera que la figura de contacto no procede, por no ser el acusado "receptador en la cadena de lavado de activos"; en tanto en causa RUC 0700935945-6el Tribunal opta por no aplicar el artículo 27 a) en iguales circunstancias, señalando que corresponde aplicar sólo el artículo 27 b), por cuanto los acusados realmente tenían el goce y beneficio de los bienes adquiridos por el testaferro.

general consiente en que su nombre sea utilizado para la adquisición de bienes muebles e inmuebles, generalmente vehículos, en condiciones que al efectuar un análisis patrimonial del sujeto no existe forma de justificar tales adquisiciones realizadas, ya sea porque no desempeñaban trabajo alguno o porque las actividades declaradas ante el SII no generaban las rentas necesarias para adquirir bienes como los que adquirían. Por otra parte, se aprecia también la creación de sociedades de fachada, las que tienen por objeto justificar de alguna forma los ingresos percibidos por la actividad ilícita desarrollada. Para determinar que las empresas han sido de fachada, en general se tuvo en consideración el análisis patrimonial de las mismas, versus las actividades realmente desarrolladas por ellas, determinadas a través de vigilancias y seguimientos.

Sin embargo, es importante destacar que no existe un "catálogo de tipologías". Lo que se ha hecho es identificar actos de ocultamiento o disimulación que se han repetido sistemáticamente, para facilitar la labor de quienes investigan este tipo de delitos; pero es claro que en la medida que la tecnología avance estos actos pueden ir variando. De igual forma, es probable que una investigación que tenga por delito base tráfico de drogas pueda presentar actos de ocultamiento o disimulación distintos a los que puedan ser detectados en delitos económicos, por ejemplo. Por otra parte, es posible que concurra más de una tipología respecto de un mismo sujeto, o que se presente con características particulares de acuerdo al caso concreto.

# UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

# ¿QUÉ SOLICITAR A PROFESIONALES DEL ÁREA PSICOSOCIAL EN CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR? PROPUESTA SOBRE INFORMES TÉCNICOS EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Roberto Rodríguez Manríquez<sup>1</sup>

#### I. Contexto

Desde el inicio de la reforma procesal penal en Chile, el año 2001, la Fiscalía de Chile ha venido realizando una serie de coordinaciones con organismos pertenecientes a las redes sociales gubernamentales y no gubernamentales que trabajan desde el ámbito proteccional y terapéutico, especialmente vinculándose con agrupaciones de salud, de infancia, redes por la no violencia, entre otras, para establecer acuerdos de colaboración, principalmente en materia delitos ocurridos al interior de las familias.

Delitos como las lesiones, amenazas, maltrato habitual y delitos sexuales producidos en el ámbito intrafamiliar -donde las víctimas suelen ser sujetos vulnerables por su edad, género o discapacidad- afectan doblemente en quien recae la violencia, puesto que sufre el impacto de la victimización primaria, y segundo, la persona agresora ha sido alguien que ha roto la íntima confianza que otorga la cercanía y el vínculo de parentesco en el seno del hogar, contexto significativo donde se espera emerjan el apego, la seguridad, la protección y el afecto. Dado lo anterior, surge la complejidad inherente de investigación penal de estos hechos que implican la posibilidad cierta de retractación de la víctima y donde el sistema penal requiere probar la victimización sufrida, muchas veces con la participación de terceros que directa o indirectamente han conocido el caso: profesores, trabajadores sociales, psicólogos, enfermeras, médicos, etc. que están ubicados en una posición privilegiada, porque han visto, oído o escuchado, fragmentos importantes de los hechos que configuran penalmente un delito y que, con su testimonio, podrá convertirse en verdad jurídica o verdad procesal en el marco de los procesos investigativos penales.

En el presente artículo el foco estará puesto en los terceros que por su profesión e intervención, dedicados a la atención terapéutica, protección o asistencia, componen redes sociales que pesquisan hechos constitutivos de delitos, especialmente trabajadores sociales y psicólogos que abordan el trauma relacional en víctimas cuyas causas la fiscalía investiga en el marco de la Ley N°20.066 sobre violencia intrafamiliar.

<sup>1</sup> Trabajador Social de la Unidad Especializada en Responsabilidad Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Por último, señalar que el actual contexto institucional, delineado a partir del Plan Estratégico 2009- 2015 de la Fiscalía de Chile y sus cuatro lineamientos base, configuran el marco donde las acciones de coordinación interinstitucional, tendientes a fortalecer las alianzas con los organismos de las redes, se enlazan con el desarrollo de una persecución penal eficiente que potencia la atención y protección a víctimas y testigos. Es más, el hecho que se haya distinguido a los delitos de violencia intrafamiliar, junto a los delitos sexuales como prioritarios y complejos (además de los delitos vinculados a drogas), permite trazar acciones que respondan a las necesidades de investigación, protección y coordinación del complejo fenómeno criminológico tras la violencia de pareja o el maltrato infantil.

#### II. Fases del proceso penal e inserción del profesional psicosocial

No sólo en las primeras fases de investigación, como son la denuncia o diligencias previas a la formalización, los profesionales trabajadores sociales, psicólogos, educadores y médicos han hecho valiosos aportes a la justicia en materia de delitos ocurridos en contexto de violencia intrafamiliar. En estudio realizado sobre la percepción del aporte de profesionales psicosociales (Rodríguez, 2007) fiscales reportaron el importante rol de informes para configurar la teoría del caso, decretar medidas de protección, solicitar cautelares a jueces de garantía e incluso decidir los términos más idóneos en función de las sugerencias y diagnósticos, ya sea, salidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento o términos en juicios orales.

El circuito de coordinaciones que surge luego de la denuncia de un delito intrafamiliar moviliza recursos que se enmarcan principalmente en tres ejes: investigativo-policial, médico-forense y terapéutico-clínico:

- El primer eje de coordinaciones, sustancialmente es cubierto por la labor de ambas policías, no obstante el papel que le cabe a Gendarmería dentro de sus recintos. Las policías en su función investigativa que dirige el Fiscal, se transforman en testigos y peritos claves en sucesos de violencia donde actúan auxiliando a la víctima y actuando en muchos casos en etapa de flagrancia de un delito.
- El segundo eje, se refiere al ámbito médico-forense por excelencia, especialmente personal de salud ubicado en recintos hospitalarios y de urgencia que atienden a víctimas y evalúan la magnitud de las lesiones corporales, y a su vez, el Servicio Médico Legal, que proporciona el servicio forense corporal, psicológico, psiquiátrico y químico, entre otros, a partir de la intervención de sus peritos.
- El tercer eje de coordinaciones, es el circuito que emerge a partir de la labor de organismos gubernamentales y no gubernamentales insertos en las denominadas redes sociales de apoyo comunales que prestan un servi-

cio clínico, terapéutico o asistencial en general. Si bien no están llamados formalmente a ser operadores del sistema penal, como son las Policías o el Servicio Médico Legal, su rol dentro del espacio local les confiere una responsabilidad legal y social dentro de la comunidad al reconocer hechos que son constitutivos de delitos que deben denunciar o cuando advierten circunstancias respecto de un caso que pueden informar oportunamente en sede penal al Fiscal para que se reoriente, refuerce o desestime una investigación.

La necesidad de los actores jurídico penales, especialmente fiscalía, de obtener colaboración de los distintos organismos mencionados a través de circuitos de coordinaciones, se origina en la compleja tensión que surge a partir de los plazos, especialmente la tensión entre los "tiempos procesales" y el "tiempo victimológico", particularmente en casos de delitos intrafamiliares. Por ejemplo, el plazo para configurar la prueba testimonial corre en contra del fiscal, no sólo por un factor ligado al recuerdo de los hechos o memoria, sino porque el tiempo en que la víctima resignifica su trauma es variable. A su vez, los efectos a corto, mediano y largo plazo son cambiantes de un caso a otro.

Siguiendo la idea anterior, la configuración de secuelas emocionales, cognitivas, físicas, fisiológicas, económicas y familiares modifican la pauta o disposición que la víctima tendrá para con el sistema penal si las diligencias y proceso se dilatan. Los profesionales trabajadores sociales y psicólogos, que se instalan desde una óptica de salud mental, protección o asistencia, constatan el pulso de avances y retrocesos de víctimas vulnerables como son niños/as, mujeres, adultos mayores o discapacitados que acuden a sus organismos en busca de la superación de sus traumas. ¿Qué consultarles a esos profesionales de las redes de apoyo en materia de delitos intrafamiliares? Es la propuesta que a continuación se hace, con la prevención que son una serie de sugerencias perfectibles y enmendables en razón de cada caso, y por lo tanto cada fiscal podrá adaptar sus solicitudes según su teoría del caso o hipótesis que requiera esclarecer.

## III. Propuesta de contenidos y dimensiones que profesionales psicosociales pueden realizar al sistema de justicia penal

#### 1.1. Historia del delito de violencia intrafamiliar

Se sugiere establecer la temporalidad de los hechos investigados y asociarlo a una descripción del espacio físico en que ocurren. Para ello es interesante que el fiscal consulte por la frecuencia de los hechos y los eventos asociados en que se produce el delito.

Los datos biográficos son pertinentes en la medida que el profesional los logra asociar a los hechos investigados y no como una mera descripción histórica familiar.

# 1.2. Descripción del tipo violencia intrafamiliar

Es interesante poder determinar el tipo de violencia ejercida en contra de la víctima, describiendo si contiene elementos referidos a violencia económica, psicológica, física y/o sexual.

A su vez, para el fiscal será importante dilucidar antecedentes sobre características de la relación entre imputado y víctima, que se describa si se trata de una relación abusiva y crónica, de un hecho circunstancial o si han existido hechos de violencia recíproca o de defensa y resistencia por parte de la víctima.

#### 1.3. Retractación

Las características de la violencia puede estar asociada a la retractación de la víctima si es que ésta ya se produjo o eventualmente pudiera generarse. Se propone que se solicite describir factores que podrían estar relacionados a la retractación de la víctima, especificando si se trata de factores vinculados a la relación entre víctima e imputado (como intimidación); a la dinámica familiar (presiones familiares afectivas y económicas); a experiencias de victimización secundaria y/o aspectos socioculturales.

## 1.4. Contexto familiar del delito

Pueden existir indicadores familiares de riesgo o vulnerabilidad que podrían estar asociados al surgimiento de la violencia investigada, en este sentido cabe preguntarse por las características de la victimización sufrida determinando si se trata de una victimización coyuntural (si se trata de un evento puntual), si existe cronificación del maltrato (donde se puede observar en la víctima normalización, minimización o negación de la violencia) o si se trata de una polivictimización (grave desamparo o alta vulnerabilidad de la víctima).

#### 1.5. Efectos del delito de violencia intrafamiliar en la víctima

Se sugiere indagar si la víctima, a nivel familiar, escolar, laboral (según sea el caso) o en otras redes sociales significativas, ha presentado cambios a consecuencia de los hechos investigados.

Especificar a partir de sus formas de vincularse, de sus pautas interaccionales, de su rendimiento u otros aspectos que se considere relevantes. Al respecto, puede ser pertinente algún reporte de profesionales psicosociales o educadores ubicados en redes sociales significativas para la víctima.

#### IV. Conclusiones

En el año 2009, con la puesta en marcha del Plan Estratégico y proyectos como Orientación-Protección-Apoyo se establece un marco de gestión que

prioriza el fortalecimiento de la coordinación interinstitucional como uno de los cuatro lineamientos que permiten diseñar acciones tendientes a este eje prioritario de la organización, puesto que para alcanzar los objetivos de persecución penal pública y protección a víctimas y testigos, no sólo se requiere la participación de Fiscalía, como órgano ejecutor y coordinador de estas acciones, sino que es imperioso también que otros actores sociales co-participen y colaboren durante el proceso penal desde la denuncia hasta la etapa de juicio oral.

De no mediar una intervención oportuna y coordinada entre los actores sociales que intervienen con víctimas de delitos intrafamiliares, que armonice la persecución penal con acciones terapéuticas, de protección, asesoría legal e inserción laboral (según sea el caso), las víctimas continuarán en una situación vulnerable, incluso en ocasiones sin interrupción de los hechos que derivaron en la denuncia.

La coordinación y colaboración podrá hacer frente a la perplejidad y desconcierto de víctimas que no comprenden el lenguaje y tampoco el rol de los representantes de organismos de apoyo. Así, cabe preguntarse entonces por ¿qué profesionales pueden interpretar los hechos que experimenta la víctima e informarlos al sistema penal desde su labor clínica, proteccional y asistencial? Las redes de infancia, por la no violencia, de salud, etc. con sus profesionales trabajadores sociales y psicólogos se instalan como los actores que pueden alertar al sistema penal e informar técnicamente sus apreciaciones para ser traducidas en decisiones jurídicas, configurándose en testigos expertos para el sistema que salvaguarden los derechos fundamentales de víctimas ávidas de apoyo.

COMENTARIO A SENTENCIA DE LA CORTE APELACIONES DE RANCAGUA QUE RECHAZA APELACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA, EN CAUSA QUE ABSUELVE POR EL DELITO DE PARRICIDIO, AL HABER ACTUADO LA PROCESADA AMPARADA EN LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 10 N°4 DEL CÓDIGO PENAL

Rodrigo Fernández Moraga<sup>1</sup>

#### Resumen:

La tercera sala de la Corte de apelaciones de Rancagua<sup>2</sup> confirmó la sentencia absolutoria dictada por el Juez del Crimen en el caso de una mujer que dio muerte a su marido como reacción a años de episodios de violencia intrafamiliar, al reconocerse que ésta actuó en Legítima Defensa, desechando que hubiese actuado impulsada por un miedo insuperable.

## 1. Antecedentes generales

Con fecha 19 de junio del año 2000, en la localidad de Machalí, VI Región, una mujer dio muerte a su cónyuge, con tres balazos recibidos por la espalda, durante un episodio de violencia intrafamiliar del cual era víctima su hijo menor de edad, a quien el fallecido –que se encontraba en estado de ebriedadhabía roto una guitarra a golpes en la espalda también.

Antecedente reconocido es que la relación matrimonial de 18 años estuvo marcada por reiteradas y sistemáticas agresiones por parte del fallecido hacia su cónyuge, constando un historial de violencia ante tribunales y Carabineros.

En el marco del sistema penal inquisitivo, el juez instructor, del juzgado del crimen de Rancagua, mientras la mujer cumplía su quinto día de detención al interior del Hospital Fusat, al que había sido trasladada producto de una crisis nerviosa originada después de efectuar los tres disparos que terminaron con la vida de su esposo, fue dejada en libertad, quedando solamente con la cautelar de arraigo nacional.

Existiendo dos querellantes en la causa, con fecha 30 de octubre del año 2008, el juez del primer juzgado del crimen, en esta causa rol N°34.978, absolvió a la acusada por la participación que le cabía como autora del delito de parricidio en la persona de su cónyuge, fundándose para ello en las eximentes previstas y

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>2</sup> Integrada por los señores ministros titulares don Ricardo Pairican García, don Carlos Moreno Vega y abogado integrante doña Cecilia Gálvez Pino.

contenidas en el artículo 10 N°4 del Código Penal, esto es, la legítima defensa y la del artículo 10 N°9 del mismo catálogo punitivo, esto es, la eximente de responsabilidad penal referida al que obra *impulsado por un miedo insuperable*.

Dicha sentencia fue apelada por los querellantes, ante la ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, resolviéndose el recurso con fecha 4 de marzo del año 2010, el cual estuvo por confirmar la sentencia de primer grado, manteniendo y justificando la concurrencia de la eximente *Legítima Defensa* y desestimando la concurrencia de la eximente de responsabilidad respecto de quien actúa *impulsado por un miedo insuperable*.

Intentados sendos recursos de casación en el fondo, por los querellantes, quienes aún sostenían que tampoco concurría la eximente de legítima defensa en el caso, con fecha 19 de septiembre del 2011, el máximo tribunal en causa ROL 2158-2010, resuelve rechazar los recursos, confirmando la absolución de la mujer.

# Fundamentos y resolución del recurso de apelación ante la Corte de Rancagua

Luego de conocer la apelación de los querellantes, quienes estaban por indicar que no concurrían las eximentes reconocidas por el juez del crimen, esto es las del artículo  $10\ N^\circ 4$  y la del artículo  $10\ N^\circ 9$  ambas del Código Penal, la Corte de Apelaciones de Rancagua confirma la sentencia que eximió de responsabilidad penal a la acusada por el delito de parricidio, pues considera que, efectivamente, actuó en amparo de la eximente de responsabilidad penal legítima defensa y, por otra parte, rechaza la eximente acogida en primer grado de  $10\ N^\circ 9$ , al estimar que no se daban los presupuestos.

Los querellantes argumentan para estimar como no concurrente la legítima defensa:

- a. El actuar de la acusada fue premeditado, pues se valió del conflicto padrehijo, ocurrido el día de los hechos, para terminar con la vida del hombre.
- b. De la forma en que se suscitan los hechos, existen antecedentes inmediatamente anteriores, que dan cuenta del actuar de la mujer, con motivaciones netamente económicas.
- c. Basados en la experticia que tendría la acusada en el manejo de armas, argumentan, bien pudo haber ejecutado un disparo de advertencia o haberlo dirigido a otras zonas del cuerpo, evitando este hecho fatal.
- d. Una vez efectuados los disparos a su cónyuge, la acusada no pidió auxilio, no solicitó atención médica ni a los servicios policiales, sino que discó el teléfono y conversó latamente con su abogado, lo que también revela su claro fin homicida.

d. La acusada nada hizo para impedir que su cónyuge accediera y permaneciera en el inmueble, teniendo el tiempo, derecho y oportunidad para hacerlo, sea oponiéndose al ingreso o desalojándolo.

Razonamientos del fallo para admitir la legítima defensa:

Plantea la I. Corte sobre el primer requisito, agresión ilegítima, que si bien la ley penal no la define, hay acuerdo doctrinal absoluto en que el término agresión corresponde a una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido y por ilegítima se entiende que la acción anteriormente descrita es contraria a la ley o antijurídica<sup>3</sup>.

Sobre la realidad, actualidad o inminencia de esta agresión ilegítima, plantea que se entiende por real cuando esta acción exista efectivamente, de otro lado que no sea imaginaria; por actual, que la agresión subsista mientras se lesiona un bien jurídico y por inminente, que la agresión sea lógicamente previsible<sup>4</sup>.

Explayándose en las características que debe revestir esta agresión, refiere que para que se acredite su existencia basta que el agresor manifieste su voluntad de agredir, no se exige la ejecución del hecho ni la concreción de las amenazas, basta para autorizar el ejercicio de este derecho, que la acción sea inminente o previsible en los hechos, que haya tentativa contra el defensor y/o los parientes<sup>5</sup>.

Lo anterior constituyen los baremos que el juez del grado ha de verse enfrentado a dilucidar, lo que la Corte de Apelaciones encontró -según su resolución-, estaban suficientemente satisfechos en el considerando octavo del fallo de primera instancia, al demostrarse la acción antijurídica del sujeto, dirigida a lesionar o poner en peligro la vida e integridad física de la acusada y sus hijosó, que fue real, actual e inminente, esto es, que existió como tal, que respecto del hijo mayor se encontraba en curso, al ser repelida, fue grave, desde que no se reaccionó contra una conducta molesta o enojosa del occiso, sino contra una amenaza seria a la vida e integridad física de las personas.

Para observar la circunstancia segunda de la eximente en revisión, esto es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, estima el tribunal de alzada que no puede apreciarse en forma abstracta, sino en concreto y desde la perspectiva del agredido, toda vez que el peligro que justifica la defensa está dado por la situación que enfrenta en su momento el atacado, debiendo, entonces, analizarse la necesidad de defensa ante la agresión y consiguiente reacción, con el criterio que el común de las persona enfrentaría una situación similar. De ese modo no sería posible exigir al atacado, como pretende el querellante,

<sup>3</sup> Considerando 4º, fallo Rol 308-8, ICA Rancagua, URL: http://bit.ly/pfE6Fo

<sup>4</sup> Considerando 5º, fallo Rol 308-8, ICA Rancagua, URL: http://bit.ly/pfE6Fo

<sup>5</sup> Considerando 6°, fallo Rol 308-8, ICA Rancagua, URL: http://bit.ly/pfE6Fo

<sup>6</sup> Considerando 8°, fallo Rol 308-8, ICA Rancagua, URL: http://bit.ly/pfE6Fo

<sup>7</sup> Considerando 9°, fallo Rol 308-8, ICA Rancagua, URL: http://bit.ly/pfE6Fo

una apreciación exacta y precisa del peligro que corre, con justa razón puede temer de su agresor, en virtud de lo que vive en el instante y que hacen justa la defensa.

En esta parte, la Corte de Rancagua, hace suyo lo valorado por el juez del crimen, quien para justificar la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, deja en evidencia el carácter irascible del fallecido y su progresivo descontrol<sup>8</sup>, la secuencia de sus actos, insultos y amenazas, concluyendo así que la utilización del arma, con que se repelió el ataque e impidió uno mayor, tiene el necesario justificativo, desde que no pretendió la muerte del sujeto, sino abortar la agresión que les infería, luego, la defensa así desplegada, fue la racionalmente necesaria y el medio utilizado para repeler la agresión, resultó necesario y racional.

Al analizar la tercera circunstancia de la legítima defensa, esto es, la falta de provocación suficiente, el fallo de la Corte es sucinto en reconocer que no existió, pues fue el cónyuge y padre fallecido quien llegó hasta el domicilio de la sentenciada, insultando y amenazando sin motivos.

La Ilustrísima Corte no estima concurrente la eximente de responsabilidad penal referida al que obra *impulsado por un miedo insuperable*, realizando en relación a ello un sucinto análisis, indicando que se configuraría cuando *quien se ve expuesta a sufrir un perjuicio personal derivado de la acción de un tercero*º que termina empleándolo como un medio para cometer un ilícito, luego, la situación fáctica de esta eximente dice relación con la infracción de un mandato, por una amenaza o fuerza dirigida directamente al ofensor, nada de lo cual ocurre en la especie, menos argumentando, como lo hace el fallo de primera instancia, sobre la base de un estado emocional que le hizo perder la razón, puesto que si actuó en tal forma, debió alegarse demencia y si lo hizo en estado crepuscular, pero con algún grado de conciencia, debió intentarse una atenuante.

# 3. Consideraciones sobre el caso y fallo, analizado a la luz de la normativa vigente<sup>10</sup>

Con fecha 18 de diciembre del 2010, en Chile entró a regir la Ley N°20.480, conocida como *Ley de Femicidio*, la que junto con crear la figura que intitula la norma, modifica ciertos cuerpos legales, entre ellos el Código Penal, al que introduce mediante su artículo 1 N°1 una nueva eximente de responsabilidad penal, conocida doctrinariamente como el *Estado de Necesidad Exculpante*.

<sup>8</sup> Considerando 11º, fallo Rol 308-8, ICA Rancagua, URL: http://bit.ly/pfE6Fo

<sup>9</sup> Considerando 17°, fallo Rol 308-8, ICA Rancagua, URL: http://bit.ly/pfE6Fo

<sup>10</sup> Post Ley N°20.480.

Dicha norma, incorporada al artículo 10 del Código Penal, señala que están exentos de responsabilidad criminal "N°11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.
- 2<sup>a</sup>. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.
- 3a. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.
- 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa".

Esta norma fue introducida durante el proceso de formación de la ley, en la comisión mixta a propuesta del jurista, ex ministro de la Corte Suprema y destacado profesor de derecho penal don Enrique Cury U., quien se encontraba como experto invitado, el que fundamentando la necesidad de contar con esta norma, señaló "en la práctica de los tribunales, cuando se dan estas circunstancias de hecho, muchas veces los jueces se ven en la necesidad de elaborar razonamientos jurídicos para hacer procedente, de forma un tanto forzada, la causal exculpatoria de legítima defensa, todo lo cual lleva a concluir que resulta apropiado que el tema se sincere y se incorpore en la legislación penal una regulación específica sobre la materia"<sup>11</sup>.

A prima facie, la estructura de dicha norma, –incluso para quienes tienen proximidad con la dogmática penal– puede parecer homónima a la prevista en el artículo 10 N°4, al punto que puede llevar a confusión, más en doctrina son instituciones claramente diferenciadas.

Lo que subyace en la institución del estado de necesidad exculpante es el peligro permanente, el que necesariamente en Chile –dada la redacción de la norma— debe concebirse en la voz mal<sup>12</sup>, al que se ve expuesto quien reacciona, no necesariamente ante una agresión puntual. Así lo reconoce C. Roxín indicando sobre el punto: "peligro permanente es una situación peligrosa que permanece durante un largo período y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aún pueda tardar un tiempo en producirse"<sup>13</sup>.

De otro lado, la inclusión del estado de necesidad exculpante excede con mucho la pretensión que tuvo el legislador en miras al mayor amparo de la

<sup>11</sup> Informe de la comisión mixta en discusión sobre Boletines Nos 4.937-18 y 5.308-18 (04-10-2010), refundidos; p. 13.

<sup>12</sup> Esto necesariamente debe ser objeto de discusión ante tribunales.

<sup>13</sup> Claus Roxin; Derecho Penal Parte General Tomo I; 2ª edición, 1997, p. 680.

mujer –tal como lo previno la senadora Sra. Soledad Alvear–, de tal forma que esta norma es de aplicación general y utilizada en diversas legislaciones, como la alemana y la suiza, esta ultima desde la cual se obtuvo la columna vertebral de la norma finalmente introducida en Chile.

En un análisis más profundo y en base al propio fundamento del profesor Cury ante la comisión mixta, éste evidencia que la diferencia radica en que el elemento central de la legítima defensa es una agresión ilegítima, actual o inminente, y en los casos que supone el estado de necesidad exculpante no se presenta—necesariamente— en el momento una agresión propiamente tal, sino que se configura ante un hecho o estado que pone a la persona en una situación en la que no le es exigible otra conducta.

Aclarado superficialmente el panorama legislativo, cabe respecto de la sentencia en comento hacer algunas reflexiones.

1.- Previo a la entrada en vigor de la actual norma prevista en el artículo 10 N°11 del Código Penal, los jueces de la República, según lo sostiene el profesor Cury, debían —con ajustada razón— echar mano, en aquellos casos que había hechos de sangre de los cuales era autora una mujer que era víctima en su historial de constantes episodios de violencia intrafamiliar, a la aplicación un tanto forzada de la legítima defensa propia o de parientes y a la aplicación, completa o parcial de la eximente prevista en el artículo 10 N°9 del mismo Código, sin que en estricto rigor doctrinario se acreditase la concurrencia de todos los elementos exigidos, pues el injusto por el que se acusa está materialmente disminuido, dado los antecedentes previos y constantes de violencia en la persona de la acusada.

Existiendo una norma que cubre estas hipótesis, parece apropiado hacer una revisión de los estándares que satisfacían previo a la entrada en vigor del estado de necesidad exculpante, la acreditación de la existencia de una legitima defensa, como asimismo para establecer la eximente en que incurre quien obra impulsado por un miedo insuperable.

Del modo antedicho, en relación al fallo de apelación, habrá que hacer un ejercicio más profundo en cuanto a la satisfacción de circunstancias exigidas, particularmente en cuanto a la agresión actual o inminente y, en el caso particular, la efectiva concurrencia de la circunstancia segunda, de la proporcionalidad. En el caso analizado, a la luz de los antecedentes y en el marco histórico, aparece también como forzado considerar que existe proporcionalidad en el medio utilizado para impedir o repeler la agresión del fallecido, pues éste agrede con una guitarra a su hijo y recibe tres balas fatales por la espalda como respuesta a dicha agresión. De suprimir hipotéticamente de modo mental el hecho de haber sido la acusada víctima histórica de violencia intrafamiliar, diverso hubiese sido el futuro penal de la causa, máxime si observamos el

punto de los disparos de la acusada a su cónyuge, y su reacción ulterior en cuanto a no solicitar ayuda médica ni aviso a los servicios policiales, no debemos olvidar el histórico fallo de la Corte Suprema<sup>14</sup> que reconoció que quien generó el riesgo, adopta ipso facto la posición de garante respecto del herido, era pues su obligación solicitar la ayuda para salvar la vida del ofensor.

Si bien la sentencia de la Corte de Apelaciones considera racional el medio empleado, para evaluar como concurrente la legitima defensa, tomando en cuenta el historial de violencia, hoy, existiendo un estado de necesidad exculpante, donde sí comprendemos la voz *mal* como peligro permanente, debiese ser exclusivamente allí donde se consideren estos elementos.

- 2.- Ante la existencia del estado de necesidad exculpante introducido por la Ley N°20.480, no habría lugar para que, en el caso particular, se realice -como se hizo en la sentencia- una evaluación de elementos como los referidos en el considerando 14º del fallo de apelación relativos a "...donde el ofensor, constante y sistemáticamente agredía física y psicológicamente a su mujer y al mayor de sus hijos, que tenía varios procesos judiciales por este motivo, incluso con prohibición de acercarse a la acusada, todo lo cual, unido al aterrador panorama descrito por la juez, conducen a la única conclusión posible: la defensa que dicha encartada ejecutó contra el ataque del sujeto, con antecedentes de ser violento y conflictivo..." pues los únicos elementos que pueden tenerse a la vista -para la legítima defensa- son objetivos y contenidos en la norma.
- 3-. Finalmente, para independizar al sentenciador de la eximente de responsabilidad criminal de legítima defensa, habrá que acreditar fehacientemente un peligro permanente, o en términos de la jurista Myrna Villegas, agresión permanente<sup>15</sup>, si así se determina entender la voz mal empleada por la norma, no una agresión actual o inminente. Sólo en esta parte los jueces podrán analizar "el carácter irascible del fallecido y su progresivo descontrol, la secuencia de sus actos, insultos y amenazas, concluyendo así que la utilización del arma, con que se repelió el ataque e impidió uno mayor, tiene el necesario justificativo...".

# Texto completo de la sentencia de la Corte de Apelaciones:

Rancagua, cuatro de marzo de dos mil diez.

#### VISTOS:

Se elimina el considerando noveno del fallo en alzada, se reproduce en lo demás, con las siguientes modificaciones:

<sup>14</sup> Ex. Corte Suprema, 4 de agosto de 1998, Rol: 1338/1998.

Myrna Villegas, Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal. Revista de Derecho; Volumen XXII N°2 - diciembre 2010, p. 150.

En el motivo séptimo, párrafo uno, se suprime el período "la legítima defensa privilegiada, así como la no exigibilidad de otra conducta"; asimismo, en su párrafo dos, se sustituyen las expresiones "prohibición de ingreso al domicilio común" por "prohibición de acercarse a la acusada"; y,

En el apartado octavo, se elimina el párrafo final.

## Y, TENIENDO, EN SU LUGAR Y, ADEMAS, PRESENTE:

- 1.- Que el fallo absolvió a la acusada del delito de parricidio a su cónyuge y basó esa decisión en varias eximentes de responsabilidad, entre otras, la legítima defensa personal y de parientes;
- 2.- Que ambos querellantes apelaron del fallo y, junto con la revocación, pidieron condenar a la acusada como autora de ese delito, invocando el gravamen irreparable que esa decisión les ocasiona, sin embargo, uno de tales actores, como consta a foja 1.302, formula observaciones a la sentencia, donde manifiesta los agravios que, en lo esencial, apuntan a la no concurrencia de tales eximentes:
- 3.- Que, entonces, centrado así el debate, la revisión de la sentencia debe abordar la concurrencia o no de las circunstancias que hacen procedente las eximentes que acoge el fallo y, en especial las de la legítima defensa, sin perjuicio, claro está, de otros aspectos, si fuere necesario;
- 4.- Que, respecto al requisito "agresión ilegítima, si bien la ley penal no define esas expresiones, la ver-

dad es que no existe discusión al respecto, de lo cual se sigue, entonces, que "agresión" es una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido e "ilegítima", el ser contraria a la ley o antijurídica;

- 5.- Que, además, la agresión de que trata la eximente, debe ser real, actual o inminente y, se entiende por tal, respecto a lo *primero*, que exista efectivamente en los hechos y que no sea imaginaria; por *actual*, que la agresión subsista mientras se lesiona un bien jurídico y, por *inminente*, que la agresión sea lógicamente previsible;
- 6.- Que, conforme lo anterior, para que surja la legítima defensa basta que el agresor manifieste su voluntad de agredir, luego, no se exige la ejecución del hecho ni la concreción de las amenazas, no llega a tanto lo que pide la razón, ni lo que mandan las palabras de la ley, basta para autorizar el ejercicio de este derecho, que la acción sea inminente o previsible en los hechos, que haya tentativa contra el defensor y/o los parientes;
- 7.- Que, en verdad, son éstas y no otras las exigencias de la agresión ilegítima y, el juez, para decidir respecto a su existencia, debe escudriñar en el proceso, relacionar la prueba y establecer los hechos que así la acreditan, cuestión que hace en el motivo octavo del fallo, donde la juez, con orden y acierto, repasa y recoge en cantidad y calidad distintos medios probatorios, los que analiza y pondera con corrección y objetividad, al margen de todo exceso y juicios de

valor, concluyendo que la agresión existió y que fue ilegítima;

- 8.- Que, entonces, los antecedentes que la juez recoge y pondera en el fundamento octavo, resultan bastante, en concepto de esta Corte, para tener por acreditada la agresión ilegítima que exige la eximente, toda vez que se demostró la acción antijurídica del sujeto, dirigida a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido, como la vida e integridad física de la acusada y sus hijos, que fue real, actual e inminente, esto es, que existió como tal, que respecto del hijo mayor se encontraba en curso al ser repelida y que, respecto de los otros, era lógicamente previsible al ser abortada, luego, también fue grave, desde que no se reaccionó contra una conducta molesta o enojosa del occiso, sino contra una amenaza seria a la vida e integridad física de las personas, de manera que el recurso, en cuanto impugna la concurrencia de esta exigencia, no puede prosperar y deberá ser desestimado;
- 9.- Que, respecto a la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión, es cierto, como alega la acusada, que no puede apreciarse en forma abstracta, sino en concreto y desde la perspectiva del agredido, toda vez que el peligro que justifica la defensa está dado por la situación que enfrenta en su momento el atacado, debiendo, entonces, analizarse la necesidad de defensa ante la agresión y consiguiente reacción, con el criterio que el común de las persona enfrentaría una situación similar;
- 10.- Que, en tal escenario, no es posible exigir al atacado, como pre-

tende el querellante, una apreciación exacta y precisa del peligro que corre o que le viene, sino lo que con justa razón puede temer de su agresor en virtud de lo que vive en el instante y que hacen justa la defensa;

- 11.- Que a ésta exigencia, como lo hace con la anterior, la juez del grado también dedica el apartado octavo, donde revisa, recoge y analiza distintas piezas del proceso y, de manera clara y objetiva, razona en torno al sentido y alcance de ésta circunstancia y, con notable acierto, deja en evidencia el carácter irascible del sujeto y su progresivo descontrol, la secuencia de sus actos, insultos y amenazas, todo ello entre gritos y el llanto, desde el inicio hasta lo trágico, concluyendo, conforme ésta panorámica, que el medio utilizado para repeler la agresión, resultó necesario y racional;
- 12.- Que, en consecuencia, las piezas que la juez recoge y pondera en la sección octava, resultan suficiente, en concepto de esta Corte, para tener por acreditada la exigencia de que se trata, toda vez que se estableció, amén de otros hechos específicos, el estado de ebriedad del agresor, su actuar violento e irracional, su progresivo descontrol en los hechos y en las palabras, los insultos, amenazas, odiosidad y persistencia en el ataque, lo cual, sin lugar dudas, pone de manifiesto y deja en evidencia el peligro al que se vio enfrentada la imputada y sus hijos, concluyéndose que la utilización del arma, con la que se repelió el ataque e impidió uno mayor, tiene el necesario justificativo, desde que no pretendió la muerte del sujeto,

sino abortar la agresión que les infería, luego, la defensa así desplegada, fue la racionalmente necesaria;

- 13.- Que, entonces, la necesidad de defensa es racional, no matemática y debe ser juzgada caso por caso, de acuerdo a las circunstancias reales y objetivas y a la reacción normal de una persona media, que en el caso de la acusada, consistió en disparar contra el agresor;
- 14.- Que, a éste respecto, cabe recordar las circunstancias que rodearon el episodio, donde el ofensor, constante y sistemáticamente agredía física y psicológicamente a su mujer y al mayor de sus hijos, que tenía varios procesos judiciales por este motivo, incluso con prohibición de acercarse a la acusada, todo lo cual, unido al aterrador panorama descrito por la juez, conducen a la única conclusión posible: la defensa que dicha encartada ejecutó contra el ataque del sujeto, con antecedentes de ser violento y conflictivo, que llega ebrio al domicilio, insultando, empujando, golpeando y amenazando de muerte a ella y sus hijos, es la que cualquier persona normal habría realizado si le hubiera tocado vivir los mismos sucesos, de manera que acreditada ésta circunstancia como exige la eximente, el recurso que la impugna, tampoco puede prosperar y deberá ser desestimado;
- 15.- Que, por último, tal como sostiene el fallo que se revisa, no hubo provocación alguna por parte de la defensora, desde que fue el interfecto quien llegó hasta el domicilio de la sentenciada, insultando y amenazando, tanto a ella como a sus hijos,

sin que le haya dado motivo o causado esa reacción;

- 16.- Que la otra eximente que acoge el fallo, esto es, la del numeral 9 del artículo 10 del Código Penal, no se configura en la especie, toda vez que los supuestos fácticos que la constituyen, son distintos a los que invoca la sentencia;
- 17.- Que, en efecto, dicha eximente, según los autores, se configura en el caso de la persona que se ve expuesta a sufrir un perjuicio personal derivado de la acción de un tercero que termina empleándolo como un medio para cometer un ilícito, luego, la situación fáctica de esta eximente dice relación con la infracción de un mandato, por una amenaza o fuerza dirigida directamente al ofensor, nada de lo cual ocurre en la especie, donde no existe amenaza alguna que deba ser soportada por la acusada;
- 18.- Que, entonces, no se configura esta eximente, menos argumentando, como lo hace el fallo, sobre la base de un estado emocional que le hizo perder la razón, puesto que si actuó en tal forma, debió alegarse demencia y si lo hizo en estado crepuscular, pero con algún grado de conciencia, debió intentarse una atenuante, pero pretender que fue instrumento de un tercero, no corresponde, luego, razón tiene el actor al impugnar su acogimiento;
- 19.- Que, en cambio, no la tiene al impugnar las exigencias de la legítima defensa y, desde luego, ningún asidero la mera aserción que los niveles de violencia no corresponden

a los que relatan los testigos y que nunca se ejerció contra los hijos;

20.- Que, en verdad, el sostener esa ponencia ofende el mérito del proceso, desde que la pesquisa concede abundancia y contundencia a ese respecto, baste referir los que la juez trae en los apartados séptimo y octavo y, si al actor no convence el relato de esos testigos, lo cierto es que no les dirigió ninguna objeción tendiente a su inhabilidad y de sus dichos tampoco se advierte animadversión o ganancia secundaria al deponer como lo hicieron, luego, lo declarado a éste respecto, no merece reparo alguno;

21.- Que, por otra parte, si bien la denuncia por violencia intrafamiliar es sólo por agresión a la acusada, lo cierto es que también se ventiló el Rol 31.760-99, esta vez por amenazas, también en la persona de la encartada, luego, contrario a lo que sostiene el actor, no cabe restringir los episodios de violencia a tales denuncias o sólo a la cónyuge, puesto que, como se dijo, abundan los de esta clase y no sólo contra ella, sino también contra sus hijos, en especial, en la persona del mayor;

22.- Que, asimismo, tampoco cabe oír al apelante en cuanto sostiene, que lo ocurrido ese día, no es más que un conflicto familiar padre e hijo y, si hubo violencia, es la propia de una zona rural, desde que admitir esa ponencia, implica desconocer el imperio del derecho y aceptar la violencia como solución de conflictos, luego, lejos de justificar la agresión, la deja en evidencia, sobre todo si con su particular punto de vista está justificando el destrozo de la guitarra

en la espalda de su hijo, cuestión que no resiste mayor análisis;

23.- Que, en relación a lo anterior, ningún cuestionamiento cabe respecto al empleo de la guitarra como elemento contundente, puesto que las dudas que plantea no son tales, ya que la imputada y sus hijos coinciden en que fue utilizada en la agresión y, las lesiones del menor atacado, inferidas en su espalda, concuerdan con la certificación respectiva, luego, las dudas no son más que eso;

24.- Que, además, se sostiene que dicho menor no estuvo expuesto a riesgo vital, pero, en verdad, la eximente solo exige que la agresión, ilegítima por cierto, sea inminente, es decir, lógicamente previsible, pero, aún más, la eximente tampoco exige que la agresión culmine con la muerte del atacado, basta que se ofenda, como se hizo, su integridad física, puesto que también es un bien jurídicamente protegido, susceptible de ser amparado, luego, si algunos testigos del actor, que lo vieron en el funeral cargando el ataúd, relatan no haber advertido signos de maltrato, ello no implica que no los haya sufrido, sólo que no eran visibles;

25.- Que también, según el actor, la única referencia a las amenazas de muerte emana de la acusada y sus hijos, lo cual es cierto y, entendiendo que se refiere a las proferidas el día del suceso, no puede ser de otra forma, puesto que no había otras personas en el lugar; luego, alega que el dicho de los hijos no puede ser validado, ya que instan en defensa de su madre, pero nada hizo por la inhabilidad que ahora pretende; ade-

más, denuncia que la acusada e hijo menor no registran lesiones, lo cual es cierto y, si no las tienen es precisamente por la acción de la acusada, que actuó en defensa de todos, frente a una agresión ilegítima, física contra el hijo mayor, moral en contra de todos;

26.- Que, en relación a la segunda exigencia de la eximente, se alega que ésta no concurre, desde que el actuar de la acusada fue premeditado, ya que se valió del conflicto padre-hijo, ocurrido el día de los hechos, para terminar con su vida, de la forma en que lo hizo, lo anterior, con una motivación netamente económica;

27.- Que, en realidad, los antecedentes traídos en apoyo a su teoría del caso, más que discutir la existencia del requisito, discurren respecto a ciertas conductas de la acusada, anteriores y posteriores al suceso, a las que atribuye una connotación criminal que no tienen, desde que la compra del arma, la formulación de una denuncia y la suscripción de una escritura, todo ello unos meses antes del trágico episodio, no demuestran y tampoco se ha acreditado que formen parte de un macabro plan enderezado al exterminio de una persona, con el único propósito de apoderarse de sus bienes, desde que ningún medio probatorio, por sí o en concurso con otros, así lo permite;

28.- Que, desde luego, nadie relata que el arma se compró con ese fin, ninguno alega inexistencia del episodio de violencia objeto de la denuncia, nadie declara, con la contundencia que es dable exigir, que la muerte del occiso a manos de su

mujer, se deba a la suscripción de la escritura pública de distribución del patrimonio común, según allí aparece, o del occiso según el relato de otros, nadie denuncia que la acusada haya negado la existencia del documento o de sus cláusulas o que las haya desconocido y rehusado sus efectos y, así fuere, la ley concede acciones tendientes a reparar y corregir semejante atropello; luego, que la acusada haya dispuesto de tales bienes o parte de ellos, a pocos días del suceso, no la transforma en criminal, que haya mentido respecto de algunas partidas del patrimonio, no acredita su derrotero delictual, entonces, no resulta establecido ni se ha demostrado el móvil económico con que se pretende enervar la causal de justificación;

29.- Que, además, sostiene el actor, basado en la experticia que tendría la acusada en el manejo de armas, que bien pudo haber ejecutado un disparo de advertencia o haberlo dirigido a otras zonas del cuerpo y, luego, esperar su reacción, nada de lo cual hizo, sino que le efectuó 3 tiros por la espalda, con el claro propósito homicida, sin embargo, tal experticia no ha sido comprobada y el hecho de haber disparado antes, no la transforma en experta, luego, como se dijera en el fallo y en los motivos 9 a 14 del presente, la necesidad del medio y lo racional del uso, deben ser apreciados caso por caso y conforme a las circunstancias reales y objetivas del momento y, en la especie, tal uso y la forma en que se hizo, resultó racional y necesaria, desde que cualquier persona media, en el escenario

de ese instante, habría actuado de igual forma;

30.- Que, asimismo, también se reprocha que la acusada, efectuados los disparos, no pidió auxilio, no llamó por atención médica ni a los servicios policiales, sino que discó y conversó latamente con su abogado, lo que también revela su claro fin homicida, sin embargo, tales omisiones y su charla con el letrado, amén del reproche moral, no la hacen una criminal y, tampoco, constituyen una arista más del macabro plan que le endilga el actor;

31... Que, por último, si bien la encartada, como denuncia el actor, nada hizo para impedir que su cónyuge accediera y permaneciera en el inmueble, teniendo el tiempo, el derecho y la oportunidad para hacerlo, sea oponiéndose al ingreso o desalojándolo, lo cual, si bien es cierto, no es más que un renuncio, pero en caso alguno, como cree el apelante, la ocasión de llevar a efecto tal oscuro propósito, sobre todo si consigo traía al menor de sus hijos; y,

32.- Que, en consecuencia, conforme las anteriores reflexiones y tal como informa el señor Fiscal Judicial, deberá confirmarse la sentencia.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 510, 513, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, SE CONFIRMA la sentencia apelada de treinta de octubre de dos mil ocho, escrita de fojas 1.245 a 1.290.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Pairicán

Rol 308-2008.-

# Texto completo de la sentencia de la Corte Suprema:

Santiago, a veintinueve de septiembre de dos mil once.

#### VISTOS:

Por resolución de treinta de octubre de dos mil ocho, escrita de fojas 1245 a 1290, en los autos número 34.978, rol del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, se absolvió a S.G.S.V. de los cargos librados en su contra por la acusación judicial, su adhesión y la acusación particular, en calidad de autora del delito de parricidio en la persona de su cónyuge A.E.M.J., perpetrado en Machalí el diecinueve de junio de dos mil.

Apelado este veredicto por los querellantes privados, una sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua, mediante laudo de cuatro de marzo de dos mil diez, que rola de fojas 1368 a 1377, confirmó la decisión recurrida.

Contra este pronunciamiento se interpusieron sendos recursos de casación en el fondo por los letrados Wladimir González Barrera y Eduardo Jara Castro, en representación de los querellantes Felipe y Rodrigo Muñoz Chávez, respectivamente, asilados en el literal 1° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, los dos impugnantes, al cual éste último adiciona el ordinal 7° del mismo precepto, como se

desprende de fojas 1.378 a 1.393 y 1.394 a 1.403.

Declarados admisibles los arbitrios, se trajeron los autos en relación a fojas 1.413.

#### **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que ambos recursos de casación en el fondo denuncian genéricamente conculcados los artículos 10 y 390 del Código Penal y 451 y siguientes del de Enjuiciamiento del ramo, en concordancia con los artículos 1698 y siguientes de su homónimo Civil.

El móvil inaugural esgrimido se sustenta en el numeral primero del artículo 546 del estatuto procesal del crimen, esto es, en haber calificado el delito con arreglo a la ley, pero imponiendo al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al procesado en el ilícito, ya al calificar los hechos que constituyen agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena, toda vez que en su opinión el dictamen aplicó con desacierto en favor de la encausada la eximente de responsabilidad penal del numerando cuarto del artículo 10 del Código punitivo, es decir, la legítima defensa propia y de parientes, en circunstancias que no concurren los requisitos legales para su procedencia. En su defecto, postulan que los hechos fijados en la litis sólo configurarían una minorante al momento de regular la penalidad.

SEGUNDO: Que al desarrollar como se produjeron los quebrantamientos de derecho, los comparecientes exponen que de los hechos asentados en la causa no fluyen los presupuestos del artículo 10, número cuarto, del catálogo de penas, a saber: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Por lo que toca al ingrediente esencial de la legítima defensa, atinente a la "agresión ilegítima", afirman que el presunto agredido y amenazado de muerte, el hijo mayor del ofendido por el injusto, los antecedentes del juicio no revelan alguna dolencia susceptible de internación en un centro médico, lo que es aceptado por el propio edicto ad quem. Sólo la enjuiciada aparece con síntomas de enajenación mental y luego de hablar con su defensor. Por ende, su basamento vigésimo quinto, al decir que no hubo lesionados porque precisamente el agresor resultó asesinado, simplemente conjetura sobre la base del aparente impacto emocion al sufrido por la parricida y que con especial prolijidad se encarga de reseñar el raciocinio octavo del fallo del inferior. Empero, refutan la pretendida enajenación mental de la imputada el día de los hechos, ya que ésta habló por más de dieciocho minutos con su asesor legal Roberto Arias, después de dar muerte a su marido A.M.J.. Del mismo modo, está acreditado que se internó sólo dos días en una clínica privada de libertad y siete días después transfirió todos los bienes sobre los cuales

tenía derecho el occiso, llega incluso a hablar de sí misma como una persona "muy rica".

TERCERO: Que, asimismo, la "agresión debe ser real", exigencia que en concepto de los querellantes se puede cuestionar, dado que no se puso en riesgo la vida de ninguno de los involucrados.

En efecto, aducen que el hijo menor de diecisiete años no puede ser til-dado como una víctima vulnerable, atendido que no existe coherencia entre el supuesto ataque con guitarra que éste habría recibido de su padre, las lesiones a él inferidas y los vestigios del instrumento encontrados, todo lo cual deja en evidencia que el sitio del suceso fue alterado y entonces los únicos elementos de convicción que apuntan a una agresión ilegítima y real del difunto contra sus hijos y mujer son precisamente los solos dichos de éstos.

En este punto se critica el razonamiento sexto del veredicto reprobado cuando señala que bastaría la mera amenaza para configurar una agresión, sin ser necesaria la ejecución del hecho, ni la concreción de la coacción, lo que les resulta inaceptable.

CUARTO: Que en lo que concierne a la "racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión", claramente no concurre en el suceso sub lite, siendo este el aspecto más débil del fallo impugnado.

Sobre el particular, reclaman que la Corte desvirtúa (sic) este requisito al sopesar especulaciones de índole subjetiva que apuntan a la impresión que se causó en las pretendidas víctimas de la agresión y en la sujeto activo, destina los fundamentos décimo a décimo cuarto del edicto descalificado para justificar una infundada falta del sentido de las proporciones, bajo el pretexto que el cuadro que precedía al día de los hechos era aterrador, acude a un criterio intrínseco de carácter emocional, pero evita recurrir a juicios de racionalidad por parte de la encartada, quien ese día no estaba en estado de enajenación mental.

Se quejan también que el laudo ampare conductas inmorales y premeditadas de la malhechora, quien se valió de un medio desproporcionado, puesto que utilizó un revólver marca Rossi, calibre 35 mm., arma que por su potencia es necesariamente mortal, mintió al aseverar que compró tal artefacto a instancia de su propio marido, cuando resulta que ambos se encontraban separados y el artilugio se hallaba bajo la esfera de control de ella.

En este contexto, no se explican por qué frente a una situación de conflicto como la que invoca la hechora, no acudió a la fuerza pública para refugiarse en la medida cautelar de protección que la resguardaba, como era la prohibición del fallecido de acercarse a su persona. A la inversa, los hechos muestran que ella facilitó el ingreso de su esposo al hogar familiar. Es más, la inculpada admite que fue a buscar el arma de fuego a la habitación, pues la tenía guardada en la cómoda, lo que descarta una enajenación mental con su actuar racional, más aún si posteriormente

impacta a su consorte tres disparos seguidos por la espalda,

Como otro antecedente relevante, destacan que la mujer recibió instrucción técnica en el empleo de armas de fuego, lo que denota que no hubo relación alguna entre la acometida y el medio servido para resistirla, existían otros mecanismos para ello. No obstante, la elucubración trigésima del dictamen discutido sólo efectúa un reproche moral a la conducta posterior de la querellada.

QUINTO: Que, a su turno, el querellante Felipe Muñoz Chávez suma la otra causal de nulidad que descansa en el literal séptimo del artículo 546 del compendio procedimental del crimen y delata error de derecho que violenta las leyes reguladoras de la prueba, al desestimar medios válidamente rendidos, obvió su existencia y atentó contra del mérito del proceso.

Censura en el libelo que los sentenciadores han ponderado exclusivamente las probanzas aportadas por la defensa, ignoraron en su integridad los elementos aparejados por los querellantes. En particular, dice que esta displicencia queda en evidencia en el considerando vigésimo octavo del pronunciamiento de alzada, donde manifiesta sin soporte alguno que no obran declaraciones categóricas acerca del móvil económico de la agente para asesinar al varón, agrega que no se demostró la existencia de procesos criminales en su contra por este aspecto financiero, lo que a juicio de este oponente, si fue probado en autos a través de los testimonios de cinco deponentes que individualiza en su libelo. A mayor abundamiento, pormenoriza otros antecedentes del pleito que comprobarían la presencia de este fin monetario despreciado por los jurisdicentes.

SEXTO: Que, en fin, aseguran los recurrentes que de no haberse incurrido en las anomalías enunciadas se habría resuelto condenar a S.S.V, por su responsabilidad de autora del delito de parricidio previsto en el artículo 390 del Código Penal, revocando a su vez lo decidido por el tribunal a quo, desde que se habría denegado la eximente de responsabilidad de legítima defensa, tantas veces nombrada.

Es así como tales contravenciones influyeron sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto porque las mismas configuran las causales instauradas, por lo que instan a invalidar la decisión desaprobada en aquella sección que acoge en favor de la incriminada la eximente de responsabilidad penal contemplada en el numeral cuarto del artículo 10 del Código punitivo, para emitir en su reemplazo otro fallo, en lo pertinente, que califique el injusto como parricidio, condene a la acusada a una pena no inferior a presidio mayor en su grado máximo, y al pago de las costas de la causa, o lo que determine esta Corte en derecho.

SÉPTIMO: Que un análisis preliminar del recurso de fojas 1.378 a 1.393, habilita para negarle lugar "in limine", toda vez que la casación en el fondo, por su naturaleza de medio de impugnación extraordinario, formal y de derecho estricto, está sometida a un conjunto de cánones absolutos de los que no es posible prescindir, por cuanto lo contrario llevaría a desnaturalizar su fisonomía jurídica y la finalidad perseguida por la ley al incorporarla a nuestro régimen jurídico.

Entre esas exigencias ineludibles surgen las consignadas en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por la remisión que a ese precepto hace el artículo 535 de su homónimo procesal penal, en orden a explicitar específicamente en qué consisten el o los yerros de derecho de que adolece la resolución recurrida y de qué modo ese o esos equívocos influyen sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto.

OCTAVO: Que, bajo este prisma, nuestro ordenamiento procesal coloca al recurso en la necesidad de determinar el alcance o sentido de la ley y aclarar la forma en que ha sido atropellada. En otras palabras, es imprescindible un verdadero enjuiciamiento de las disposiciones legales desconocidas, en términos tales que esta Corte quede en condiciones de avocarse de una manera perfectamente concreta y definida al examen de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, porque de lo contrario este mecanismo se convertiría en una nueva instancia de la litis, que el legislador expresamente quiso evitar, elucidación que emerge, tanto del claro tenor de las pautas que lo gobiernan, cuanto de la historia fidedigna del establecimiento de la ley (Waldo Ortúzar Latapiat: "Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos cincuenta y ocho, N°5, página 13, nota 1; y Santiago Lazo: "Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil", Poblete Cruzat Hnos. Editores, Santiago de Chile, año mil novecientos dieciocho, página 675).

NOVENO: Que esa misma presentación en examen no cumple con los mentados presupuestos, dado que el compareciente se limita a enumerar genéricamente, bajo el acápite "Leyes Infringidas", los artículos 10 y 390 del Código Penal y 451 y "siguientes" del de Procedimiento del ramo, en consonancia con los artículos 1698 y "siguientes" del Código Civil, como reglas legales que estima inobservadas y junto con una breve relación del proceso, sin describir la conexión de las normas legales indicadas con las dos causales de nulidad alegadas. Además, no se define en cada caso, la forma cómo se habrían producido las transgresiones de ley o leyes que delata y que configurarían las motivaciones que exhorta, por lo que el arbitrio resulta vago e impreciso, omisión de por sí bastante para declarar su improcedencia, sin perjuicio de la indeterminación de ciertas disposiciones que se proclaman infringidas bajo el denominador común de "y siguientes", tanto del Código de Enjuiciamiento Criminal, así como del estatuto Civil, irregularidades que le restan al recurso aquella seriedad y precisión que le es consustancial.

Semejante abstención en su formulación, se visualiza por otra parte, al presentar como error de derecho la contravención de las leyes reguladoras de la prueba, pero olvida citar aquellas reglas que ostentan tal calidad, y habrían sido adaptadas equivocadamente para justificar la petición de nulidad de la sentencia.

En tal virtud, es fuerza reconocer que el presente medio de impugnación carece de la determinación que manda la ley, la que ciertamente ha tenido en vista la descrita naturaleza propia del recurso de casación en el fondo, su carácter excepcional y la necesidad de proteger su majestad a través de solemnidades peculiares distintas de las que se requieren en el común de los recursos.

DÉCIMO: Que, por lo demás, se advierten objeciones sobre la ponderación de los elementos incriminatorios reunidos en el curso de la investigación, materia que escapa del control de este tribunal, desde que le está vedado examinar y aquilatar los medios probatorios mismos, ya justipreciados por los sentenciadores del grado en el ejercicio de sus atribuciones privativas, así como revisar las conclusiones a que arribaron porque eso importaría desnaturalizar el arbitrio en estudio, que debe fundarse únicamente en tópicos de derecho.

UNDÉCIMO: Que merced a los vicios de formalización detectados y por no haberse violado, igualmente, preceptos legales que reúnan la cualidad de normas "decisoria litis", este capítulo queda desprovisto de asidero.

DUODÉCIMO: Que para la acertada decisión del asunto, importa dejar en claro que los jueces del fondo absolvieron a S.G.S.V. de la acusación de oficio, su adhesión y la

acusación privada que le imputaban ser autora del delito consumado de parricidio en la persona de su cónyuge A.E.M.J., cometido en Machalí el diecinueve de junio de dos mil, y calificó como tal los hechos fijados en el fundamento segundo del fallo de primera instancia, en los términos que allí se describen; y en seguida, en el basamento séptimo, consigna que si bien es cierto se encuentra acreditada en autos la existencia del hecho típico, es innegable que concurren elementos latos y contundentes para entender el actuar de la hechora dentro de las llamadas "causales de justificación" y por consiguiente, no incumbe enmarcarla en una conducta antijurídica, puesto que se presentan plenamente los requisitos de las eximentes de responsabilidad penal contempladas en los numerales cuarto y quinto del artículo 10 del Código Penal, vale decir, obrar en defensa de su persona o derechos y de la de sus parientes, exigencias que son versadamente desplegadas y razonadas en la lucubración octava del citado laudo, debidamente reproducida por los sentenciadores de alzada, quienes se hicieron cargo de las discrepancias de los apelantes para considerarlas como evidenciadas en el litigio, proceso intelectual y jurídico que se plasma en una sentencia fundada, coherente y lógica, que desde el considerando cuarto a décimo quinto y décimo noveno a trigésimo primero fija los presupuestos fácticos que tornan copiosamente aplicables al acontecimiento sub judice las causales antes expuestas, disquisiciones que esta Corte comparte.

DÉCIMO TERCERO: Que en estas condiciones los recursos impli-

can modificar el escenario fáctico establecido por los magistrados del grado, sucesos inamovibles para este tribunal de casación, que sólo podría alterarlos si se demostrase que se los acreditó con vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, para lo que resulta indispensable el motivo de casación en el fondo consagrado en el ordinal séptimo del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, que el libelo de fojas 1394 a 1403 no hace, de suerte que sólo con arreglo a ellos ha de examinarse las razones sustantivas planteadas, no consiente, por tanto, otra potestad que la de pronunciarse acerca de la correcta aplicación del derecho a esos casos y verificar una adaptación desacertada en favor de la enjuiciada respecto de la eximente de responsabilidad penal que le acogió.

DÉCIMO CUARTO: Que las conductas determinadas en la resolución atacada, han surgido de indicios apoyados en hechos reales y probados, como se desprende de los testimonios y piezas documentales relacionados en el fundamento segundo del edicto del a quo, que el recurrido hace suyo, de los cuales emanan antecedentes suficientes para establecerlos del modo que se lee en las correspondientes reflexiones de los tribunales de la instancia, actos en los que convergen los componentes legales de las eximentes de que se trata y que el veredicto refutado constata.

DÉCIMO QUINTO: Que lo anotado precedentemente faculta inferir que los jurisdicentes no han quebrantado las disposiciones a que se refieren los recursos, de suerte que la pretensión en el sentido de obtener

la nulidad del dictamen controvertido que reposa singularmente en el literal primero del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, tampoco puede prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546, N°s. 1° y 7°, y 547 del Código de Enjuiciamiento Penal y 772 del de Procedimiento Civil, SE RECHAZAN los recursos de casación en el fondo promovidos por los profesionales Wladimir González Barrera y Eduardo Jara Castro, en lo principal de los escritos de fojas 1378 a 1393 y 1394 a 1403, en representación de los querellantes particulares Felipe y Rodrigo Muñoz Chávez respectivamente, en contra de la sentencia de cuatro de marzo de dos mil diez, que corre de fojas 1368 a 1377, la que, en síntesis, no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redactó el Ministro señor Rodríguez.

Rol N°2158-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Ricardo Peralta V.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de septiembre dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

#### REINCIDENCIA PROPIA Y LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

María Angélica San Martín Ponce<sup>1</sup>

#### **Antecedentes**

El presente comentario recaerá sobre la prescripción de la reincidencia, tratándose de anotaciones penales de adolescentes, que es uno de los aspectos contenidos en sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol Corte N°290-2011, de diecisiete de octubre de dos mil once, que rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, desestimando que hubiese una errónea aplicación del derecho en sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de dicha ciudad con fecha 9 de agosto de 2011. Esta sentencia condenó a un imputado mayor de edad por delito de robo en lugar habitado, considerándosele reincidente en delito de la misma especie en atención a que registraba una condena previa por delito de robo con intimidación cometido el año 2002, cuando era adolescente, aplicando la regla contenida en el artículo 104 del Código Penal y no la del artículo 5 de la Ley N°20.084.

#### Comentario

El artículo 5 de la Ley 20.084 señala: "Prescripción: La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conducta constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses".

Para determinar el alcance de esta regla especial, en orden a precisar si comprende también a la prescripción de la circunstancia agravante de reincidencia establecida en el artículo 104 del Código Penal, resulta pertinente revisar, en primer lugar –aunque sea someramente– las instituciones a las que se refiere, a saber, la prescripción de la acción penal y de la pena.

# Prescripción de la acción penal

El artículo 94 del Código Penal, señala que la acción penal prescribe en determinados plazos, según sea el tipo de delito de que se trate. En caso de crímenes con pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, prescribe en quince años, en los demás crímenes en diez años, en los simples delitos en cinco años y en el caso de faltas en seis meses. Dichos plazos se cuentan desde el día de comisión del ilícito, según el artículo 95 del mismo código, lo que presenta

<sup>1</sup> Abogada, Subdirectora de Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

algunas peculiaridades tratándose de delitos permanentes, de efectos permanentes, habituales y continuados<sup>2</sup>.

Se trata, como lo señala el profesor Cury³, más que de una forma de extinción de la responsabilidad penal, de un impedimento para que la misma se establezca o se desestime, dado que no podemos hablar de responsabilidad penal si esta aún no ha sido declarada legalmente. Correspondiendo, más bien, una prescripción del delito, cuyo desvalor decae por la acción del tiempo⁴, aunque parte de la doctrina estime que esta asimilación es impropia⁵.

## Prescripción de la pena

Se trata de un plazo máximo en que jurídicamente es posible ejecutar las penas impuestas por resoluciones judiciales de término, siendo así un caso de auténtica extinción de responsabilidad penal<sup>6</sup>.

Dicha institución se encuentra regulada con carácter general en el artículo 97 del Código Penal, que señala que las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben según su clasificación de la siguiente forma: las de presidio, reclusión o relegación perpetuos en quince años, las demás penas de crímenes en diez años, las de simples delitos en cinco años y las de faltas en seis meses. Estos plazos, por su parte, comienzan a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse, según lo dispone el artículo 98 del mismo código, cuya redacción ha dado lugar a alguna discusión, específicamente en torno al concepto de "sentencia de término". Al respecto, se ha consensuado que es aquélla que no admite recurso de ningún tipo tendiente a modificarla<sup>7</sup>.

# Prescripción de la reincidencia

Para los casos de reincidencia propia, el artículo 104 del Código Penal señala que estas agravantes no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes después de 10 años, ni después de cinco años en los casos de simples delitos, a contar de la fecha en que tuvo lugar el hecho.

- 2 Guzmán Dálbora José Luis, en Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, primera edición 2002, p. 470.
- 3 Cury Urzúa Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición 2005, p. 799.
- 4 Cury Urzúa Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición 2005, p. 800.
- 5 Etcheberry Alfredo, El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición reimpresa 2002, p. 254.
- 6 Cury Urzúa Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición 2005, p. 803.
- 7 Guzmán Dálbora José Luis, en Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, primera edición 2002, p. 479.

El inicio del cómputo del plazo desde la ocurrencia del hecho ha sido objeto de críticas, dado que puede ocurrir que quién acaba de cumplir pena por un delito, y comete uno de la misma especie, ya no pueda ser considerado reincidente<sup>8</sup>. Lo que podría ser incluso más evidente si el nuevo delito se cometiese estando aún cumpliendo la primera condena.

A pesar de lo anterior, se reconoce que con este artículo nuestra ley ha solucionado la discusión doctrinaria relativa hasta cuando debían considerarse las condenas previas a la comisión de un nuevo delito. Esta discusión la reproduce el profesor Novoa en su Curso de Derecho Penal, consignando que mientras para algunos autores positivistas, entre más tiempo mediase entre la comisión del primer hecho y el segundo, se mostraba mejor el arraigo de la conducta antisocial, para otros el paso del tiempo se valoraba positivamente en el sentido que dicho plazo reflejaba que la pena primitivamente impuesta había sido eficaz (al menos por un tiempo). Agregando el autor en su síntesis, que en el Código Penal Español hasta antes de 1925, la reincidencia no prescribía. Por su parte, Novoa señala que si se quiso ser consecuente con el fundamento del por qué la reincidencia es una agravante de responsabilidad, entendida como la ineficacia de la primera pena, el plazo de prescripción debería empezar a correr desde que culminó el cumplimiento de la primera pena<sup>9</sup>. Lo que extendería al doble los plazos contenidos en el artículo 104 del Código Penal.

#### A modo de conclusión

Si bien pudiese estimarse que la regulación de la prescripción de la agravante de reincidencia propia se vincula con la prescripción de la pena, es evidente su diferencia de momento que sus plazos se computan de supuestos y fechas distintas, como se ha revisado arriba. Su relación se limita a un aspecto formal probatorio, dado que la prueba de la agravante requerirá de una sentencia previa que haya establecido la ocurrencia del primer hecho respecto del cual se es reincidente. Pudiendo en caso de adolescentes estar prescrita la pena impuesta en la sentencia, atendida la regla especial del artículo 5 de la Ley N°20.084.

Dada esta independencia entre las instituciones de prescripción de la acción penal, de la pena y de la reincidencia, la regla especial de la Ley N°20.084 sólo resulta aplicable respecto de las dos primeras, por lo que para la prescripción de la reincidencia se debe aplicar la regulación del artículo 104 del Código Penal, en atención a la aplicación supletoria del Código Penal, consignada en el inciso segundo del artículo primero de dicha ley especial. Es básicamente este el argumento que desarrolla el fallo que se comenta en su considerando quinto cuando señala: "no resulta ser menos cierto que lo acá alegado no es la pres-

<sup>8</sup> Cury Urzúa Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición 2005, p. 514.

<sup>9</sup> Novoa Monreal Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición 2005, p. 89.

cripción, sino la no concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad, ya descrita, la que por mandato legal del artículo 104 ya mencionado, no se puede aplicar respecto de crímenes después de diez años, contado desde ocurrido el hecho, por lo que es necesario colegir que lo establecido en este último artículo no dice relación con la prescripción, puesto que ésta última, tanto respecto de la acción penal como de la pena, puede y en algunos casos debe contabilizarse desde una fecha distinta a la de la ocurrencia del hecho y, aún más, bien se puede entender, que de no existir la disposición antes indicada dicha agravante no tendría límite temporal, toda vez que esta no dice relación con el instituto de la prescripción, motivo por el cual debe necesariamente colegirse que el artículo 104 del Código Penal regula una materia distinta a la prescripción,...".

Razonamiento que ya se ha visto replicado en otra resolución judicial recaída en un recurso de nulidad deducido –por el mismo motivo y causal– por la Defensoría Penal Publica, a propósito de la condena de un adulto por delito de robo en bienes nacionales de uso público, nos referimos a la dictada por la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 20 de octubre de 2011 en causa Rol Corte N°869-2011–RPP, que rechaza el recurso por los argumentos consignados en los puntos 2 y 3 de su parte considerativa:

- "2.- Que se desestimará la alegación de que la condena de causa RIT 5612•2008 por delito de robo en bienes nacionales de uso público dictada por tribunal de garantía de Temuco, por aplicación del artículo 5 de la ley 20.084 se encontraría prescrita y no podría ser considerada para agravar la responsabilidad de su representado, conforme al artículo 104 del código Penal.
- 3.- Que para lo anterior se ha considerado que el artículo 104 del Código Penal para no tomar en cuenta la circunstancia agravante del artículo 12 N°16 Código Penal, exige el transcurso de un lapso de 10 años tratándose de crímenes, y de 5 años en los casos de simples delitos a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, norma que no dice relación con el plazo de prescripción de la acción penal o de la pena, previstos en el art. 94 o 97 del Código Penal o 5 de la ley 20.084, que regulan una situación diversa. Ante el vacío de la ley 2084 respecto de una norma que regule el lapso a partir del cual no se tomará en cuenta la circunstancia agravante del (artículo 12 N°16 Código Penal), debe aplicarse el art. 104 del Código Penal, sin poder hacer al efecto una interpretación que adecue sus plazos a la situación de un adolescente".

#### Fallo

Rancagua, diecisiete de octubre de dos mil once.-

### Vistos:

En fojas 9 de estos antecedentes comparece el defensor penal público

César Zamorano Quitral, en representación del imputado Frido Adonay García Jofré, en esta causa RUC 1000864146-9, rol interno O – 181 - 2011 del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, Rol Corte 181-2011, quien deduce recurso de nulidad para invalidar la sentencia dictada el 09 de agosto de 2011, en la que se condenó,

al imputado García Jofré, a la pena de siete años seis meses y cuatro días de presidio menor en su grado máximo (sic), accesorias legales y pago de las costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza consumado en lugar destinado a la habitación, cometido en Machalí el día 17 de septiembre de 2010, sin otorgársele beneficio alguno de la ley 18.216, sentencia en la que además, se absolvió al referido García Jofré, como coautor de un delito de robo con fuerza consumado en lugar destinado a la habitación, cometido en Machalí el día 8 de septiembre de 2010.

Fundamenta el recurso en las causales establecidas en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Con fecha 31 de agosto de 2011 el mencionado recurso fue declarado admisible.

Con fecha 27 de septiembre pasado, se verificó audiencia pública para conocer del recurso de nulidad antes reseñado, ante la Corte de Apelaciones de esta ciudad con sala compuesta por el Ministro Sr. Farías, Fiscal Judicial Sr. Trincado y abogado integrante Sr. Briceño, audiencia a la que concurrieron tanto la parte recurrente representada por el abogado defensor Luis Valdenegro, como por el Ministerio Público, representado por la abogado Carina Valdés.

Una vez terminada las alegaciones de los intervinientes se suspendió la audiencia para deliberar, quedando la causa en estado de acuerdo.

### Oídos y teniendo presente:

**Primero:** Que la defensa del acusado García Jofré, dedujo recurso de

nulidad por la causal contenida en el artículo 373 letra b), por haberse aplicado erróneamente los artículos 12 N°16, 18, 67 y 104 del Código Penal y artículo 5 de la ley 20.084.

Se precisa por el recurrente que en el considerando noveno de la sentencia los sentenciadores estimaron que perjudicaba al acusado la circunstancia agravante de responsabilidad establecida en el artículo 12 N°16 del Código Penal, por cuanto de la prueba instrumental allegada al juicio se dio cuenta de un delito de robo con violencia cometido el 13 de agosto de 2002, esto es cuando el acusado era adolescente. Explica el recurrente que mediante lo que dispone el artículo 18 del Código Penal debe considerarse aplicable a su respecto las normas de la prescripción dispuestas en el artículo 5 de la ley 20.084, precepto que dispone que en el caso de los adolescentes la prescripción respecto de las conductas de crimen será de cinco años y no de diez como dicta la norma general del Código Penal.

Refiere a continuación la defensa del procesado García Jofré, que lo anterior no dice aplicación con las Reglas de Beijing, sino más bien con el principio INDUBIO PRO REO, contenido en los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal, puesto que la ley 20.084, promulgada el año 2005, le es más beneficiosa al acusado, toda vez que al pretender aplicar a su respecto la norma del artículo 104 del Código Penal, tomando en cuenta el delito de robo con intimidación que éste cometió el año 2002, se le está perju-

dicando, puesto que el artículo 5 de la ley 20.084, impide al sentenciador aplicar la circunstancia agravante de responsabilidad, ya señalada.

**Segundo**: Que efectivamente los sentenciadores del Tribunal Oral de esta ciudad, al dictar la sentencia impugnada, en el motivo noveno de esta tuvieron en consideración, para aplicar la correspondiente sanción, la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del Código Penal, la que establecieron a partir de la prueba documental allegada al juicio consistente en el extracto de filiación del acusado y copia de la sentencia recaída en la causa Rol N°76.192 del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, donde consta que se condenó a Frido García por un delito de robo con violencia cometido el 13 de agosto de 2002, cuando el acusado era menor de edad, argumentando además los juzgadores del Tribunal Oral de esta ciudad, que debido a la fecha en que el justiciado cometió y se le sancionó por ese delito le era aplicable el artículo 72 del Código Penal.

Tercero: Que la agravante de responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 12 del código punitivo, requiere para su aplicación, en el caso de un delito-crimen, de acuerdo a lo señalado en el artículo 104 del mismo texto legal, que entre el ilícito que se le haya sancionado primeramente y, el que ahora se castiga, no haya transcurrido un lapso superior a diez años.

Que en el caso que nos convoca, aparece que se sancionó al enjuiciado García Jofré, por el delito-crimen de delito de robo con violencia ocurrido el 13 de agosto de 2002 y, ahora, se lo vuelve a sancionar por otro delito de similar naturaleza, -robo con fuerza en las cosas, en lugar destinado a la habitación-, acontecido el día 17 de septiembre de 2010, es decir, entre ambos actos ilícitos, medio un tiempo inferior a los diez años.

Cuarto: Que aún a lo anterior la defensa ha argumentado, que en virtud del principio indubio pro reo, consagrado en el artículo 18 del Código Penal, -ya que el primer ilícito lo cometió cuando en acusado era menor de edad-, el tiempo de prescripción aplicable en la especie, es el señalado en el artículo 5 de la ley 20.084, esto es, cinco años.

Quinto: Que si bien no es materia de discusión que el primero de los delitos lo perpetró el acusado García Jofré, cuando era menor de edad, ilícito que ahora de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 20.084, de fecha 05 de diciembre de 2005, prescribe tanto en su acción penal como en la pena, en relación este acusado, en cinco años y no en diez años, como lo podría serlo respecto de otros acusados mayores o de éste mismo si hubiere sido mayor de edad, -todo lo anterior de acuerdo a la regla general establecida en los artículos 94 y 97 del Código Penal-; no resulta ser menos cierto que lo acá alegado no es la prescripción, sino la no concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad, ya descrita, la que por mandato legal del artículo 104 ya mencionado, no se puede aplicar respecto de crímenes después de diez años, contado desde

ocurrido el hecho, por lo que es necesario colegir que lo establecido en este último artículo no dice relación con la prescripción, puesto que ésta última, tanto respecto de la acción penal como de la pena, puede y en algunos casos debe contabilizarse desde una fecha distinta a la de la ocurrencia del hecho y, aún más, bien se puede entender, que de no existir la disposición antes indicada dicha agravante no tendría límite temporal, toda vez que esta no dice relación con el instituto de la prescripción, motivo por el cual debe necesariamente colegirse que el artículo 104 del Código Penal regula una materia distinta a la prescripción, por consiguiente los sentenciadores del fondo, cumpliendo con el principio de legalidad, dieron una correcta aplicación en la sentencia recurrida, al artículo 12 N°16 del mismo cuerpo legal y consecuencialmente también lo efectuaron respecto del artículo 67 de ese mismo código al aplicar la pena, como lo hicieron.

**Sexto**: Que a mayor abundamiento cabe precisar que en la especie no se ha vulnerado el principio indubio pro reo, consagrado en el artículo 18 del Código Penal, puesto que en primer término que como ya se señalará, acá no nos encontramos en presencia de un problema de prescripción, sino de la aplicación del principio de legalidad del artículo 104 de ese texto legal y, en segundo término, en atención a que el artículo 18 ya mencionado se refiere al caso que la ley posterior exima al hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, lo que en la especie no ha ocurrido en el texto legal invocado por la defensa.

**Séptimo**: Que por último cabe precisar que aún cuando se estimare que no le perjudica a García Jofré la agravante de reincidencia específica, establecida en el artículo 12 N°16 del código punitivo, no es menos cierto que ese caso el tribunal, al no existir circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, por mandato del inciso primero del artículo 67 podía recorrer toda la extensión de la pena en su aplicación, esto es, presidio mayor en su grado mínimo, que contempla una sanción corporal de entre cinco años y un día y diez años de presidio, de lo que se debe colegir, que aún de aceptar la tesis de la defensa, la sanción corporal impuesta al imputado ya indicado, se encuentra dentro de los parámetros en que se encontraban facultados los jueces del fondo, bastando incluso sólo ésta motivación para rechazar el recurso de nulidad interpuesto y fundado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, puesto que en este caso no ha existido un perjuicio que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Con lo razonado y lo dispuesto en los artículos 352, 372, 373, 375, 376, 378, 380, 383 y 384 del Código Procesal Penal, **se resuelve:** 

Que se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor público César Zamorano Quitral, en representación del imputado **Frido Adonay García Jofré**, en contra de la sentencia de fecha nueve de agosto de dos mil once, dictadas en los antecedentes Rit - O – 181 -

2011 del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua y, en consecuencia, el **fallo no es nulo**.

Sin perjuicio de lo anterior y de conformidad a lo previsto en el artículo 375 del Código Procesal Penal, se precisa que la condena impuesta a García Flores es la de presidio mayor en su grado mínimo.

Regístrese, notifiquese, agréguese esta sentencia a la carpeta de ser necesario.

Redacción del Ministro Sr. Farías.

Regístrese y devuélvase.

## Rol Corte N°290-2011.-

Pronunciada por la **Segunda Sala** de esta Corte de Apelaciones, integrada por los señores ministros titulares don Carlos Farías Pino, Fiscal Judicial don Raúl Trincado Dreyse y abogado integrante don Juan Guillermo Briceño Urra.

#### **CONTENIDOS**

#### Artículos

Protección a víctimas y testigos en casos complejos

Marcelo Pérez Adasme y Ángela Chávez Torrico

La obtención de ventajas no patrimoniales en el delito de tráfico de influencias *Luis Humberto Contreras Alfaro* 

Prueba ilegal - exclusión - escuchas telefónicas Carolina Zavidich Diomedi

Algunas reflexiones en torno a la estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita *Tomás Ramírez Hermosilla* 

Calificación jurídica del cobro de intereses excesivos en operaciones realizadas con cargo a tarjetas de crédito de casas comerciales Verónica Rosenblut Gorodinsky

Figuras de ocultamiento y contacto del delito de lavado de dinero en la jurisprudencia chilena *Angélica Torres Figueroa* 

¿Qué solicitar a profesionales del área psicosocial en casos de violencia intrafamiliar? Propuesta sobre informes técnicos en delitos de violencia intrafamiliar

Roberto Rodríguez Manriquez

#### **Sentencias Comentadas**

Comentario del fallo de recurso de nulidad en causa seguida en contra de María del Pilar Pérez López y José Ruz Rodríguez Carlos Gajardo Pinto Comentario al fallo de la Excma. Corte Suprema que resuelve acción de revisión.

Catalina Duque González y Sofia Huerta Castro

Comentario acerca de la investigación y sentencia recaída en causa sobre delitos de abuso sexual del art. 366 bis y abuso sexual agravado *Ignacio Pinto Basaure* 

Comentario a sentencia de la Corte Apelaciones de Rancagua que rechaza apelación de la sentencia definitiva. Absolución del delito de parricidio por aplicación de la eximente de responsabilidad criminal del artículo 10 N°4 del Código Penal *Rodrigo Fernández Moraga* 

Reincidencia propia y Ley de Responsabilidad Penal Adolescente

María Angélica San Martín Ponce

#### **Fallos**

Recurso de hecho rechazado. Resolución que no da lugar al desafuero es apelable <u>Corte Suprema</u>

Recurso de queja acogido. Solicitud de reapertura de la investigación y audiencia para comunicar decisión de no perseverar *Corte Suprema* 

Descarta inhabilidad de Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que actuó como Juez de Garantía en la misma causa

Corte Suprema