

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº45 - DICIEMBRE 2010

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°45 - Diciembre 2010

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

María Cecilia Ramírez Guzmán

Manuel Zárate Campos

Colaboradora:

Andrea González Leiva

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

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

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

E-mail: sluco@minpublico.cl

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.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Sentencias Comentadas

- Sobre la naturaleza y alcance del sobreseimiento que establece el inciso quinto del artículo 247 del código procesal penal. Comentario de dos sentencias de la Excm. Corte Suprema 11
Hernán Ferrera Leiva

Fallos

- Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Recepción de prueba no solicitada oportunamente y su control por la vía del recurso de nulidad 25
Corte Suprema
- Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Artículo 247 del Código Procesal Penal. Apercibimiento de cierre de investigación no formalizada 39
Corte Suprema
- Recurso de queja acogido. Requerimiento en procedimiento simplificado y suspensión del curso de la prescripción de la acción penal 46
Corte Suprema
- Recurso de nulidad rechazado. Legitimación para la reclamación de infracción de garantías 50
Corte Suprema

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

- Análisis del delito de cohecho trasnacional 59
Hernán Fernández Aracena

Sentencias Comentadas

- Análisis de la sentencia condenatoria del Tribunal Oral de Cauquenes en segundo juicio oral, incluyendo comentarios a los recursos de amparo y de nulidad deducidos, como también a la sentencia absolutoria dictada en el primer juicio oral 74
Francisco Ávila Calderón y Roberto Morales Peña

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Evolución normativa del derecho chileno en materia de tráfico ilícito de drogas 149

Nicolás Arrieta Concha

La opinión de la jurisprudencia durante el año 2010 en torno al delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas 166

Jorge Muñoz Bravo

Delito de elaboración ilegal de drogas 183

Lorena Rebolledo Latorre

Fallos

Rechaza recursos de nulidad deducidos por las defensas. Registro de interceptaciones telefónicas. Filmación o grabación de imágenes en la vía pública 192

Corte Suprema

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

Reflexiones sobre el parricidio por omisión 207

Andrés Pacheco Bastías

¿Existe el delito de *grooming* o ciber acoso sexual infantil?: una aproximación desde la óptica jurídico-penal (especial referencia al proyecto de ley que modifica el artículo 366 quáter del Código Penal) 214

Luis Torres González

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

Artículos

Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial 229

Tania Gajardo Orellana

Sentencias Comentadas

Asociación ilícita para cometer delitos tributarios. Comentarios a sentencia dictada por el Tribunal Constitucional 244

Alejandro Moreira Dueñas

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

La inclusión de la huella genética de condenados adolescentes al registro de ADN 269

Eva Curia Castro

Sentencias Comentadas

Comentario sentencia Corte Suprema que rechaza recurso de apelación de amparo en causa sobre delitos de lesiones regidos por la Ley N°20.066 y el artículo 400 del Código Penal 279

María Cecilia Ramírez Guzmán

PRÓLOGO

Con el último número de nuestra Revista del año de nuestro Bicentenario, cerramos un período en el que, además de celebrar nuestros 200 años como República, se han presentado diversas tragedias que han requerido un arduo trabajo de parte de nuestros fiscales, como lo son las investigaciones relacionadas con el terremoto del 27 de febrero y el tsunami o aquellas derivadas de la tragedia vivida en la cárcel de San Miguel.

Sin duda, la evolución y el desarrollo que han tenido las instituciones de nuestro país en estos 200 años de historia independiente han influido en la resolución de los conflictos que hemos debido enfrentar, especialmente en lo que se refiere a tópicos penales, materia en la que hemos visto importantes modificaciones y actualizaciones acordes con los avances de nuestra sociedad y valores presentes, tanto a nivel nacional como internacional.

En ese orden de ideas, en este número destacamos una serie de artículos que se refieren a diversos tipos de asociaciones ilícitas, organizaciones que a partir de la globalización actual presentan cada vez una mayor complejidad y peligrosidad y que, por tanto, requieren de una mayor especialización en quienes trabajan evitando sus perniciosas consecuencias. Estos artículos abordan la asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal; las asociaciones ilícitas formadas con el fin de cometer delitos tributarios, y la asociación ilícita para el tráfico de drogas.

También se presentan artículos relacionados con otro tema de gran relevancia, como es lo relativo al tráfico ilícito de estupefacientes. Así es como, en este número, hemos incluido un artículo que reflexiona en torno a la evolución de la normativa chilena en esta materia, y otro que analiza el delito de elaboración ilegal de drogas.

Del mismo modo, hemos incorporado un trabajo relacionado con las nuevas formas de delinquir que ofrecen las comunicaciones y avances tecnológicos, y el reconocimiento del *grooming*, o ciber acoso sexual infantil, figura que al nacer nuestra República era inimaginable y que hoy nos muestra parte del camino recorrido en nuestra evolución jurídica.

Asimismo, este número incorpora un estudio en torno a la inclusión de la huella genética de adolescentes infractores en el Registro de ADN, y otro que analiza la comisión de un parricidio por omisión, discusión que de modo alguno ha perdido vigencia.

Finalmente, y como siempre en nuestra publicación, incorporamos importantes fallos de nuestra jurisprudencia penal y procesal penal reciente y que nos muestran los criterios que se presentan y priman en las decisiones judiciales de nuestro país.

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

SOBRE LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL SOBRESEIMIENTO QUE ESTABLECE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 247 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. COMENTARIO DE DOS SENTENCIAS DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Hernán Ferrera Leiva¹

El último trimestre de 2010, la Excma. Corte Suprema emitió dos pronunciamientos en torno al sobreseimiento instaurado en el inciso quinto del artículo 247 del Código Procesal Penal, decidiendo en ambos casos, específicamente, si aquél pudo ser invocado y beneficiar en definitiva a quienes aparecían como imputados que no habían sido objeto de formalización, a la fecha del cierre de investigación y hasta transcurridos diez días de este último episodio. Dichas sentencias recayeron sobre el recurso de nulidad Ingreso N°5899-2010 y el recurso de queja Ingreso N°6346-2010, que son materia de este comentario.

El examen de los referidos fallos demanda revisar las reglas contenidas en el artículo 247 del Código Procesal Penal. Dicho artículo se inserta en el código como una regla protectora del plazo de la investigación, que faculta al imputado y al querellante para requerir la intervención judicial y obtener la clausura de las averiguaciones como consecuencia de la extinción del término legal o judicial establecido al efecto. En ese ámbito, el sobreseimiento que contempla el inciso quinto de la norma en cuestión posee el carácter de una sanción de naturaleza procesal, que afecta al persecutor como consecuencia de la no ejecución de un acto determinado, esto es, formular acusación dentro de los diez días siguientes al cierre forzado de la indagatoria.

La mecánica que establece el referido artículo, en efecto, se inicia con la extinción del plazo de la investigación, continúa con un apercibimiento para el cierre de la misma y, a partir de este último evento, señala las conductas que resultan exigibles al fiscal, esto es, comparecer a la audiencia convocada para tal apercibimiento, declarar el cierre y acusar en las hipótesis que la misma ley establece, fijando las consecuencias asociadas a su omisión o incumplimiento. Como se ve, la existencia y vencimiento del plazo de la investigación son materiales que no pueden faltar para concretar el sobreseimiento a que se refiere el artículo 247 del Código Procesal Penal.

De acuerdo a los artículos 233 y 234 del Código Procesal Penal, el plazo de la investigación nace con la formalización. Dicha actuación es en esencia un acto de comunicación, que como tal, no distribuye sus efectos indiscriminadamente, sino sólo a quien es su destinatario o receptor, por esa razón la formalización

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

exige la presencia del imputado², y por eso, en general, cualquiera irrupción en el ámbito de derechos de este último requiere de aquella comunicación³.

Tanto el recurso de nulidad como el de queja a que se refiere este comentario, incidían en causas con más de un imputado, en las que en un primer momento sólo fueron formalizados algunos de ellos, cuyas defensas apercibieron el cierre de la investigación por la extinción del plazo establecido al efecto, obteniendo el término formal de la indagatoria por parte del Ministerio Público y la posterior acusación. El conflicto surge cuando con posterioridad a todos aquellos episodios se logra la formalización de imputados que no lo habían sido hasta ese momento, fijándose un plazo de investigación a su respecto para posteriormente proceder al cierre y su acusación, reclamando estos últimos, para sí, los efectos del cierre de la investigación forzado por los primeros formalizados, argumentando que contados diez días desde aquella clausura, no se presentó acusación en su contra.

Específicamente, por medio del recurso de nulidad se renovó la alegación en torno al sobreseimiento que en audiencia de preparación del juicio oral fue desestimada, mientras que el recurso de queja fue ejercido por el Ministerio Público de Los Lagos, con motivo de la decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, que por vía de apelación dispuso el sobreseimiento definitivo al amparo de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 247 del Código Procesal Penal. El recurso de nulidad fue rechazado y el de queja, acogido, y en ambas sentencias aparecen claramente tratados los aspectos mencionados en los párrafos precedentes, esto es, el carácter de sanción que posee el sobreseimiento en examen y la exigencia de un plazo de investigación que nace de la formalización.

Particular relevancia tiene la ratificación jurisprudencial de la forma en que se enlazan la formalización y el plazo de la investigación, vínculo que se encuentra en el inicio de la problemática tratada y que se describe en la consideración decimotercera de la sentencia recaída en el recurso de nulidad Ingreso N°5899-2010, que expresa: **DÉCIMO TERCERO:** *Que, como expuso en audiencia el representante del Ministerio Público, el sobreseimiento que persigue la defensa no es consecuencia de que los hechos no constituyan un ilícito o que no existan antecedentes que permitan atribuir en ellos participación criminal al acusado Saldívía Vásquez, sino que se sustenta en un hecho preciso, cual es, no haber presentado acusación dentro del plazo de diez días luego de haber sido cerrada la investigación previo apercibimiento. Sin embargo, como se viene razonando, no se puede apercibir al cierre de una investigación no formalizada, porque no se ha iniciado el cómputo del plazo para las indagaciones.*

2 Una única excepción se ubica en el artículo 432 del Código Procesal Penal.

3 Una excepción se encuentra en el artículo 236 del Código Procesal Penal.

Saldivia Vásquez, al dos en noviembre de dos mil nueve, no podía beneficiarse con la aplicación de una norma ajena al estado procesal en que se encontraba en aquella época.

Lo mismo se desprende de lo consignado en el considerando undécimo de la sentencia recaída en el recurso de queja Ingreso N°6346-2010, en la parte que dice: *UNDÉCIMO: Que, en estas condiciones el fiscal del Ministerio Público, sólo podía actuar del modo que lo hizo. Una vez detenido A., se reabrió el procedimiento, se le formalizó y comenzó entonces a computarse el plazo que tenía ese persecutor para la investigación, a cuyo cierre, recién comenzaban a correr los diez días que la ley le indica para formular su acusación.*

En la perspectiva de ser el sobreseimiento del inciso quinto del artículo 247 del Código Procesal Penal, una sanción que amenaza al persecutor que omita formular acusación dentro de los diez días posteriores al cierre de la investigación, cobran relevancia las reflexiones en torno a la conducta alternativa que pudo eximir al Ministerio Público de tal castigo, esto es, formular acusación contra el imputado que, a esas alturas, no había sido formalizado. Dicha conducta, como es sabido, se encuentra prohibida de acuerdo a lo establecido en los artículos 248 letra b) y 259 del código del ramo, con lo que se obtendría que lo exigido para evitar la sanción establecida en la ley sería una actuación que la misma ley prohíbe, postulado que no es aceptable en el ámbito sancionatorio.

Las sentencias del máximo Tribunal excluyen tal contrasentido, como se expresa con claridad en los fundamentos octavo y noveno de la sentencia recaída en el recurso de nulidad Ingreso N°5899-2010, que textualmente señalan:

OCTAVO: *Que, como se advierte, la pretensión del compareciente es hacer efectiva una sanción procesal contra el Ministerio Público, por no haber acusado a Saldivia Vásquez dentro de los diez días siguientes al dos de noviembre de dos mil nueve, data en que culminó la investigación que a esa fecha se encontraba formalizada únicamente respecto de los imputados Del Río, Ríos, Pozo y Herrera.*

NOVENO: *Que de la lectura de las normas que rigen la materia, aparece inequívocamente que la omisión que sanciona el artículo 247, inciso quinto, del Código Procesal Penal, se refiere al caso que el Ministerio Público, apercebido para el cierre de una investigación formalizada, y que se allane a ello, no deduzca acusación contra aquellos imputados a quienes haya comunicado previamente en audiencia, que sigue una investigación en su contra y en que les atribuye intervención en un delito determinado, es decir, que se encuentren formalizados.*

El sentido en que fueron pronunciados los fallos analizados impide la materialización de otros conflictos derivados del razonamiento propuesto por los acusados, como por ejemplo, que individuos que ocupan una misma posición dentro del proceso penal, como imputados que no han sido formalizados, accedan a un mecanismo extintivo en razón de la existencia o no de otros imputados que sí hubieren sido formalizados y se encuentren habilitados para requerir

el apercibimiento de cierre de la investigación y activar los mecanismos instaurados en el artículo 247 del Código Procesal Penal, y lo hagan efectivamente. Dicho modo de distribuir la opción de situarse en un escenario potencialmente beneficioso es de una inequidad evidente.

En definitiva, ambos veredictos constatan que el sobreseimiento del inciso quinto del artículo 247 del Código Procesal Penal, es una sanción que está encadenada a la formalización y al plazo de la investigación que nace de ella, y que por lo tanto, el cierre bajo apercibimiento y la serie de acontecimientos descritos en detalle en la misma norma, alcanzan únicamente a las personas a quienes se ha comunicado del modo que describe el artículo 229 del código del ramo, la existencia de una investigación en su contra.

Texto completo:

Rol N°5899 - 10.

Santiago, a dieciocho de octubre de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos, rol único 0900334556-1 e interno del tribunal 113 - 2009, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Puerto Montt, de treinta y uno de julio de dos mil diez, que en lo decisorio rechaza la acusación particular deducida por la querellante Claudia Vera Medina, en representación de Gacilda Del Carmen Márquez Soto contra Franco Fabián Saldivia Vásquez, del cargo de ser autor del delito de robo que reprime el artículo 433, N°1, del Código Penal, en relación al artículo 397, N°1, del mismo cuerpo legal. Enseguida, condena al mencionado enjuiciado a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de robo calificado previsto y sancionado en el artículo 433, N°2, del Estatuto Punitivo, en conexión al artículo 397, N°2,

del mismo ordenamiento, en grado de frustrado, en la persona y propiedad de Carlos Aguilar Levinere, acaecido en Puerto Montt, el once de abril de dos mil nueve; y a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por su intervención de autor en el delito de robo con intimidación en la persona y propiedad de José Alberto Castillo Vera, cometido en Puerto Montt, el once de abril de dos mil nueve. En ambos casos se impuso al sentenciado las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas del litigio.

En contra de esa decisión, el defensor penal público, señor Nofal Abud Maeztu, por el imputado, dedujo un recurso de nulidad fundado en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la

vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 78.

La audiencia pública se verificó el veintiocho de septiembre último, con la concurrencia y alegatos de la defensora señora Pamela Pereira Fernández, por el sentenciado, y el abogado Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 81.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 32 a 57 de estos antecedentes, se sustenta en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, concretando el defecto en la inobservancia a la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental.

Plantea el compareciente que en la causa RUC 090034556-1, RIT 3858-2009, de la Fiscalía Local de Puerto Montt, que se judicializó el doce de abril de dos mil nueve, se investigó la intervención de Saldivia Vásquez en los dos sucesos delictuosos por los que se encuentra condenado. Esa indagación se cerró el dos de noviembre de dos mil nueve y, no obstante ello, cinco meses después, el ocho de abril del año en curso, con infracción a lo dispuesto en el artículo 248 del Código Procesal Penal, fue acusado extemporáneamente.

Indica que de acuerdo al artículo 247, inciso 5°, del mencionado texto

legal, esa situación debió acarrear un sobreseimiento definitivo en su favor y, consecuentemente, la extinción de su responsabilidad penal.

Asegura que tal normativa fue infringida por la parte acusadora cuya inactividad o negligencia en el ejercicio de la pretensión punitiva, al acusar fuera de plazo a su defendido, no podía subsanarse ni ser convalidada.

Acorde a lo dicho, estima que su representado tuvo un trato discriminatorio en relación a los demás imputados, pues se le acusó de modo diverso, incorporando otra prueba de cargo.

Explica que en la causa, el doce de abril de dos mil nueve, se formalizó la investigación respecto de los imputados Víctor Pozo Alvarado y Gustavo Ríos Cárdenas, por los mismos delitos. En esa audiencia se dispuso la detención de Iván del Río Cárdenas y de su mandante, Franco Saldivia Vásquez, fijándose un plazo de cierre de la investigación de tres meses.

El quince de agosto de ese año, ante el tribunal de garantía constituido en el Hospital de Puerto Montt, se formalizó a otro imputado, Cristian Herrera Leyton y, finalmente, al encartado Del Río. El dos de noviembre de dos mil nueve el Ministerio Público comunica el cierre de la investigación RUC 0900334556-1, RIT 3858-2009, seguida contra los imputados Iván del Río Cárdenas, Gustavo Ríos Cárdenas, Víctor Pozo Alvarado, Cristian Herrera Leyton y Franco Fabián Saldivia Vásquez, acusando sólo a los cuatro primeros,

dictándose el correspondiente auto de apertura del juicio oral.

No obstante lo anotado, relata que el veintiocho de marzo pasado se realizó la audiencia de control de detención y formalización de Saldivia Vásquez en la misma causa RUC 0900334556-1, RIT 3858-2009, y se fijó un plazo de investigación de cuarenta y cinco días. El ocho de abril último se lo acusa por el fiscal y querrelante particular.

En la audiencia de preparación de juicio su parte solicitó el sobreseimiento definitivo, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 93, letra f), 247, 248 y 249 del Código Procesal Penal, rechazándolo el tribunal de garantía, confirmando esa determinación la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

En la misma audiencia, opuso la excepción de previo y especial pronunciamiento del artículo 264, letra e), del estatuto procesal en comento, esto es, la extinción de la responsabilidad penal, cuya resolución se dejó para el juicio oral, ocasión en que se desestimó tanto la excepción previa como las alegaciones de fondo promovidas en el mismo sentido, fundamentalmente, porque la formalización aparece como un trámite esencial para que empiecen a operar los plazos del artículo 247, como expresamente lo señala el 233, letra b), de modo que el término que alegó en favor de su defendido sólo principió a el veintiocho de marzo de este año, cuando fue formalizado y, por último, porque el propio artículo 259 del Código Procesal del ramo exige que la acusación se refiera sólo a per-

sonas que han sido formalizadas, trámite personalísimo respecto de cada imputado.

Como corolario de lo relatado estima que la decisión infringe los artículos 99, 101, 247 y 248 del Código de Enjuiciamiento Criminal, pues se formuló una acusación fuera del plazo legal, toda vez que la única vía que permitía al Ministerio Público liberarse de esa obligación, era instando por la declaración de rebeldía para que, cerrada la investigación, dentro del plazo que indica el artículo 248, pueda solicitar el sobreseimiento temporal. Si la declaración de rebeldía no se hace antes del cierre de la indagación, el procedimiento sigue su curso contra el contumaz con todos sus efectos y consecuencias, una de las cuales es que su representado fue condenado sobre la base de un testimonio de cargo que no se incluía en la primitiva acusación, aquella presentada contra los otros coimputados.

Advierte que esta manipulación del procedimiento se impide con el artículo 101 del Código Procesal Penal, que evita que cada imputado vinculado a una misma causa enfrente cierres de investigación y acusaciones diversas. A contrario sensu, el artículo 274 del estatuto procesal en estudio, establece que cuando el Ministerio Público formule diversas acusaciones que el juez considere conveniente someter a un mismo juicio oral, y siempre que ello no perjudique el derecho a defensa, podrá unirlas y decretar la apertura de un solo juicio, lo que ratifica la intención del legislador de evitar tratos discriminatorios.

En rigor, denuncia que el actuar del Ministerio Público retrotrajo el procedimiento a etapas anteriores, lo que sólo está permitido en caso de decretarse la rebeldía -artículo 101- y en el recurso de nulidad -artículo 165-.

Con tales argumentos, en la conclusión, solicita se acoja el arbitrio intentado y se anule la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, que estima correspondería a la audiencia del artículo 249, a efectos de solicitar que se decrete el sobreseimiento definitivo a favor de Franco Saldivia Vásquez.

SEGUNDO: Que, el recurrente y el Ministerio Público convinieron al momento de la vista de la causa, para los efectos previstos en el artículo 377 del Código Procedimental Criminal, que la defensa instó en las oportunidades procesales correspondientes por el sobreseimiento definitivo respecto del imputado Saldivia Vásquez.

TERCERO: Que, el libelo de nulidad descansa en la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Estatuto procesal del ramo, esto es, cuando en cualquier estado del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, centrando sus reclamos en la vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, afectación que se origina al desestimar el tribunal la pretensión de sobreseer definitivamente la causa, toda vez que, en

su concepto, el Ministerio Público no dedujo acusación contra su representado dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, ni solicitó oportunamente la declaración de rebeldía y el consiguiente sobreseimiento temporal, quebrantos que se materializan, finalmente, en la decisión de condena.

CUARTO: Que para la adecuada decisión de lo planteado, conviene recordar algunos conceptos legales atinentes a la materia de que se trata.

Al efecto, el artículo 229 del Código Procesal Penal define la formalización de la investigación como la comunicación que el fiscal del Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, que actualmente desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados, uno de cuyos efectos es, según indica el artículo 233, letra b), del mismo texto, que comienza a correr el plazo a que se refiere el artículo 247, esto es, el de cierre de la investigación.

QUINTO: Que, adicionalmente, la situación fáctica que surge de los antecedentes puede relacionarse como sigue:

a.- En la causa Ruc 0900334 556-1, Rit 3858-2009, el doce de abril de dos mil nueve, se formalizó la investigación respecto de los imputados Víctor Pozo y Gustavo Ríos, ordenándose al mismo tiempo la detención de Iván del Río y Franco Saldivia. Por último, se fijó en tres meses el plazo de cierre de la investigación.

b.- El quince de agosto del mismo año, se formalizó al imputado Cristián Herrera.

c.- En el mes de septiembre, lo propio acontece respecto del cuarto imputado.

d.- Con posterioridad a ello, la defensa de los formalizados, solicitó el apercibimiento de cierre de la investigación, de conformidad a lo que prescribe el artículo 247 del Código Procesal Penal.

e.- El dos de noviembre de dos mil nueve, se cierra la investigación y se acusó a los imputados Del Río, Ríos, Pozo y Herrera, verificándose la audiencia de preparación de juicio oral el quince de diciembre, dictándose el correspondiente auto de apertura.

f.- El dieciséis de febrero del año en curso se dictó sentencia condenatoria contra los enjuiciados Del Río, Ríos, Pozo y Herrera, complementada por decisión de veintidós de febrero.

g.- El veintiocho de marzo del presente se lleva a efecto la audiencia de control de detención y formalización de Franco Saldivia Vásquez, fijándose un plazo de cuarenta y cinco días para la investigación.

h.- El ocho de abril se cierra ésta y, enseguida, se deduce acusación fiscal y particular contra el mencionado Saldivia Vásquez.

i.- El treinta y uno de mayo se celebra la audiencia de preparación del juicio oral, litigio en el que finalmente se resuelve la condena del imputado,

lo que motiva el presente arbitrio de nulidad.

SEXTO: Que de acuerdo a los antecedentes relacionados precedentemente y lo expresado en estrados, aparece que en el caso en estudio, para unos mismos hechos delictivos, el persecutor penal inició una investigación contra cinco imputados, formalizando la indagación respecto de cuatro de ellos, lo que no ocurrió con Saldivia Vásquez, contra quien se ordenó únicamente su detención. Apercibido el Ministerio Público para el cierre de la investigación por la defensa letrada de los encausados presentes, de conformidad a lo que dispone el artículo 247 del Código Procesal Penal, el fiscal comunicó la conclusión de dicha etapa.

SÉPTIMO: Que ante tal evento, y como consecuencia de la formulación de cargos sólo contra aquellos a quienes se había formalizado previamente, situación en la que no se encontraba el impugnante, aduce su defensa que se han producido los efectos que regula el artículo 247, inciso quinto, del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, que el tribunal, de oficio o a petición de algún interviniente, debe convocar a una audiencia a fin de decretar el sobreseimiento definitivo en la causa.

OCTAVO: Que, como se advierte, la pretensión del compareciente es hacer efectiva una sanción procesal contra el Ministerio Público, por no haber acusado a Saldivia Vásquez dentro de los diez días siguientes al dos de noviembre de dos mil nueve, data en que culminó la investiga-

ción que a esa fecha se encontraba formalizada únicamente respecto de los imputados Del Río, Ríos, Pozo y Herrera.

NOVENO: Que de la lectura de las normas que rigen la materia, aparece inequívocamente que la omisión que sanciona el artículo 247, inciso quinto, del Código Procesal Penal, se refiere al caso que el Ministerio Público, apercibido para el cierre de una investigación formalizada, y que se allane a ello, no deduzca acusación contra aquellos imputados a quienes haya comunicado previamente en audiencia, que sigue una investigación en su contra y en que les atribuye intervención en un delito determinado, es decir, que se encuentren formalizados.

DÉCIMO: Que el imputado Saldivia Vásquez, al dos de noviembre de dos mil nueve, fecha en que el Ministerio Público cerró la investigación previo apercibimiento, no había sido formalizado, de manera que no es aplicable a su respecto, la situación prevista en la disposición legal cuya aplicación reclama la defensa.

UNDÉCIMO: Que a la misma conclusión se arriba por aplicación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, pues la acusación supone, necesariamente y en forma previa, la formalización de la investigación.

DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, el Ministerio Público estaba impedido legalmente de formular acusación, toda vez que el artículo indicado expresamente no lo permite. Al momento del cierre de la

investigación respecto de los restantes imputados, Saldivia Vásquez no había sido formalizado, vale decir, se pretende sancionar al ente persecutor por no verificar una actuación que la ley prohíbe.

DÉCIMO TERCERO: Que, como expuso en audiencia el representante del Ministerio Público, el sobreseimiento que persigue la defensa no es consecuencia de que los hechos no constituyan un ilícito o que no existan antecedentes que permitan atribuir en ellos participación criminal al acusado Saldivia Vásquez, sino que se sustenta en un hecho preciso, cual es, no haber presentado acusación dentro del plazo de diez días luego de haber sido cerrada la investigación previo apercibimiento. Sin embargo, como se viene razonando, no se puede apercibir al cierre de una investigación no formalizada, porque no se ha iniciado el cómputo del plazo para las indagaciones.

Saldivia Vásquez, al dos de noviembre de dos mil nueve, no podía beneficiarse con la aplicación de una norma ajena al estado procesal en que se encontraba en aquella época.

DÉCIMO CUARTO: Que adicionalmente, como esbozó el acusador en estrados, tampoco es pertinente la separación de investigaciones que autoriza el artículo 185 del Código Procesal Penal, pues está reservada para aquellos casos en que, por razones de conveniencia, aconsejen investigar separadamente distintos delitos, cuyo no es el caso, pues aquí se investigan unos mismos ilícitos respecto de cinco imputados.

Por último, el sobreseimiento temporal que echa de menos la defensa, no depende de una actuación que sea resorte del Ministerio Público, sino de una de carácter jurisdiccional, cual es la declaración previa de rebeldía.

DÉCIMO QUINTO: Que en este estado de cosas, el único motivo legal de extinción de la responsabilidad penal que eventualmente podía hacer valer Saldivia Vásquez al momento de su aprehensión era la prescripción de la acción penal, más sus supuestos de hecho no concurrían.

DÉCIMO SEXTO: Que, como resultado de todo lo analizado, no puede decirse que el dictamen de marras conculque la garantía que se dice amagada, pues es de toda evidencia que en la resolución cuestionada y en la tramitación de las fases previas a su dictación, se observaron las formas procesales atinentes a la materia, sin que se advierta en ello algún vicio de los que invoca el recurrente que pueda servir de fundamento a su anulación, por lo que no cabe sino desestimar el recurso.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 99, 101, 247, 248, 252, letra b), 259, inciso final, 372, 373, letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal público, señor Nofal Abud Maeztu, en representación del imputado Franco Fabián Saldivia Vásquez, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Puerto Montt, el treinta y uno de julio de dos mil diez, declarándose que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del abogado integrante señor Alberto Chaigneau.

Rol N°5899 - 10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Alberto Chaigneau del C. y Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

Texto completo:

Rol N°6346-10.

Santiago, once de noviembre de dos mil diez.

VISTOS:

Se ha formado este legajo para el conocimiento del recurso de queja entablado, de fojas 31 a 41, por el Fiscal Regional del Ministerio Público de la Región de Los Lagos, contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Valdivia Sr. Patricio Ábrego Diamantti y Srta. Ruby Alvear Miranda, quienes por resolución de dieciocho de agosto recién pasado, que rola a fojas 29 y 30 de estos antecedentes, emitida en los autos RUC 0900867329-K, RIT O-4851-2009, revocaron el veredicto

del Juez de Garantía de Osorno, de cuatro de agosto último, escrito a fojas 27 y 28, que desechó la solicitud de la defensa en orden a sobreseer definitivamente la causa respecto del imputado V.A.G. y, en su lugar, accedieron a tal pretensión, y dictaron sobreseimiento definitivo y parcial en la litis a favor de ese sujeto. Contra esta decisión, el fiscal del Ministerio Público mencionado, interpuso recurso de queja contra los jueces individualizados por estimar que han pronunciado ese dictamen con grave falta o abuso, impetra en su conclusión que se le deje sin efecto y se reemplace por otro que desestime dicha apelación o, en subsidio, se ordene una nueva vista.

De fojas 45 a 47 informan los jueces recurridos, los que, luego de describir los fundamentos del recurso se limitaron a manifestar que consideran no haber incurrido en falta o abuso grave, puesto que “la materia en cuestión dice relación con la interpretación jurídica que se puede hacer de la aplicación del inciso quinto del artículo 247 del Código Procesal Penal”.

A fojas 49 se tuvo por evacuado el informe y se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente denuncia como grave falta o abuso cometido por los ministros de la Corte de Apelaciones de Valdivia, el haber decretado un sobreseimiento sin que concurren los requisitos que para ello exige el artículo 247, inciso

quinto, del Código Procedimental de penas y, además, porque se le impuso como sanción por no haberse cumplido una actuación improcedente.

Expresa que no puede contabilizarse el término para formular acusación en contra de A. a contar desde el cuatro de marzo del año en curso ¿como lo pretende la defensa- porque a esa fecha tal inculcado no había sido formalizado, sin que corriera por lo tanto plazo alguno de investigación en su contra. Sólo otros tres encausados habían sido formalizados y más tarde acusados y condenados, no así A., quien no compareció a los actos del procedimiento.

SEGUNDO: Que como se advierte de los elementos incorporados en este legajo, el Ministerio Público tomó conocimiento de la comisión de un robo con violencia perpetrado el cinco de septiembre de dos mil nueve, en la persona de Álvaro Águila, de veintitrés años, persona que apareció muerta días más tarde en las aguas del Río Damas.

El nueve de octubre de dos mil nueve se formalizó a tres sujetos por ese delito, sin que pudiera serlo el adolescente V.M.A.G., dado que aquél no fue ubicado para que concurriera a esa audiencia.

El dos de febrero de dos mil diez se despachó orden de detención contra A., que fue informada negativamente por la policía el nueve de marzo de ese mismo año, por lo que el Juez de Garantía declaró rebelde al aludido y citó a una audiencia para el dieciocho de marzo del actual, a fin de discutir el eventual sobreseimiento temporal,

el que se declaró -en los términos del artículo 252, letra b), del Código Procesal del ramo- el dieciocho de marzo de dos mil diez.

Entretanto, el cuatro de marzo del año en curso, el Ministerio Público -a requerimiento de una de las defensas- declaró cerrada la investigación y libró acusación contra los tres enjuiciados formalizados el catorce de ese mismo mes.

El adolescente A. fue detenido a propósito de la comisión de otro delito, el veintidós de mayo de dos mil diez y en la audiencia respectiva, se decretó seguir adelante con el procedimiento, fue formalizado, se dispuso su internación provisoria y se fijó plazo para la investigación.

Posteriormente, la asistencia letrada del referido solicitó audiencia para pedir el sobreseimiento definitivo, fijándose la del cuatro de agosto del presente año, ocasión en que el representante del menor fundamentó su pretensión, pero fue denegada por el Juez de Garantía y, apelada tal edicto, fue revocado por el que ahora se analiza y ataca mediante el recurso de queja en comentario.

TERCERO: Que los ministros recurridos restringieron su informe a negar la existencia de falta o abuso grave alguno, ya que se limitaron a interpretar el inciso quinto del artículo 247 del Código del ramo.

CUARTO: Que dicha disposición legal contiene el período para el cierre de las averiguaciones y prescribe que en el caso que el fiscal se allane a la petición instaurada en tal sentido

por la defensa -que fue lo que ocurrió en estos autos- aquél cuenta con diez días para promover su acusación.

A continuación, en el disputado inciso quinto de ese precepto, se estatuye que “Transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido la acusación, el juez de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, citará a la audiencia prevista en el artículo 249 y dictará sobreseimiento definitivo en la causa”.

QUINTO: Que el inciso quinto del artículo 247 del Código Procesal Penal, arriba transcrito, no requiere de interpretación para su aplicación, toda vez que es de una claridad meridiana, pues sólo es preciso concordar la norma que le antecede -la del inciso cuarto del artículo 247 citado- con otras reglas del mismo estatuto, para definir la procedencia del sobreseimiento o de la acusación en el caso concreto.

SEXTO: Que, es así como, tanto de la lectura del artículo 248, letra b), como del inciso final del artículo 259 del Código Adjetivo de penas, surge con absoluta claridad que el Ministerio Público sólo puede instaurar acusación (en un procedimiento ordinario) contra quien haya sido previamente formalizado. La primera norma señala que “el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: b) Formular acusación “contra quien se hubiere formalizado””. El inciso final del artículo 259, a su turno, especifica que “La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”.

SÉPTIMO: Que de la normativa transcrita aparece de relieve que el fiscal a cargo de la indagación, no podía, por impedírselo la ley, dirigir acusación contra el adolescente V.M.A.G., quien no se había apersonado a la citación para formalizar la indagación en su contra y al cual en data reciente, se había despachado una orden de detención.

OCTAVO: Que, a la vez, en el artículo 233 del ordenamiento de la materia, se consigna como corolario propio de la formalización, entre otros, que comienza a transcurrir el lapso previsto en el artículo 247, esto es, el de la investigación, que en esa última disposición, tiene asignado un período máximo de dos años, lo que es del todo consecuente con aquel otro colofón de la formalización, cual es la suspensión del curso de la prescripción.

NOVENO: Que es un requisito de procedencia de la acusación, que se haya cerrado la investigación y es naturalmente preciso que para poder cerrar las averiguaciones, éstas hayan tenido inicio, lo que no aconteció en lo que concierne al menor A., por cuanto no había sido formalizado, de modo que los efectos de esa comunicación, arriba mencionados, no se habían producido aún.

DÉCIMO: Que el artículo 247 tantas veces mencionado, preceptúa, en su inciso sexto, que el término de la investigación se suspende cuando se decreta sobreseimiento temporal, que procede decretar previa declaración de rebeldía y aún cuando en la especie se había ya hecho tal enunciado con relación a Iguila, lo que

hacía procedente también el sobreseimiento temporal, no obsta a lo que se decide que ello se cumpliera después de librada acusación, porque tanto las pesquisas como la reseñada acusación se le practicaron a otros individuos ya formalizados, mas no a A., porque aún se encontraba pendiente el tiempo de prescripción, no el de investigación.

UNDÉCIMO: Que, en estas condiciones el fiscal del Ministerio Público, sólo podía actuar del modo que lo hizo. Una vez detenido A., se reabrió el procedimiento, se le formalizó y comenzó entonces a computarse el plazo que tenía ese persecutor para la investigación, a cuyo cierre, recién comenzaban a correr los diez días que la ley le indica para formular su acusación.

No verificándose los requisitos de procedencia del sobreseimiento definitivo, los jueces recurridos han incurrido en grave falta o abuso al actuar como lo hicieron, privando al recurrente de su derecho de persecución pública, lo que debe ser enmendado por esta Corte, sin que sea admisible la protesta de los ministros de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el sentido que se habrían ceñido a hacer una interpretación legal, dado que existe disposición clara y perentoria a los efectos especificados, sin que resulte necesaria ninguna otra disquisición.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, SE ACOGE el recurso de queja intentado en lo principal de fojas 31 a 41 y, por consiguiente, se deja sin efecto el pro-

nunciamento de dieciocho de agosto de dos mil diez, que se lee a fojas 29 y 30 de este legajo, extendido por la Corte de Apelaciones de Valdivia, bajo el N°298 - 2010 REF, de su rol de ingreso, que corresponde al RUC 0900867329-K, RIT O-4851-2009 y, en cambio, se confirma la resolución apelada inserta en audiencia de cuatro de agosto de dos mil diez y celebrada por el Juez de Garantía de Osorno, en los autos antes singularizados.

No se remiten estos antecedentes al Pleno de este tribunal por estimarse innecesario. Se previene que el Ministro Sr. Rodríguez estuvo por enviar copia de lo actuado al Tribunal Pleno, por ser facultad privativa de éste resolver sobre su procedencia.

Comuníquese por la vía más expedita y sin perjuicio de ello, agréguese

copia autorizada de esta decisión al legajo tenido a la vista.

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°6346-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

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

RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA. RECEPCIÓN DE PRUEBA NO SOLICITADA OPORTUNAMENTE Y SU CONTROL POR LA VÍA DEL RECURSO DE NULIDAD

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El artículo 336 del Código Procesal Penal establece una facultad proporcionada a los jueces del fondo para disponer la recepción de pruebas no ofrecidas oportunamente, la que opera exclusivamente a petición de alguno de los litigantes y que, por tratarse de un arbitrio, no es controlable por la vía del recurso de nulidad, al corresponder su otorgamiento, en forma soberana, al criterio de los jueces de la instancia.

Lo anterior no obsta a que en el evento que el tribunal ejerza dicha prerrogativa y decida recibir una prueba nueva, como en la coyuntura que la niegue y no admita la recepción de la misma, obviamente debe fundar tal decisión, como lo manda el artículo 36 del Código Procesal Penal.

Texto completo:

Santiago, doce de octubre de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos Rol Único de Causa 0901023134-2 e Interno del tribunal 43-2010, se registra, de fojas 9 a 26, el fallo dictado en procedimiento ordinario por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, el veinte de julio de dos mil diez, que en lo resolutivo castigó a **Lorenzo Alex Curipán Levipán** a purgar cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de autor del delito de incendio consumado, cometido en el Fundo El Carmen el veintiséis

de octubre de dos mil nueve, ilícito reprimido en el artículo 476, N°3°, del Código Penal; y dada la extensión de la sanción corporal inflingida, no se le otorgó ninguno de los beneficios de la Ley N°18.216.

En contra de esa decisión, el defensor penal público, Jaime López Allendes, en representación del convicto Curipán Levipán, dedujo de fojas 27 a 47 recurso de nulidad, asilado en las siguientes motivaciones y con el carácter que a continuación se indica:

A.- Como causal principal, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, por transgresión al debido proceso, en conexión con prueba nueva.

B.- En conjunto con la anterior, por la misma motivación y fundamento, denuncia inobservancia del debido proceso, en concordancia con la indeterminación del hecho punible.

C.- En forma subsidiaria, la causal del artículo 374, letra e), en consonancia con el 342, letra d), del Código Procedimental Criminal, al omitir los raciocinios legales o doctrinales acerca del iter criminis del delito pesquisado.

D.- En conjunto con la pasada, la del artículo 374, letra e), en armonía con los 342, letra c), y 297 del mismo compendio adjetivo, merced a la ausencia de razonamiento lógico sobre la valoración de la prueba, y

E.- En subsidio de todas las pretéritas, la de la letra b) del artículo 373 del Código de Instrucción Penal, por errónea aplicación del derecho, atendido que los hechos establecidos no se encuadran en el tipo penal aplicado.

Este tribunal estimó admisible el arbitrio y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad planteada, como aparece a fojas 59.

La audiencia pública se verificó el veintidós de septiembre en curso, con la concurrencia y alegatos de los letrados señores Fernando Mardones Vargas, en representación del imputado Ortega Flores; Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público y Valentín Vergara Schneider, por la querellante particular. En forma previa fue rendida la prueba documental y de audio ofrecida para la oportunidad y que se halla pormenorizada a fojas 47, con excepción de la adhesión particular presentada en la causa RIT N°1908-2009, rol del Juzgado de Garantía de Angol, de la cual se

desistió la defensa. A continuación, al momento de acompañarse copia del auto de apertura de juicio oral en causa RIT N°43-2010, rol del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, el Ministerio Público incidentó para solicitar el ingreso como prueba del acta de preparación de juicio oral, en particular aquella sección en que se dividió la acusación, ello de acuerdo con el artículo 336, inciso 2°, de la compilación procesal tantas veces mencionada, evacuados los traslados respectivos, el tribunal que cono ce del recurso estimó que en la especie no se reúnen los requisitos exigidos y desechó por unanimidad esa petición. Luego, al producir la prueba correspondiente a las fotografías aparejadas al juicio oral, que se especifican a fojas 47, las que se incluyen en un disco compacto, se opusieron a ello el Ministerio Público y la querellante particular, por no estar así ofrecida en el escrito pertinente, alegación que fue acogida por unanimidad, procedió, en consecuencia, la defensa a incorporar las fotografías en copias simples, las que no fueron objetadas por sus contendientes. Finalmente, concluida la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta de la fracción final de la actuación de fojas 63 vuelta.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 27 a 47 de estos antecedentes, en su motivación principal y en la siguiente causal propuesta en forma conjunta, se vincula con la vulnera-

ción de la garantía del debido proceso, y se asienta en ambos casos en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del dictamen se hubieren conculcado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, sindica como violentados los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 329, 332, 334 y 336, inciso segundo, del estatuto procesal antes indicado.

SEGUNDO: Que, en un plano inicial, se denuncia la inobservancia de tal garantía respecto de la prueba nueva ofrecida por el Ministerio Público y que fuera aceptada por el tribunal oral, afectó con ello la igualdad de armas y la exclusión de la sorpresa judicial, lo que se materializó al instante en que el persecutor penal rendía su prueba testimonial, singularmente con los dichos de Juan Francisco Muñoz Leal, brigadista forestal, oportunidad en que ofreció una nueva con arreglo al artículo 336, inciso 2°, del ordenamiento adjetivo penal, consistente en la declaración de otro testigo, Emilio Rebolledo Jara, sargento 2° de Carabineros, quien sería la persona que efectuó los registros fotográficos exhibidos en la misma audiencia (ciento cincuenta fotos). La razón esgrimida fue aclarar la hora que aparecía en las propiedades de la cámara, y la coincidencia del horario en que fueron captadas en relación a lo que declaró el primer testigo, y que a juicio del fiscal se produjo al preguntar el tribunal al depo-

nente la hora en que ocurrieron los hechos. La defensa objetó dicha petición, toda vez que lo que en realidad se pretendía era mejorar su prueba y superar así las contradicciones en que incurrieron sus propios testigos y, a la vez, se trataba de un motivo perfectamente predecible, tanto el relativo a la hora como al origen de las mismas, no obstante lo expuesto, el tribunal igualmente accedió a lo pedido.

TERCERO: Que así, en opinión del recurrente, se desconocieron el debido proceso, la igualdad de armas y la exclusión de la sorpresa procesal, que se encuentran reconocidas en la letra c) del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de ninguna forma acató los requisitos que exige el artículo 336, inciso 2°, del Código Procedimental del ramo, que sólo la permite para esclarecer puntos de la que se rinde, restringida a su veracidad, autenticidad o integridad, pero en ningún caso pretende reforzar o salvar contradicciones, como ocurrió en el asunto sub lite y que además, era del todo previsible.

CUARTO: Que, se agrega como línea argumentativa, la carencia de legitimación activa del Ministerio Público para impetrar al tribunal oral dicha incorporación, ya que se trata de un punto atinente a la declaración de un testigo propio, y se ofrece una nueva para aclarar lo expresado por él mismo, empero para ello era necesaria la existencia de una contraposición de opiniones o de posiciones, que aquí no aconteció, al no poder existir controversia entre el medio que se ofrece y el interviniente que

la rinde, siendo siempre accesoria a la misma.

QUINTO: Que, por lo que toca a su influencia, ello se grafica en el basamento duodécimo del veredicto rebatido, donde se analizan exactamente las fotografías incorporadas y los dichos de testigos, en consecuencia, ambos medios probatorios sirvieron para determinar el elemento objetivo del tipo penal, es decir, por la incorporación de prueba nueva, se acreditó el injusto, mas provocó un agravio reparable sólo con la declaración de nulidad, deficiencia que fue debidamente preparada, pues se opuso en toda oportunidad a su incorporación, lo que fue denegado por el tribunal. Solicita se acoja su recurso, se anule el juicio oral y la sentencia recaída en él, para determinar el estado en que debe quedar el proceso y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado competente.

SEXTO: Que la segunda causal se promovió en forma conjunta con la principal anterior, y se construye también al amparo de la letra a) del artículo 373 de la recopilación procesal ya citada, igualmente por quebrantar el debido proceso, pero ahora en lo que concierne a la indeterminación del hecho punible, alude al efecto el artículo 259, letra b), del compendio ya reseñado. Ello se habría materializado al no precisarse en el establecimiento de los hechos, la hora de inicio del fuego, puesto que sólo se consignó la atinente al ingreso de Carabineros al lugar, que aconteció alrededor de las diecisiete horas del veintiséis de octubre de dos

mil nueve, lo que es de gran importancia para la teoría del caso de la defensa, en torno al principio de ejecución del ilícito, pues bien podría ser que el encausado no estuviera en ese lugar a dicha hora, y no es suficiente que ello se hubiera insertado en los interrogatorios y contrainterrogatorios, por cuanto debió precisarse de todas formas en la acusación, por ello solicita que se acoja su recurso, se anule el juicio oral y el laudo recaído en él, se determine el estado en que debe quedar el litigio, y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

SÉPTIMO: Que el recurso de nulidad consagrado en nuestro régimen procesal penal ha sido instituido para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente contempladas en la ley, o sea, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del laudo, abre paso a una solución de ineficacia de todos aquellos actos en que se hubieren atropellado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes -artículo 373, letra a)-, o cuando en la dictación del edicto se hubiere hecho una inexacta adaptación del derecho, que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto -artículo 373, letra b); o, por último, cuando se incurriere en deficiencias precisas que dieran lugar a los motivos absolutos de nulidad contenidos en el artículo 374 del cuerpo legal en comento.

OCTAVO: Que las dos irregularidades preliminares develadas por el recurso se extienden al axioma del debido proceso, aunque debe señalarse por lo pronto que aquél consiste en un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigencia y las leyes le entregan a los integrantes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan protestar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos determinados en la ley, resoluciones motivadas o fundadas, etc., desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente, ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano pre-dispuesto por el Estado justamente con ese fin, que comprende por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculpado, pero al mismo tiempo debe actuar con imparcialidad y objetividad.

NOVENO: Que, en la presente situación, esta Corte, escuchó atentamente la prueba documental y de audio ofrecida por el oponente para efectos de la causal de la letra a) del artículo 373 del texto procedimental del ramo, la que consistió en la acusación fiscal librada en la causa RIT N°1908-2009, rol del Juzgado de Garantía de Angol, el auto de apertura de juicio oral de la causa

RIT N°43-2010, rol del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, y copia de las fotografías aparejadas al juicio oral, bajo los Nos. 93 al 112 y 118 al 160, con arreglo a la prueba de la Fiscalía bajo la letra h) de “otros medios de prueba”; y en cuanto a la de audios, se oyeron las siguientes pistas: N°21, contrainterrogatorio de la defensa al testigo Juan Francisco Muñoz, desde el minuto 48.00 al 54.00 (0901023134-2-935-1000715-00-21), N°22, preguntas del Juez Sr. Sandoval al testigo Juan Francisco Muñoz, en forma completa (0901023134-2-935-1000715-00-22), y la N°28, en relación a la prueba nueva, en toda su extensión (0901023134-2-935-1000715-00-28).

DÉCIMO: Que para resolver adecuadamente ambas motivaciones, conviene, en lo que incumbe al cuestionamiento que apunta a la prueba nueva ofrecida por el Ministerio Público, con reiterar lo ya manifestado por esta Corte, entre otros, en los autos N°s. 6711-09, 2752-2009, 4655-05 y 5393-03, en orden a que el artículo 336 del Código Procesal Penal, envuelve una facultad proporcionada a los jueces del fondo para disponer la recepción de pruebas no ofrecidas oportunamente, la que opera exclusivamente a petición de alguno de los litigantes y que, por tratarse de un arbitrio, no es controlable por la vía de la nulidad, al corresponder su otorgamiento, en forma soberana, al criterio de los jueces de la instancia. Lo expuesto surge del claro tenor literal del precepto, que en sus dos incisos expresa que el tribunal “podrá” ordenar o autorizar

la recepción de aquellas probanzas no ofrecidas oportunamente.

Ahora bien, tanto en el evento que el tribunal ejerza dicha prerrogativa y decida recibir una prueba nueva, como en la coyuntura que la niegue y no admita la recepción de la misma, obviamente debe fundar tal decisión, como lo manda el artículo 36 del Código Criminal Adjetivo, reflexión que en la hipótesis del inciso primero del artículo 336, recaerá sobre la justificación de la falta de conocimiento previo de la prueba que se ofrece y en la del inciso segundo, se referirá al surgimiento de una controversia probatoria en los términos allí consignados y al hecho de no haber sido posible prever su necesidad. Entonces se excluye por sí sola la alegación acerca de una supuesta falta de legitimidad activa del persecutor penal en cuanto a ejercer una potestad que la ley no le habría conferido, desde que no encuentra asidero en la propia norma, la que está dispuesta para todos los intervinientes, sin excepción.

No obstante ello, y sólo como proposición inaugural general, el inciso segundo del aludido artículo 336, es amplio, y abarca cualquier medio de prueba, de modo que resulta ajustado destacar, debido a la utilización restrictiva que debe darse a este mecanismo, que tratándose de los testigos y peritos, tal como lo enseñan los autores *“la falta de veracidad que permitiría el recurso a esta norma debe recaer sobre hechos concretos fácilmente verificables, no sobre percepciones u opiniones”*. *“En todo caso, siempre debe justificarse por el solicitante de prueba nueva que no fue*

posible prever su necesidad en la oportunidad que la ley señala para su ofrecimiento”. (Horvitz L., María Inés y López M., Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año dos mil cuatro, páginas 326 y 327).

UNDÉCIMO: Que es menester recordar que en el proceso penal el sentenciador debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el pleito, vinculado ello al derecho de la defensa de aportar sus pruebas y, en especial, a controlar la de cargo del adversario, a la vez que la prerrogativa concedida para demostrar los extremos destinados a inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus colofones. Sin embargo, esas potestades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del inculcado frente a las del acusador, máxime que también integra la garantía de la defensa y que se denomina *“Igualdad de posiciones”* (Julio Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I. Fundamentos, págs. 577 y ss.).

La doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista *“un proceso racional y justo”* comprende las que siempre exista un procedimiento que ostente la existencia de un contradictor y que los litigantes en la litis tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones (Diego Hauva Gröne, *“El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos tratados internacionales de derechos humanos relativos al debido proceso en los principios básicos del nuevo código”*,

Revista Procesal Penal Nro. 5, págs. 13 y ss.).

DUODÉCIMO: Que a pesar de lo razonado, este tribunal queda de todas formas impedido de determinar acerca del cumplimiento de los extremos de la mencionada disposición, en lo que atañe al fundamento de tal resolución, vale decir, a la elucubración encaminada al surgimiento de una controversia probatoria en los términos allí indicados y con el hecho de no haber sido posible prever su necesidad, desde el momento que no aparece recogida en el edicto condenatorio tal incidencia, ni los motivos esgrimidos para su aceptación, y tampoco aparece que fuera debidamente probado por el compareciente, dado que el único antecedente relacionado perteneció a la pista N°28, denominada “prueba nueva”, 0901023134-2-935-1000715-00-28, referida exclusivamente a los motivos instaurados en el juicio oral por el Ministerio Público para dicha solicitud, y que consistió en citar al testigo Emilio Blas Rebolledo Jara, para deponer sobre la hora que aparece incorporada en las “propiedades” del sistema operativo de la cámara fotográfica, lo que a su criterio era imposible de prever la inquietud del tribunal a ese respecto, lo que generó su necesidad en el supuesto del inciso segundo del artículo 336 del Código Procesal Penal, en tal virtud, al no haberse acreditado ante este tribunal el fundamento de la impugnación, ésta no puede prosperar.

DÉCIMO TERCERO: Que la indeterminación del hecho punible, propuesta como afrenta al debido

proceso, más bien encierra una crítica valorativa a las atribuciones ejercidas por el tribunal, por cuanto de la descripción que se realiza en el fundamento undécimo, quedó asentado en el fallo:

“Que el día lunes 26 de octubre de 2009, el acusado Curipán Levipán y el grupo de personas que le acompañaba ingresaron al Fundo San Sebastián.

II. Que en dicha circunstancia ingresaron al predio forestal colindante al Fundo San Sebastián denominado Fundo El Carmen, de propiedad de la Forestal Monte Aguila, Filial de Mininco, lugar donde procedieron a dar origen a un incendio forestal mediante la aplicación de fuego a múltiples focos de material vegetal acopiado en el referido bosque.

III. Que el incendio se encontraba en desarrollo, y luego de que carabineros terminara con el enfrentamiento, las brigadas forestales pudieron controlar el siniestro alrededor de las 18.50 horas, el que ya había afectado aproximadamente a 1,53 hectáreas de la plantación de Eucaliptos Globulus del predio antes mencionado.

IV En estas circunstancias el acusado fue detenido por personal de Carabineros que había llegado a controlar la situación, el que se encontraba encapuchado y embozado y provisto con una boleadora y una mochila con los cuales se había enfrentado previamente a la fuerza policial”.

DÉCIMO CUARTO: Que es así como fluye un relato perfectamente lógico de lo acontecido el día de los hechos, sin que la carencia del hora-

rio exacto de inicio del fuego, haga posible por sí sola desacreditar la perpetración del delito de incendio investigado, respecto de cuya falta no se especificó por la defensa que hubiera sido objeto de reclamo en la audiencia de preparación de juicio oral, acorde con el artículo 263 del Código Procesal Penal, máxime si se refiere a un tópico que, para esta clase de ilícitos, por las particularidades que lo rodean, es de suyo difícil de establecer, y que sólo se logra su constatación cuando ya se encuentra declarado, merced a su magnitud, cuya visibilidad permite su verificación.

Asimismo, es útil advertir que la propia defensa incorporó como prueba en la presente audiencia, copia de la acusación del Ministerio Público, donde claramente se dice: “en horas de la *mañana* del día Lunes 26 de Octubre de 2009 el acusado”, de forma tal, que siempre se trató de una circunstancia del todo conocida por la propia defensa, de modo que no puede sostener ahora su desconocimiento o sorpresa.

DÉCIMO QUINTO: Que, en su intervención, el querellante particular destacó que el enjuiciado fue formalizado también por los delitos de desórdenes públicos y usurpación cometidos en la misma ocasión, produciéndose la separación de la acusación con respecto al delito de incendio, por lo que no es tal la alegación -la que considera inconsistente-, en el sentido que al momento del incendio no estaba presente en el lugar de los hechos el encartado, y que, en cambio, sí lo estaba para los otros dos ilícitos, en circunstancias

que todos se llevaron a cabo el veintiséis de octubre de dos mil nueve, y se iniciaron en horas de esa mañana.

DÉCIMO SEXTO: Que, a mayor abundamiento, como explica la doctrina especializada, la infracción de los derechos o garantías debe haber sido sustancial, lo que implica que no toda contravención determina automáticamente la nulidad del juicio oral y del fallo. La equivocación constitucional alegada debe afectar en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente, concurriendo el carácter sustancial de la vulneración, cuando ella ha ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad; esta situación se presenta cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los litigantes en el procedimiento (Horvitz, López, Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica, primera edición, año dos mil dos, páginas 414 y 415).

Este tribunal ha declarado que la anomalía debe ser “trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz, frente al derecho constitucional del debido proceso.” (SCS, Nro. 3319-02, Revista Procesal Penal Nro. 4, diciembre de dos mil dos, página 41). En este mismo orden de ideas ha puntualizado que “El referido arbitrio de impugnación debe entenderse regido por los mismos preceptos 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 recopilación procesal criminal. En virtud de dicho dogma 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 entrase, limite o elimine el derecho preterido” (SCS, Nro. 5960-05; SCS, Nro. 502-09). El artículo 375 del compendio adjetivo del ramo prescribe que no causan nulidad los errores del pronunciamiento recurrido que no influyeren en su segmento dispositivo, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso. Horvitz y López sostienen que el carácter sustancial del desacierto implica también que influya en lo dispositivo del fallo (cit., página 416).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en todo caso, y tal como ya se ha explicitado, de ser estimado aquello como constitutivo de una irregularidad procesal, no ostenta el carácter de sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad ni ha influido en el período dispositivo del veredicto, porque ello no es óbice para no estimar configurado el delito de incendio, según ya se precisó, sin que existan reglas imperativas que

obliguen a los jueces a actuar en uno u otro sentido, y deja a su arbitrio la decisión final, que requiere una debida fundamentación, lo que en este caso aparece debidamente cumplido.

DÉCIMO OCTAVO: Que las siguientes dos causales (tercera y cuarta) se entablan en forma subsidiaria y conjuntamente, en ese orden, se refieren ambas a motivos absolutos de nulidad. Así, se invoca la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, consistente en que la sentencia hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letra d), del mismo texto, al acallar todo pronunciamiento acerca de las razones legales o doctrinales referentes a la alegación de una tentativa relativamente inidónea de incendio, o incluso en su carácter de frustrado, ello explicado por las circunstancias ambientales en que se desarrolló el fuego. Sin embargo, se denuncia que el tribunal oral, tan sólo en la porción decisoria de su resolución, concluyó que se trataba de un delito de incendio consumado, sin expresar las lucubraciones que lo llevaron a esa deducción que era sustancial para la determinación final del castigo a inflingir.

DÉCIMO NONO: Que, en lo petitorio solicita que se acoja su reclamo, se anule el juicio oral y el fallo recaído en él, se determine el estado en que debe quedar el proceso, ordene la ejecución de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado respectivo.

VIGÉSIMO: Que sobre este punto, para desechar tal impugnación, basta con el examen del laudo para constatar que ello fue debidamente resuelto

y desarrollado por el tribunal oral, quien anotó que se trata de un delito consumado de incendio del artículo 476, N°3°, del Código Penal, reprimido con presidio mayor en cualquiera de sus grados al incendiarse bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos. Así se califica el hecho punible en el párrafo segundo del basamento décimo segundo, donde se analiza el ilícito a partir de su definición, y lo entiende como la “destrucción de cosas mediante el fuego, con peligro para las personas o propiedad ajena.” Y precisa que el medio empleado, esto es, el fuego, corresponde a un fenómeno natural producido por la combustión de gases y que se manifiesta externamente en la producción de luz y calor, y la devastación que ello produce obedece precisamente al calor generado y a las transformaciones físicas y químicas que sufren los objetos expuestos a él.

Enseguida se destaca que el fuego integra el tipo penal cuando escapa del control de quien lo encendió y adquiere un poder autónomo, por lo que configura un delito de lesión o de resultado, porque atenta contra la propiedad, como por el hecho que su característica es la ruina o deterioro de una cosa por la acción del fuego, sin perjuicio de la lesión o muerte de personas o su comunicación a otros objetos o el peligro para la seguridad pública.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que también se asevera por los jurisdicentes que el elemento objetivo del tipo penal, está constituido por el fuego, concluyen que se encuentra acreditado por las probanzas, y que

los medios utilizados para provocarlo fueron aptos, aunque escasos, dadas las condiciones climáticas y de humedad del combustible, por lo cual alcanzó su plena autonomía algunas horas más tarde, como se desprende de las fotografías incorporadas y de los atestados de quienes depusieron en el juicio oral, de todo lo cual surge de toda evidencia que se trató de un delito consumado, lo que igualmente refrenda en su sección resolutive, sin que fuera necesario, además, reiterar los mismos asertos, ahora para descartar la fase de tentativa o frustración aducida por la defensa del agente. Esa conclusión debidamente fundada excluye otros estadios de desarrollo del ilícito, constatación que conlleva el rechazo de esta motivación.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la causal conjuntamente intentada descansa, a su turno, en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, como motivo absoluto de nulidad, pero se la vinculó con la letra c) del artículo 342 de la misma recopilación, atinente a la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al hechor, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con el artículo 297 del mismo compendio, resalta la ausencia de raciocinio lógico en la valoración de la prueba, cuestiona que de los hechos que se dieron por demostrados, no se indica la hora de inicio del fuego, lo que cree esencial para la defensa, al tratarse de un argumento de absolución, pues su vacío no permite ligar la conducta

que se reprocha a su mandante, como relación de causa a efecto con el resultado, y por otro lado no se aclara por el tribunal como se llegó a determinar que la acción del convicto es la que da inicio al incendio. Solicita que se acoja su recurso, se anule el juicio oral y decisión recaída en él, se determine el estado en que debe quedar el proceso y se ordene la práctica de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado competente.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, a la inversa de lo afirmado en el libelo impugnatorio, de cuya sola lectura queda de manifiesto que está orientado derechamente a censurar la valoración que los jueces del fondo han hecho de los diferentes medios probatorios, lo que evidentemente escapa por completo a la causal invocada, al no apreciarse que resulten ser contrarios a la lógica, a las máximas de la experiencia ni a los conocimientos científicamente afianzados.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, sin perjuicio de lo relacionado en los basamentos precedentes, en la litis penal el Estado tiene impuesta la carga de comprobar en grado de certeza todos los extremos de la imputación delictiva, o sea, todos aquellos hechos que, individualmente o en su conjunto, permiten acreditar los ingredientes del delito o, por el contrario, reprobarlos. En otras palabras, si consideramos que la pretensión punitiva ha de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos que, con arreglo a la ley penal sustantiva configuran un determinado delito, serán hechos relevantes o pertinentes aquellos que revelan o

excluyen la presencia de los componentes del injusto, la participación culpable del hechor y las circunstancias modificatorias de su responsabilidad criminal, materia de los cargos.

VIGÉSIMO QUINTO: Que la motivación de las sentencias debe permitir conocer la inteligencia que sustenta la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo de la pretensión punitiva ejercida por el Estado. De la elaboración deben desprenderse con claridad las reflexiones que ha tenido el tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy particularmente cuando hayan sido controvertidos.

La obligación de fundar los fallos, que no pretende satisfacer necesidades en orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el tribunal que la revise, se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos, la que tendrá la extensión e intensidad bastante para cubrir la esencial finalidad de la misma, que los jurisdicentes expliquen suficientemente el proceso intelectual que los condujo a resolver de una determinada manera.

Entonces, cuando media un componente del tipo criminal que se comprobará sólo por prueba indirecta o por indicios, única disponible e indispensable, se requiere verificar la

existencia de los datos incriminatorios, y que le permitieron construir el juicio de inferencia y singularmente comprobar la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, de conformidad con las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos, exigencias que han llevado al Tribunal Supremo español a expresar que “...la prueba indiciaria no es prueba más insegura que la directa, ni subsidiaria. Es la única prueba disponible. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más por el plus de motivación que exige...que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo...” (STS 33/2005, 19.01.2005).

VIGÉSIMO SEXTO: Que en dicho contexto, el edicto refutado -contrario a lo sostenido por el compareciente-, explica, como en derecho corresponde, los argumentos que conducen a adoptar su decisión de condena, para lo cual es importante tener presente todo lo expresado entre los considerandos séptimo a duodécimo del dictamen en análisis, en especial al quedar refrendado en esas elucubraciones que el tribunal oral se hizo debido cargo de las probanzas reunidas, efectuó una reproducción de los mecanismos de valoración, ajustándose a las reglas de la sana crítica; en el fallo se contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que dieron por probados, favorables y desfavorables al encausado, así como la ponderación que se hizo de cada uno de los medios de

prueba, adoptaron las conclusiones ciñéndose al artículo 297 del Código Procesal Penal, y las alegaciones del libelo reflejan más bien una visión contraria de lo dictaminado, que no por ello es suficiente causal de nulidad.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que al respecto resaltan los testimonios de Jorge Aravena Quintana, José Torres Catrileo, Juan Cisterna Soto, Sergio González Jarpa, Claudio Rodríguez González, Cristián Arellano Fariña, Juan Francisco Muñoz Leal, Emilio Rebolledo Jara, de los peritos Bernardo Venegas Sánchez, Héctor Carrasco Portiño y Jorge Bachler Vienne, los que fueron estimados como creíbles y veraces, con un atestado detallado, concordante, conteste y directo, que permitió comprender cabalmente como se desencadenaron los acontecimientos.

En el caso de Torres Catrileo y González Jarpa, se trató de testigos presenciales que sindicaron al grupo de personas, entre las cuales estaba el enjuiciado, como quienes procedieron a prender una fogata en horas de la mañana, para posteriormente, con los mismos palos encendidos, ingresar el acusado Curipán Levipán al predio colindante denominado El Carmen, para marcar puntos de ignición del campo, repitiendo este comportamiento en dos oportunidades a lo menos, lo que refrendaron los testigos Aravena Quintana y Cisterna Soto. A lo anterior, se suma que los funcionarios policiales Rodríguez González y Arellano Fariña, detuvieron al encartado en el sitio del suceso, situándolo en el lugar en que precisa-

mente se produjo el siniestro, lo que permitió acreditar su participación en el mismo, al ejecutar la conducta descrita en el tipo penal por el que se le acusó.

Todavía se adiciona la existencia del hecho punible con los dichos de Muñoz Leal y Rebolledo Jara, como de los peritos Venegas Sánchez, Carrasco Portiño y Bachler Vienne, quienes refieren los daños provocados en el bosque del fundo El Carmen y aparecen contestes en su origen e intencionalidad, atendidas principalmente las condiciones climáticas imperantes en la zona el día de los hechos y la intervención de terceros, le da el carácter de intencional, se cumplieron así todas las exigencias del artículo 476, N°3°, del Código Penal, ya señalados en los fundamentos vigésimo y vigésimo primero de este pronunciamiento y que se dan por reproducidos.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que la crítica que apunta a la ausencia de lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, no es tal, sin que una oposición de pareceres se traduzca por sí sola en una contravención a dichas pautas, en los términos que precisa el artículo 297 del Código de Enjuiciamiento Penal, máxime si la credibilidad otorgada a los medios de prueba que indica, unidos a los demás elementos de cargo, avalan sobradamente la convicción condenatoria de los magistrados, por lo que la invalidación del juicio y la sentencia, apoyada en este motivo, tampoco puede prosperar bajo ningún respecto.

VIGÉSIMO NOVENO: Que se introdujo en quinto lugar, en subsidio de todas las anteriores motivaciones de nulidad, la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, bajo el pretexto de una errónea aplicación del derecho, en la que luego de reproducir la realidad fáctica establecida por el veredicto atacado, afirma el recurrente que en su concepto no permite demostrar un delito de incendio consumado, pues no se indica que haya sido un fuego “ingobernable”, ni asegura que el bosque fuera “quemado” o “consumido” por la acción del fuego, usa el vocablo “afectado”, que no se enmarca en la conducta típica del incendio; pide que se acoja su reclamo, se proceda a anular el fallo, se extienda otro de reemplazo, que sea absolutorio.

TRIGÉSIMO: Que el atento examen de los fundamentos esgrimidos por el oponente para sustentar este último motivo de nulidad, refleja que los hechos acreditados en la especie, son los que se consignan en el razonamiento undécimo del edicto reprobado, los que ya se reprodujeron en el considerando décimo tercero de esta resolución, de cuya descripción, tal como ya se anticipó, a propósito de la decisión de desestimar las anteriores dos causales del recurso de nulidad, vinculadas a la letra e) del artículo 374, en conexión con el 342, letras c) y d), del Código Procedimental Criminal, que se consignaron en los basamentos vigésimo, vigésimo primero y vigésimo tercero a vigésimo octavo del presente laudo de nulidad, las que se dan por reproducidas con el objeto de evitar repeticiones del todo inoficiosas, y que ciertamente

hablan cabida en la descripción típica del delito de incendio contemplado en el artículo 476, N°3°, del Código Penal, sin que la ausencia de expresiones tales como “afectado”, o que no se denote que el fuego haya sido “ingobernable”, que el impugnante echa de menos, sirvan de presupuesto para un recurso de derecho estricto como el presente, lo que impide que también este capítulo del libelo de nulidad tenga asidero.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 372, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad intentado de fojas 27 a 47 de este legajo, por la asistencia letrada del acusado Lorenzo Alex Curipán Levipán y, por lo tanto, se declara que la sentencia de veinte de julio de dos mil diez, que corre de

fojas 9 a 26, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°5608 - 10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C. No firma el Ministro Sr. Ballesteros, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA. ARTÍCULO 247 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. APERCIBIMIENTO DE CIERRE DE INVESTIGACIÓN NO FORMALIZADA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

“Que de la lectura de las normas que rigen la materia, aparece inequívocamente que la omisión que sanciona el artículo 247, inciso quinto, del Código Procesal Penal, se refiere al caso que el Ministerio Público, apercibido para el cierre de una investigación formalizada, y que se allane a ello, no deduzca acusación contra aquellos imputados a quienes haya comunicado previamente en audiencia, que sigue una investigación en su contra y en que les atribuye intervención en un delito determinado, es decir, que se encuentren formalizados”, (Considerando noveno).

“Que a la misma conclusión se arriba por aplicación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, pues la acusación supone, necesariamente y en forma previa, la formalización de la investigación”, (Considerando undécimo).

“Que, en consecuencia, el Ministerio Público estaba impedido legalmente de formular acusación, toda vez que el artículo indicado expresamente no lo permite. Al momento del cierre de la investigación respecto de los restantes imputados, Saldivia Vásquez no había sido formalizado, vale decir, se pretende sancionar al ente persecutor por no verificar una actuación que la ley prohíbe”, (Considerando duodécimo).

Texto completo:

Santiago, a dieciocho de octubre de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos, rol único 0900334556-1 e interno del tribunal 113 - 2009, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Puerto Montt, de treinta y uno de julio de dos mil diez, que en lo decisorio rechaza la acusación particular deducida por la querellante Claudia Vera Medina, en representación de Gacilda Del Carmen Márquez Soto contra Franco Fabián Saldivia

Vásquez, del cargo de ser autor del delito de robo que reprime el artículo 433, N°1, del Código Penal, en relación al artículo 397, N°1, del mismo cuerpo legal. Enseguida, condena al mencionado enjuiciado a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de robo calificado previsto y sancionado en el artículo 433, N°2, del Estatuto Punitivo, en conexión al artículo 397, N°2, del mismo ordenamiento, en grado de frustrado, en la persona y propiedad de Carlos Aguilar Levinere, acaecido en Puerto Montt, el once de abril de dos mil nueve; y a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por su intervención de autor en el delito de robo con intimidación

en la persona y propiedad de José Alberto Castillo Vera, cometido en Puerto Montt, el once de abril de dos mil nueve. En ambos casos se impuso al sentenciado las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas del litigio.

En contra de esa decisión, el defensor penal público, señor Nofal Abud Maeztu, por el imputado, dedujo un recurso de nulidad fundado en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 78.

La audiencia pública se verificó el veintiocho de septiembre último, con la concurrencia y alegatos de la defensora señora Pamela Pereira Fernández, por el sentenciado, y el abogado Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 81.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 32 a 57 de estos antecedentes, se sustenta en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, concretando el defecto en la inobservancia a la

garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental.

Plantea el compareciente que en la causa RUC 090034556-1, RIT 3858-2009, de la Fiscalía Local de Puerto Montt, que se judicializó el doce de abril de dos mil nueve, se investigó la intervención de Saldivia Vásquez en los dos sucesos delictuosos por los que se encuentra condenado. Esa indagación se cerró el dos de noviembre de dos mil nueve y, no obstante ello, cinco meses después, el ocho de abril del año en curso, con infracción a lo dispuesto en el artículo 248 del Código Procesal Penal, fue acusado extemporáneamente.

Indica que de acuerdo al artículo 247, inciso 5°, del mencionado texto legal, esa situación debió acarrear un sobreseimiento definitivo en su favor y, consecuentemente, la extinción de su responsabilidad penal.

Asegura que tal normativa fue infringida por la parte acusadora cuya inactividad o negligencia en el ejercicio de la pretensión punitiva, al acusar fuera de plazo a su defendido, no podía subsanarse ni ser convalidada.

Acorde a lo dicho, estima que su representado tuvo un trato discriminatorio en relación a los demás imputados, pues se le acusó de modo diverso, incorporando otra prueba de cargo.

Explica que en la causa, el doce de abril de dos mil nueve, se formalizó la investigación respecto de los imputados Víctor Pozo Alvarado y Gustavo Ríos Cárdenas, por los mismos deli-

tos. En esa audiencia se dispuso la detención de Iván del Río Cárdenas y de su mandante, Franco Saldivia Vásquez, fijándose un plazo de cierre de la investigación de tres meses.

El quince de agosto de ese año, ante el tribunal de garantía constituido en el Hospital de Puerto Montt, se formalizó a otro imputado, Cristian Herrera Leyton y, finalmente, al encartado Del Río. El dos de noviembre de dos mil nueve el Ministerio Público comunica el cierre de la investigación RUC 0900334556-1, RIT 3858-2009, seguida contra los imputados Iván del Río Cárdenas, Gustavo Ríos Cárdenas, Víctor Pozo Alvarado, Cristian Herrera Leyton y Franco Fabián Saldivia Vásquez, acusando sólo a los cuatro primeros, dictándose el correspondiente auto de apertura del juicio oral.

No obstante lo anotado, relata que el veintiocho de marzo pasado se realizó la audiencia de control de detención y formalización de Saldivia Vásquez en la misma causa RUC 0900334556-1, RIT 3858-2009, y se fijó un plazo de investigación de cuarenta y cinco días. El ocho de abril último se lo acusa por el fiscal y querrelante particular.

En la audiencia de preparación de juicio su parte solicitó el sobreseimiento definitivo, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 93, letra f), 247, 248 y 249 del Código Procesal Penal, rechazándolo el tribunal de garantía, confirmando esa determinación la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

En la misma audiencia, opuso la excepción de previo y especial pronunciamiento del artículo 264, letra e), del estatuto procesal en comento, esto es, la extinción de la responsabilidad penal, cuya resolución se dejó para el juicio oral, ocasión en que se desestimó tanto la excepción previa como las alegaciones de fondo promovidas en el mismo sentido, fundamentalmente, porque la formalización aparece como un trámite esencial para que empiecen a operar los plazos del artículo 247, como expresamente lo señala el 233, letra b), de modo que el término que alegó en favor de su defendido sólo principió a el veintiocho de marzo de este año, cuando fue formalizado y, por último, porque el propio artículo 259 del Código Procesal del ramo exige que la acusación se refiera sólo a personas que han sido formalizadas, trámite personalísimo respecto de cada imputado.

Como corolario de lo relatado estima que la decisión infringe los artículos 99, 101, 247 y 248 del Código de Enjuiciamiento Criminal, pues se formuló una acusación fuera del plazo legal, toda vez que la única vía que permitía al Ministerio Público liberarse de esa obligación, era instando por la declaración de rebeldía para que, cerrada la investigación, dentro del plazo que indica el artículo 248, pueda solicitar el sobreseimiento temporal. Si la declaración de rebeldía no se hace antes del cierre de la indagación, el procedimiento sigue su curso contra el contumaz con todos sus efectos y consecuencias, una de las cuales es que su representado fue condenado sobre la base

de un testimonio de cargo que no se incluía en la primitiva acusación, aquella presentada contra los otros coimputados.

Advierte que esta manipulación del procedimiento se impide con el artículo 101 del Código Procesal Penal, que evita que cada imputado vinculado a una misma causa enfrente cierres de investigación y acusaciones diversas. A contrario sensu, el artículo 274 del estatuto procesal en estudio, establece que cuando el Ministerio Público formule diversas acusaciones que el juez considere conveniente someter a un mismo juicio oral, y siempre que ello no perjudique el derecho a defensa, podrá unirlas y decretar la apertura de un solo juicio, lo que ratifica la intención del legislador de evitar tratos discriminatorios.

En rigor, denuncia que el actuar del Ministerio Público retrotrajo el procedimiento a etapas anteriores, lo que sólo está permitido en caso de decretarse la rebeldía -artículo 101- y en el recurso de nulidad -artículo 165-.

Con tales argumentos, en la conclusión, solicita se acoja el arbitrio intentado y se anule la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, que estima correspondería a la audiencia del artículo 249, a efectos de solicitar que se decrete el sobreseimiento definitivo a favor de Franco Saldivia Vásquez.

SEGUNDO: Que, el recurrente y el Ministerio Público convinieron al momento de la vista de la causa, para los efectos previstos en el

artículo 377 del Código Procedimental Criminal, que la defensa instó en las oportunidades procesales correspondientes por el sobreseimiento definitivo respecto del imputado Saldivia Vásquez.

TERCERO: Que, el libelo de nulidad descansa en la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Estatuto procesal del ramo, esto es, cuando en cualquier estado del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, centrando sus reclamos en la vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, afectación que se origina al desestimar el tribunal la pretensión de sobreseer definitivamente la causa, toda vez que, en su concepto, el Ministerio Público no dedujo acusación contra su representado dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, ni solicitó oportunamente la declaración de rebeldía y el consiguiente sobreseimiento temporal, quebrantos que se materializan, finalmente, en la decisión de condena.

CUARTO: Que para la adecuada decisión de lo planteado, conviene recordar algunos conceptos legales atinentes a la materia de que se trata.

Al efecto, el artículo 229 del Código Procesal Penal define la formalización de la investigación como la comunicación que el fiscal del Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, que

actualmente desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados, uno de cuyos efectos es, según indica el artículo 233, letra b), del mismo texto, que comienza a correr el plazo a que se refiere el artículo 247, esto es, el de cierre de la investigación.

QUINTO: Que, adicionalmente, la situación fáctica que surge de los antecedentes puede relacionarse como sigue:

a.- En la causa Ruc 0900334 556-1, Rit 3858-2009, el doce de abril de dos mil nueve, se formalizó la investigación respecto de los imputados Víctor Pozo y Gustavo Ríos, ordenándose al mismo tiempo la detención de Iván del Río y Franco Saldivia. Por último, se fijó en tres meses el plazo de cierre de la investigación.

b.- El quince de agosto del mismo año, se formalizó al imputado Cristián Herrera.

c.- En el mes de septiembre, lo propio acontece respecto del cuarto imputado.

d.- Con posterioridad a ello, la defensa de los formalizados, solicitó el apercibimiento de cierre de la investigación, de conformidad a lo que prescribe el artículo 247 del Código Procesal Penal.

e.- El dos de noviembre de dos mil nueve, se cierra la investigación y se acusó a los imputados Del Río, Ríos, Pozo y Herrera, verificándose la audiencia de preparación de juicio oral el quince de diciembre, dictándose el correspondiente auto de apertura.

f.- El dieciséis de febrero del año en curso se dictó sentencia condenatoria contra los enjuiciados Del Río, Ríos, Pozo y Herrera, complementada por decisión de veintidós de febrero.

g.- El veintiocho de marzo del presente se lleva a efecto la audiencia de control de detención y formalización de Franco Saldivia Vásquez, fijándose un plazo de cuarenta y cinco días para la investigación.

h.- El ocho de abril se cierra ésta y, enseguida, se deduce acusación fiscal y particular contra el mencionado Saldivia Vásquez.

i.- El treinta y uno de mayo se celebra la audiencia de preparación del juicio oral, litigio en el que finalmente se resuelve la condena del imputado, lo que motiva el presente arbitrio de nulidad.

SEXTO: Que de acuerdo a los antecedentes relacionados precedentemente y lo expresado en estrados, aparece que en el caso en estudio, para unos mismos hechos delictivos, el persecutor penal inició una investigación contra cinco imputados, formalizando la indagación respecto de cuatro de ellos, lo que no ocurrió con Saldivia Vásquez, contra quien se ordenó únicamente su detención. Apercebido el Ministerio Público para el cierre de la investigación por la defensa letrada de los encausados presentes, de conformidad a lo que dispone el artículo 247 del Código Procesal Penal, el fiscal comunicó la conclusión de dicha etapa.

SÉPTIMO: Que ante tal evento, y como consecuencia de la formula-

ción de cargos sólo contra aquellos a quienes se había formalizado previamente, situación en la que no se encontraba el impugnante, aduce su defensa que se han producido los efectos que regula el artículo 247, inciso quinto, del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, que el tribunal, de oficio o a petición de algún interviniente, debe convocar a una audiencia a fin de decretar el sobreseimiento definitivo en la causa.

OCTAVO: Que, como se advierte, la pretensión del compareciente es hacer efectiva una sanción procesal contra el Ministerio Público, por no haber acusado a Saldivia Vásquez dentro de los diez días siguientes al dos de noviembre de dos mil nueve, data en que culminó la investigación que a esa fecha se encontraba formalizada únicamente respecto de los imputados Del Río, Ríos, Pozo y Herrera.

NOVENO: Que de la lectura de las normas que rigen la materia, aparece inequívocamente que la omisión que sanciona el artículo 247, inciso quinto, del Código Procesal Penal, se refiere al caso que el Ministerio Público, apercebido para el cierre de una investigación formalizada, y que se allane a ello, no deduzca acusación contra aquellos imputados a quienes haya comunicado previamente en audiencia, que sigue una investigación en su contra y en que les atribuye intervención en un delito determinado, es decir, que se encuentren formalizados.

DÉCIMO: Que el imputado Saldivia Vásquez, al dos de noviembre de

dos mil nueve, fecha en que el Ministerio Público cerró la investigación previo apercebimiento, no había sido formalizado, de manera que no es aplicable a su respecto, la situación prevista en la disposición legal cuya aplicación reclama la defensa.

UNDÉCIMO: Que a la misma conclusión se arriba por aplicación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, pues la acusación supone, necesariamente y en forma previa, la formalización de la investigación.

DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, el Ministerio Público estaba impedido legalmente de formular acusación, toda vez que el artículo indicado expresamente no lo permite. Al momento del cierre de la investigación respecto de los restantes imputados, Saldivia Vásquez no había sido formalizado, vale decir, se pretende sancionar al ente persecutor por no verificar una actuación que la ley prohíbe.

DÉCIMOTERCERO: Que, como expuso en audiencia el representante del Ministerio Público, el sobreseimiento que persigue la defensa no es consecuencia de que los hechos no constituyan un ilícito o que no existan antecedentes que permitan atribuir en ellos participación criminal al acusado Saldivia Vásquez, sino que se sustenta en un hecho preciso, cual es, no haber presentado acusación dentro del plazo de diez días luego de haber sido cerrada la investigación previo apercebimiento. Sin embargo, como se viene razonando, no se puede apercebir al cierre de una investigación no formalizada, por-

que no se ha iniciado el cómputo del plazo para las indagaciones.

Saldivia Vásquez, al dos en noviembre de dos mil nueve, no podía beneficiarse con la aplicación de una norma ajena al estado procesal en que se encontraba en aquella época.

DÉCIMO CUARTO: Que adicionalmente, como esbozó el acusador en estrados, tampoco es pertinente la separación de investigaciones que autoriza el artículo 185 del Código Procesal Penal, pues está reservada para aquellos casos en que, por razones de conveniencia, aconsejen investigar separadamente distintos delitos, cuyo no es el caso, pues aquí se investigan unos mismos ilícitos respecto de cinco imputados.

Por último, el sobreseimiento temporal que echa de menos la defensa, no depende de una actuación que sea resorte del Ministerio Público, sino de una de carácter jurisdiccional, cual es la declaración previa de rebeldía.

DÉCIMO QUINTO: Que en este estado de cosas, el único motivo legal de extinción de la responsabilidad penal que eventualmente podía hacer valer Saldivia Vásquez al momento de su aprehensión era la prescripción de la acción penal, más sus supuestos de hecho no concurrían.

DÉCIMO SEXTO: Que, como resultado de todo lo analizado, no puede decirse que el dictamen de marras conculque la garantía que se dice amagada, pues es de toda evidencia que en la resolución cuestionada y en la tramitación de las fases previas a su dictación, se observaron las formas procesales atingentes a la materia, sin que se advierta en ello algún

vicio de los que invoca el recurrente que pueda servir de fundamento a su anulación, por lo que no cabe sino desestimar el recurso.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 99, 101, 247, 248, 252, letra b), 259, inciso final, 372, 373, letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal público, señor Nofal Abud Maeztu, en representación del imputado Franco Fabián Saldivia Vásquez, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Puerto Montt, el treinta y uno de julio de dos mil diez, declarándose que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del abogado integrante señor Alberto Chaigneau.

Rol N°5899 - 10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Alberto Chaigneau del C. y Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

En Santiago, dieciocho de octubre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. REQUERIMIENTO EN PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO Y SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El requerimiento del fiscal en procedimiento simplificado tiene la virtud de suspender el curso de la prescripción de la acción penal, efecto que no puede atribuirse exclusivamente a la formalización de la investigación.

El plazo de prescripción de la acción penal no puede quedar entregado a variables administrativas o a la incomparecencia del imputado, como sucedió en este procedimiento, aspectos que escapan a lo que es exigible al Ministerio Público o a la víctima, en su caso¹.

Texto Completo:

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil diez.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que a fojas 18, el Fiscal Regional Subrogante de La Araucanía, señor Sergio Moya Domke, por el Ministerio Público, dedujo recurso de queja contra los integrantes de la Corte de Apelaciones de Temuco, Ministros Sres. Archivaldo Loyola López y Víctor Reyes Hernández y el abogado Sr. Eduardo Álamos Vera, por las graves faltas y abusos en que habrían incurrido al dictar la resolución que confirmó el sobreseimiento definitivo pronunciado en favor del imputado F. B. P., en la causa RUC 0500110774-9, RIT 770-2006, del Tribunal de Garantía de Temuco.

2°.- Explica el recurrente que el delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, por el que se inició la persecución penal, acaeció el diecinueve de marzo de dos mil cinco, formulándose requerimiento en procedimiento simplificado el siete de febrero dos mil seis. La audiencia de rigor se fijó para el dos de marzo, se postergó hasta el veinte de abril, celebrándose finalmente el cinco junio de dos mil seis, oportunidad en la cual se despachó orden de detención contra el imputado motivada en su falta de comparecencia. Añade que el veinticinco de junio de dos mil siete el requerido fue declarado rebelde, dictándose sobreseimiento temporal por la causal prevista en el artículo 252, letra b), del Código Procesal Penal, el veintisiete de agosto de dos mil siete. Posteriormente el imputado es detenido

1 Sobre esta misma materia, ver sentencia comentada por Pablo Campos Muñoz en Revista Jurídica del Ministerio Público N°41, p. 11 y fallo publicado en la misma Revista, en su N°42, p. 9.

y presentado a audiencia el veintitrés de junio dos mil diez, dejándose sin efecto el sobreseimiento temporal antes indicado. Se fijó luego fecha de juicio para el veintinueve de julio último, ocasión en que el juez de garantía sobreseyó definitivamente la causa por haber operado la prescripción de la acción penal, decisión que el tribunal de alzada de Temuco confirmó.

3°.- Que por el recurso se dice que la falta o abuso grave cometida por los recurridos consistiría en que desconocieron el alcance del artículo 96 del Código Penal, porque la suspensión del procedimiento para los efectos que aquí interesan no se produce únicamente con la formalización de la investigación pues, en la especie, a lo menos ocurre desde que el Ministerio Público presentó requerimiento contra el imputado, actuación con la que pretende la imposición de una sanción por su responsabilidad en un hecho punible, lo que ocurrió el siete de febrero dos mil seis. El veintisiete de agosto de ese año, cuando se sobreseyó la causa, se dio inicio al período de paralización, que cesó el veintitrés de junio del presente, cuando el imputado es detenido y se dejó sin efecto el sobreseimiento temporal ordenado con antelación. En consecuencia, aduce el quejoso que entre el veintisiete de agosto dos mil siete y el veintitrés de junio del año en curso, no han transcurrido los tres años a que se refiere el artículo 96 del Código Penal, es decir no ha operado la prescripción.

4°.- Que si bien es cierto que de conformidad a lo que estatuye el

artículo 233 del Código Procesal Penal, la formalización de la investigación produce entre sus efectos más importantes la suspensión del cómputo del tiempo necesario para la prescripción de la acción penal, no es la única actuación o diligencia que acarrea esa consecuencia. En efecto, el artículo 96 del Código Penal, que en sus alcances no se ha visto alterado con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal y por ende, aplicable en la especie, fija la suspensión del plazo de la prescripción desde que el procedimiento se dirige contra el hechor, lo que puede ocurrir aún antes de la formalización.

5°.- Que en este sentido, el artículo 172 del Código Procesal Penal, que inicia el párrafo 2° del Título I de su Libro Segundo, sobre el Procedimiento Ordinario, prescribe, que la querrela es uno de los medios idóneos para iniciar la indagación de un hecho que revista caracteres de delito y, evidencia en quien la formula, la intención de cooperar en la actividad necesaria para la averiguación del hecho delictivo y sus partícipes, vale decir, claramente constituye una de aquellas actuaciones que producen el efecto de suspender el curso de la prescripción, al tenor del artículo 96 del Código Penal.

6°.- Que en este caso, el acto al que se desconoce el mérito suficiente para acarrear ese efecto, es el requerimiento que formuló el Ministerio Público en procedimiento simplificado respecto de un imputado perfectamente identificado, a quien se atribuye participación en calidad de autor en el delito de manejo en estado

de ebriedad, perpetrado el diecinueve de marzo de dos mil cinco, aproximadamente a las 06:15 horas, en calle Langdon 14, entre las propiedades signadas con los números 650 y 660, respecto de quien se pide la imposición de una sanción de cien días de presidio menor en su grado mínimo, multa de cuatro unidades tributarias mensuales y suspensión de licencia de conducir por seis meses, sobre la base de los elementos de cargo individualizados en la misma presentación. Se trata entonces de la consolidación, en la acusación, de una investigación ya concluida.

7°.- Que, esa actuación del fiscal supera largamente la formalización. Restringir a ésta la virtud de suspender el curso de la prescripción, no sólo pugna con el texto expreso de la ley penal sino que puede acarrear, como consecuencia, que el plazo de prescripción quede entregado a variables administrativas o a la incomparecencia del imputado, como sucedió en este procedimiento, aspectos que escapan a lo que es exigible al Ministerio Público o a la víctima, en su caso.

8°.- Que, entonces, la tesis que sustentan los jueces del fondo, en el sentido que el artículo 233, letra a), del Código Procesal Penal, no da cabida a que otras actuaciones causen el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción penal, toda vez que el artículo 96 del Código Punitivo requeriría que la relación jurídico procesal haya nacido como consecuencia de la formalización de la investigación, no puede ser atendida y no se conforma con la reiterada jurisprudencia de esta Corte,

contenida en los fallos N°5362-2003, de diecinueve de febrero de dos mil cuatro; N°2693-2006, de trece de junio de dos mil seis; 6268-08, de dieciséis de diciembre de dos mil ocho, entre otros, pues como se ha razonado en las reflexiones precedentes, el requerimiento del Ministerio Público en procedimiento simplificado, excede con creces los efectos de la formalización, que constituye una mera comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

9.- Que como necesaria consecuencia de lo que se ha dicho, es posible tener por establecido que al menos, el siete de febrero de dos mil seis, data del requerimiento, el procedimiento ya se había dirigido contra el imputado B. P. Luego, a la fecha en que se presentó al tribunal, el veintitrés de junio de dos mil diez, no había transcurrido el plazo de cinco años que la ley señala para la prescripción de la acción penal.

10°.- Que en consecuencia, cuando los jueces recurridos decidieron confirmar la resolución en alzada que decretó el sobreseimiento definitivo de la causa, incurrieron en una grave falta o abuso, puesto que si bien es cierto la formalización tiene el alcance que ellos refieren en su informe, lo que surge del propio texto de la ley, la actividad desplegada por el persecutor penal tenía el mérito suficiente para entender que el procedimiento se dirigió contra el imputado, como exige el artículo 96 del Código Penal,

y la prescripción no había operado a favor del requerido.

11°.- Que al tenor de lo resuelto, se acogerá el recurso deducido y se invalidará la actuación abusiva.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo prevenido en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, se acoge el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 18 y se invalida la sentencia de once de agosto de dos mil diez, cuya copia corre agregada a fojas 17 de este legajo, que confirmó la de veintinueve de julio de dos mil diez que declaró la prescripción de la acción penal y sobreseyó definitivamente la causa, decidiéndose en su lugar que se la revoca, atendido el hecho que la acción para perseguir la responsabilidad penal de F. A. B. P., en el delito de conducción en estado de ebriedad investigado, no se encuentra prescrita, debiendo continuar el procedimiento de acuerdo a las normas pertinentes del Código Procesal Penal.

No se ordena pasar los antecedentes al Pleno de este tribunal, por estimarse que la infracción denunciada, si bien es grave, no reviste la entidad suficiente que amerite la imposición de una medida disciplinaria.

Acordada la decisión de no remitir los antecedentes al pleno de este tribunal, con el voto en contra del Ministro Sr. Rodríguez, quien estuvo por cumplir con dicho trámite por estar así ordenado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que según su parecer entrega de manera soberana a ese tribunal la decisión acerca de la gravedad del hecho.

Regístrese, comuníquese, devuélvase a la Corte de Apelaciones de Temuco los antecedentes N°599-2010 de ese Tribunal y, en su oportunidad, archívese.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros.

Rol N°6139-10.

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. Nelson Pozo S. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

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

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. LEGITIMACIÓN PARA LA RECLAMACIÓN DE INFRACCIÓN DE GARANTÍAS

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Quedando en evidencia que el menor no ha sufrido perjuicio alguno con la supuesta infracción de derechos que se dice habría sido cometida en su contra, puesto que, además que no hay demostración de que aquél quisiera guardar silencio, es claro que no ha declarado contra él mismo, sino que lo ha hecho respecto de otras dos personas, de modo que, además de no ser efectiva la infracción de derechos que se invoca, no resulta que haya experimentado perjuicio alguno a propósito de su declaración en la causa, donde sólo es un testigo más.

Luego, no es posible sostener que la supuesta infracción de derechos se haya cometido respecto de su persona y que los perjuicios los haya sufrido otra, desde que la garantía que según la defensa se habría afectado en su esencia era el derecho del menor a guardar silencio y a no inculparse, encontrándose demostrado que declaró como testigo y que no lo hizo contra sí mismo, y que, finalmente, no ha sido acusado ni condenado en la causa. No hay por consiguiente, infracción de garantías constitucionales ni de derechos reconocidos en tratados internacionales vigentes.

Texto Completo:

Santiago, veintidós de diciembre de dos mil diez.

VISTOS:

Los jueces de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral de Temuco, por sentencia de 29 de septiembre de 2010, condenaron a Benedicto Contreras Ramírez y a Luis Salilla Rebolledo como autores del robo con intimidación cometido en perjuicio del ofendido de iniciales R.E.U.C. el 27 de febrero de 2009, a cumplir una sanción de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, además de la inhabilitación

absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

La sentencia fue impugnada por la defensa de ambos acusados a través del recurso de nulidad que se dedujo invocándose como única causal, la del artículo 373 letra a), del Código Procesal Penal, admitiéndose a tramitación por resolución de veintitrés de noviembre de dos mil diez, que se lee a fs. 54, fijándose audiencia para su conocimiento a fs. 55, e incorporándose el acta de la vista el día 2 de diciembre pasado, a fs.59.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso instaurado se ha denunciado la infrac-

ción que contempla el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, como causal de nulidad, denunciándose el quebrantamiento de los artículos 5 inciso 2°, 19 N°3, inciso 3° y 76 letra f) de la Constitución Política; además de los artículos 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.3 letra g) del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos; y 85, 91 y 93 letra g) del Código Procesal Penal, que transcriben; como también, de las normas de la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, específicamente de su artículo 31.

Sostiene la recurrente que las violaciones delatadas se han cometido al haberse establecido la participación de ambos acusados, con prueba que fue obtenida con infracción de garantías constitucionales.

Al respecto, explica que la Policía se encontraba investigando un delito de robo con fuerza en lugar no habitado y otro de robo con intimidación, el de este procedimiento. En este contexto, se detuvo al imputado Contreras Ramírez, quien declaró que el otro delito de robo en lugar no habitado fue cometido por el menor N. A. R. y por Luis Salillas Rebolledo, condenado en esta causa. Todos fueron trasladados a la SIP de Carabineros, donde se interrogó al menor A. R., quien sindicó como autores del robo con intimidación de esta causa, a Salillas Rebolledo y Contreras Ramírez, ambos condenados y quienes pretenden que se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral.

Esa “conversación” con el menor A., se llevó adelante sin autorización del

fiscal a cargo y sin la presencia de ningún adulto y, después de ella, se practicó reconocimiento en rueda de detenidos y no se dejó registro de las declaraciones de los imputados Contreras y Salilla. Además, la referida “declaración” del menor fue escuchada por los funcionarios de carabineros Bollman (que preguntaba) y Condezza (que estaba presente), de modo que en la audiencia preparatoria, la defensa pidió la exclusión de la declaración del menor “prestada sin autorización fiscal ni asesoría letrada”- y también la de los testigos Bollman y Condezza, ya referidos, como asimismo de Juan Parra Concha, Manuel Opazo Opazo, Mauricio Vega Pérez y del mismo menor A. R.. Ello fue acogido por la Juez de Garantía, pero revocada por la Corte de Apelaciones de Temuco, donde los ministros, en forma errónea según el recurrente, consideraron que no había infracción de garantías constitucionales porque el menor declaró en calidad de testigo. Sobre esto, acepta que la declaración del menor fue en otra causa, pero asevera que tan irregular interrogatorio tuvo su efecto en la presente, puesto que proporcionó a la Fiscalía prueba para este juicio.

Concluye que se ha violado el debido proceso y las normas que cautelan el derecho de todo imputado a guardar silencio, infringiéndose la licitud de la prueba de cargo; y recalca que la sentencia debe ser el corolario de un procedimiento e investigación racionales y justos, lo que no se cumple en la especie, por haberse incorporado al juicio prueba viciada. Alega que se violó el derecho a guardar silencio del menor adolescente imputado

en el robo con fuerza, quien se refirió a otro hecho (el de esta causa) atribuyendo responsabilidad a sus representados.

Ese derecho a guardar silencio, fue afectado en su esencia, produciendo un efecto desventajoso para sus representados que fueron condenados con esa prueba.

La defensa sostiene que preparó el recurso, puesto que pidió la exclusión de la prueba al Juez de Garantía, lo que luego repitió en sus alegatos de apertura y clausura.

Termina solicitando la nulidad del juicio y de la sentencia y que se realice un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado, donde deberá excluirse toda referencia a los antecedentes obtenidos del interrogatorio del menor A. R., entre ellas, las declaraciones de los carabineros Juan Parra Concha, Julio Bollman Cea, Moisés Vásquez Pinto, Pedro Torres Fernández, Manuel Opazo, José Condezza Cayupe, Mauricio Vega Pérez y del propio menor N. A. R.; o en subsidio, que no se consideren de las declaraciones de los funcionarios señalados, lo expresado por el menor A.

SEGUNDO: Que para la demostración de las circunstancias que configuran la causal esgrimida, la defensa ofreció prueba documental, consistente en: 1) copia del auto de apertura de Juicio Oral de 22 de Julio de 2010; 2) copia del escrito del recurso de apelación de la fiscalía contra el anterior; 3) texto de la resolución recaída en ese recurso; y, 4) nuevo auto de apertura enmendado.

Además, ofreció prueba de audio de la cual sólo se le permitió rendir de la pista única de la audiencia de control de preparación de juicio oral de 22 de julio de 2010, desde el minuto 04.43 al minuto 24.49, toda vez que la restante no fue ofrecida legalmente.

TERCERO: Que rendida la prueba antes referida, el representante del Ministerio Público, invitado por el Sr. Presidente de la sala a hacer uso de la palabra, manifestó que no tenía objeción alguna que formular sobre ella y que la conocía.

CUARTO: Que son hechos aceptados en el recurso, que el menor N. A. R. no tiene la calidad de condenado en esta causa y tampoco ha tenido la condición de inculpado, pero que sí fue imputado en un delito de robo con fuerza que se encontraba investigando la Policía, en forma conjunta con las indagaciones que hacía respecto del delito de robo con intimidación que culminó con la sentencia que ahora se impugna.

Por otra parte, si bien se aduce que la condena de Salilla Rebolledo y Contreras Ramírez en esta causa, se habría obtenido con prueba ilícita, la base del recurso dice relación con la violación de los derechos del menor A. R., respecto de quien la defensa sostiene que se afectó en su esencia el derecho garantizado en la Constitución Política y en diversos tratados internacionales, sobre guardar silencio y no autoincriminarse, pero que en este procedimiento no es imputado y, por consiguiente es esa infracción la que ha provocado la solicitud de los recurrentes, de que esa prueba sea calificada de ilícita.

QUINTO: Que, sin embargo, si bien es efectivo que la Constitución asegura a todo inculpado el derecho a guardar silencio y a no declarar en su contra, así como también el Código Procesal Penal dispone que un inculpado sólo puede ser interrogado por el Fiscal, o con su anuencia y en presencia de su abogado defensor, es lo cierto que en el hecho no se está ante una persona que tenga la calidad de imputado, sino que se alza en el procedimiento en calidad de testigo, siendo también un hecho que emana de los antecedentes de la causa, que la declaración de A. no fue la única; y, por último, fluye de los antecedentes que su actuación no le trajo perjuicio.

SEXTO: Que, en efecto, como primera cuestión se advierte, tanto de la prueba rendida por la defensa como del mérito de la sentencia que se revisa, que el menor A. no fue inculpado en esta investigación, sino que lo fue en un delito de robo con fuerza indagado en otro procedimiento, cuestión aceptada por la defensa en sus alegatos. A. sólo prestó declaración como testigo en esta causa, de modo que no es posible afirmar que se haya vulnerado su derecho a no declarar en su contra. Esta precisión ha sido corroborada por la versión que el mismo menor prestó en la causa, donde junto con señalar que habría sido golpeado y amenazado, fue enfático en expresar que “*Carabineros lo estaba inculcando en un delito de robo en lugar no habitado*” y luego, “*sólo lo interrogaron respecto del delito cometido en lugar no habitado, de otro hecho no.*” (Razonamiento octavo)

SÉPTIMO: Que si bien es cierto que el menor prestó declaración ante los funcionarios de carabineros sin asesoría letrada y sin autorización del Fiscal, lo hizo en calidad de testigo y sus expresiones no resultaron decisivas para el esclarecimiento de los hechos, ya que el funcionario Julio Bollman Cea declaró que recibió una denuncia anónima en el sentido que el condenado Contreras Ramírez era el autor del robo con fuerza que se encontraba investigando y, que se trataba de una persona “*que portaba armamento y que había quemado un colectivo*” de manera que la primera imputación en contra de Contreras no provino del menor A. R.

Ese mismo funcionario policial, Bollmann, refiere que cuando se consultó a Contreras Ramírez sobre el hecho, éste primero rechazó tal imputación y la atribuyó a Salilla Rebolledo y A. R., tras quienes fue la Policía. Interrogado el primero, señaló como partícipe del robo con intimidación al mismo Contreras Ramírez, de modo que la primera inculpación contra Salilla tampoco fue hecha por el menor respecto de quien se reclama infracción de derechos, sino que existieron inculpaciones recíprocas entre Contreras Ramírez y Salilla Rebolledo, terminando este último por aceptar su participación, según el relato de ese funcionario policial.

Recién en este escenario, aparece prestando declaración el menor A. R., quien habría dicho que los autores del robo con intimidación que afectó al conductor de un auto fueron Salilla Rebolledo y Contreras Ramírez, oportunidad en que el primero reco-

noció su intervención en el hecho y agregó que el robo y posterior incendio del vehículo lo había ejecutado junto a Contreras Ramírez.

Por su parte, en su declaración, el testigo Manuel Opazo, también funcionario de Carabineros, éste se limitó a decir que fue la víctima quien reconoció a Salilla Rebolledo y Contreras Ramírez en un set fotográfico.

El testigo José Condezza, cabo 1° de Carabineros, corroboró lo dicho por el funcionario Bollman, en cuanto a que tenía antecedentes sobre el robo al conductor del colectivo, los que había recibido de una denuncia anónima, que sindicaban como partícipe a Contreras Ramírez, que éste inculpaba a Salilla Rebolledo y al menor A. R. y, que el menor señaló a ambos, Contreras y Salilla, como autores del delito, los que fueron reconocidos, primero en fotografías por el ofendido y, después, en rueda de detenidos.

OCTAVO: Que en el desarrollo de los hechos, ha quedado en evidencia que el menor A. no ha sufrido perjuicio alguno con la supuesta infracción de derechos que se dice habría sido cometida en su contra, puesto que, además que no hay demostración de que aquél quisiera guardar silencio, es claro que no ha declarado contra él mismo, sino que lo ha hecho respecto de otras dos personas, de modo que, además de no ser efectiva la infracción de derechos que se invoca, no resulta que haya experimentado perjuicio alguno a propósito de su declaración en la causa, donde sólo es un testigo más.

Luego, no es posible sostener que la supuesta infracción de derechos se haya cometido respecto de su persona y el que los perjuicios los haya sufrido otra no influye en este recurso, desde que la garantía que según la defensa se habría afectado en su esencia era el derecho del menor a guardar silencio y a no inculparse, encontrándose demostrado que declaró como testigo y que no lo hizo contra sí mismo, y que, finalmente, no ha sido acusado ni condenado en la causa. No hay por consiguiente, infracción de garantías constitucionales ni de derechos reconocidos en tratados internacionales vigentes.

NOVENO: Que, en este escenario, las infracciones de derecho denunciadas no son efectivas, como tampoco lo son, naturalmente, sus efectos, de modo que el recurso instaurado deberá ser rechazado.

DÉCIMO: Que es preciso señalar que la prueba que se rindió en este recurso, sólo estuvo dirigida a demostrar la preparación del recurso, tanto la documental como el pasaje del audio que fue escuchado en la vista, empero, no ha sido preciso analizarla mayormente, puesto que el abogado del Ministerio Público, la reconoció y no controvertió la preparación del recurso, sino los fundamentos mismos de la infracción denunciada, que corresponde a lo que se ha analizado en esta resolución.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido a fs. 26 de este legajo contra la sentencia de veinti-

nueve de septiembre de dos mil diez, cuya copia corre agregada a fs. 10 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le sirvió de antecedente en la causa Rit 136/2010 de la Segunda Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros.

Rol N°7919-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. Carlos Künsemüller L., Guillermo Silva G. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H. No firman el Ministro Sr. Künsemüller y el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

ANÁLISIS DEL DELITO DE COHECHO TRASNACIONAL

Hernán Fernández Aracena¹

I. Introducción

Mediante la publicación de la Ley 20.341² “*que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos en contra de la Administración Pública*” se terminó la tramitación de una iniciativa del Poder Ejecutivo que buscaba adecuar la legislación chilena a las observaciones efectuadas a nuestro país por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el marco de las evaluaciones de la implementación de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de esa organización (en adelante la Convención).

Cabe recordar, que en observancia de la Convención se introdujo en el año 2002, mediante la Ley 19.829, un nuevo delito de cohecho activo al Código Penal, en el artículo 250 bis A³, así como también se incorporó la definición de “Funcionario Público Extranjero” en el artículo 250 bis B⁴.

De acuerdo con los mecanismos contemplados en el citado Tratado, los Estados Parte se someten a una serie de evaluaciones, que tienen por objetivo evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones que emanan de dicha Convención,

1 Abogado, Subdirector (S) de la Unidad Especializada en Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Ley 20.341 publicada en el Diario Oficial de 22 de abril de 2009.

3 El artículo 250 bis A del Código Penal establecía: “*El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas*”.

“*El que, en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas*”.

4 El artículo 250 bis B del Código Penal disponía: “Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

seguimiento realizado en el caso de Chile en varias fases⁵, del cual se derivaron diversas observaciones y sugerencias de modificaciones legales⁶, a los efectos de cumplir con las exigencias de este acuerdo internacional.

De allí que la idea central de la Ley 20.341 fuera adecuar la legislación chilena a las sugerencias formuladas por la OCDE, permitiendo de esta manera cumplir con uno de los requisitos necesarios para permitir el acceso de Chile como miembro pleno de esa organización.

En este artículo realizaremos un breve análisis de la actual configuración del delito de cohecho activo a funcionario público extranjero, destacando especialmente las modificaciones introducidas por la Ley 20.341, y comparando el tipo penal chileno con los estándares establecidos por la Convención de la OCDE.

II. Las obligaciones de la convención de la OCDE

Para entender de mejor manera este ilícito, es preciso conocer la dinámica de esta Convención, o conocer qué es lo relevante para ésta. La principal obligación establecida a los Estados Parte es la de tipificar un delito⁷ que permita obtener una sanción para el “empresario” de un determinado país, que realiza una inversión en el extranjero, o que participa de una licitación internacional, y que está dispuesto a entregar un “soborno” o “coima” para los efectos de adjudicarse esa licitación o mantener un contrato anterior, o bien, para asegurarse cualquier negociación, o para obtener una ventaja indebida, en el contexto de una transacción internacional.

5 Estas recomendaciones fueron realizadas en el denominado informe en fase 1 de Chile, que fue adoptado por la OCDE el 24 de agosto de 2004 y que se encuentra disponible en la página web de ese organismo www.oecd.org/dataoecd/52/45/33742154.pdf. Luego se realizó el reporte de la fase 2, adoptado por la OCDE el 11 de octubre de 2007, disponible en www.oecd.org/dataoecd/38/10/39540391.pdf. Posteriormente, y dado los incumplimientos de nuestro país, se organizó por la OCDE la denominada fase 1 bis y fase 1 ter, durante los meses de octubre y diciembre de 2009 respectivamente. El informe en fase 1 bis aprobado por la OCDE se encuentra disponible en www.oecd.org/dataoecd/62/32/43902840.pdf y el informe en fase 1 ter en www.oecd.org/dataoecd/60/12/44254056.pdf.

6 Mayor detalle de estas recomendaciones se pueden ver en el artículo del mismo autor “Cumplimiento de Chile a las obligaciones de la Convención OCDE contra el soborno transnacional” publicado en Boletín N°3 “Comentarios Jurídicos y de Actualidad” de la Unidad Especializada en Delitos Funcionarios y Probidad Pública, junio de 2006, p. 4.

7 El artículo 1° de la Convención señala “Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito punible conforme a la ley el hecho de que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole –sea en forma directa o a través de intermediarios– a un funcionario público extranjero, en beneficio de éste o de un tercero, a fin de que tal funcionario público, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida, en la realización de transacciones internacionales”.

El objeto material del delito en la Convención, el “soborno”, puede consistir en dinero o en otro tipo de beneficio de cualquier naturaleza, que se entrega u ofrece a un funcionario público de un Estado extranjero o de un Organismo Internacional.

En este tipo de casos, en concepto de la Convención, la investigación y castigo del agente “corruptor” debe someterse a la jurisdicción del Estado al cual éste pertenece, generando entonces, casi siempre, un caso de extraterritorialidad, dado que la “negociación” que se busca castigar normalmente sucedió en un país extranjero. De allí la denominación que hacemos de este delito como cohecho activo transnacional.

¿Por qué se adopta esta solución, de tipificar un delito que generalmente ocurrirá fuera del país? La Convención tiene en consideración las dificultades que podría tener el Estado del funcionario público cohechado para obtener la sanción del sobornante, de este “empresario”, que no vive en el país en que se consuma el delito, y que normalmente, se encuentra físicamente en su Estado natal, o que huye o vuelve a su país de origen tras la comisión del ilícito, de manera que, la obligación de tipificar el delito por parte del Estado de origen del sujeto activo del cohecho, tiene un primer fundamento de eficiencia de la persecución penal.

Como contraparte, la sanción al funcionario público que accede a las peticiones del particular o que solicita derechamente un “soborno”, queda entregada al Estado de su nacionalidad, por cuanto generalmente podrá configurarse a su respecto un tradicional delito de cohecho pasivo, que en el caso de Chile se encuentra tipificado en alguna de las hipótesis contempladas en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

Concordante con lo expresado precedentemente, la Convención establece la obligación a los Estados Partes para que establezcan jurisdicción extraterritorial para conocer de estos delitos, precisamente, porque el delito se consuma o se fragua más allá de las fronteras del país del sobornante⁸.

8 El artículo 4 de la Convención OCDE dispone:

“Jurisdicción

1. *Cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a un funcionario público extranjero cuando el delito sea cometido, parcial o totalmente, dentro de su territorio.*
2. *Cada Parte que tenga jurisdicción para enjuiciar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, de acuerdo con los mismos principios.*
3. *Cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un presunto acto delictual descrito en esta Convención, las Partes involucradas deberán, a petición de una de ellas, consultarse entre sí para determinar la jurisdicción más apropiada para enjuiciar el delito.*
4. *Cada Parte revisará si el fundamento actual de su jurisdicción es eficaz para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros y, si no lo fuere, adoptará las medidas que correspondan”.*

Otro punto de interés a destacar en la Convención, se refiere a que los Estados Parte deberán adoptar las medidas necesarias para castigar este delito con penas eficaces, proporcionadas y disuasivas en contra de la persona natural que comete el delito, y también, para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por la corrupción de un agente público extranjero, o al menos, velar por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal.

Asimismo, se debe contar con plazos de prescripción suficientes para investigar el delito, teniendo especialmente en cuenta las dificultades probatorias que puede ocasionar una investigación de carácter extraterritorial que compromete asistencia penal mutua internacional y eventualmente la extradición.

Finalmente, respecto de la materia que nos trata, obliga la Convención a establecer sanciones para delitos conexos como el lavado de activos, y el establecimiento de normas contables financieras que garanticen la transparencia de esa información.

III. Análisis del tipo penal de cohecho activo a funcionario público extranjero

Lo primero que debemos señalar es que la Ley 20.341 partió por derogar los artículos 250 bis A y 250 bis B, y en su lugar se creó dentro del Título V del Libro II del Código Penal un nuevo párrafo, el “9 bis”, dedicado exclusivamente al cohecho a funcionarios públicos extranjeros, de modo que centraremos nuestros comentarios en el delito ahora tipificado en el artículo 251 bis⁹ y en la definición de funcionario público extranjero ahora contemplada en el artículo 251 ter¹⁰.

9 El artículo 251 bis del Código Penal dispone:

“El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas”.

10 El Artículo 251 ter del Código Penal dispone:

“Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se

III.1. Bien jurídico protegido

Pese a la ubicación sistémica del delito de cohecho transnacional en el título V del libro II del Código Penal que se refiere a los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, en el artículo 251 bis se busca penalizar a quien ofrezca un beneficio a un funcionario público extranjero, de tal modo que el castigo contemplado sólo se refiere al “sobornante”, quien generalmente será un particular; de allí que pudiera discutirse la ubicación del delito en el citado título, así como también cual es el bien jurídico protegido en el mismo.

Para intentar señalar cual es el bien jurídico que se tutela en el cohecho transnacional, es importante destacar que entre los fundamentos de la Convención de la OCDE se señala que: “*el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen Gobierno y desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales*”¹¹.

De allí que lo relevante para la norma comentada y para la referida Convención, es el alto costo económico o impacto social que provoca el soborno de funcionarios para obtener importantes contratos comerciales de carácter internacional, de modo que tiene un marcado enfoque económico y que se justifica en un contexto de “*un sistema de mercado progresivamente globalizado*” que tiende a “*proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional*”¹².

De consiguiente, el bien jurídico protegido por este tipo penal sería, a nuestro juicio, *la libre e igualitaria competencia económica en el ámbito de las transacciones internacionales*, o en otras palabras “*el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales*”¹³.

En ese sentido, en la discusión parlamentaria del proyecto que dio origen a la Ley 20.341 se justificó la creación de un nuevo párrafo dedicado exclusivamente al cohecho a funcionarios públicos extranjeros, dado que “*aunque todos los delitos de cohecho tienen como denominador común la corrupción, el bien jurídico protegido en los tipos que penan la conducta de un funcionario público extranjero por actos ejecutados en el ejercicio de su cargo son las transacciones comerciales internacio-*

entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

- 11 Ver en el preámbulo de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.
- 12 Fabián Caparrós, Eduardo en “La corrupción de agente público extranjero e internacional”, Tirant Lo Blanch, España, Valencia, año 2003, p. 80.
- 13 Rodríguez Collao y Ossandon Widow, “Delitos contra la función pública” Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2005, p. 340.

nales y no la Administración Pública, que es protegida en la tipificación de los delitos de funcionarios públicos chilenos”¹⁴.

La introducción de este nuevo párrafo nos parece una correcta definición de técnica legislativa, pues en el delito en comento no se busca sancionar a un empleado público determinado, sino que penalizar a quien asuma la posición de “sobornante”, pues como dijimos si el corrupto ha sido el funcionario público extranjero su punición queda entregada a su país de origen.

En nuestra opinión, este ilícito tampoco busca proteger el buen y correcto desempeño de la Administración de un Estado, pues el castigo de esta figura penal se restringe a algunas actividades específicas que pueden realizar los funcionarios públicos extranjeros –aquellas vinculadas con una transacción internacional– y no a todo su actuar funcionario.

Se ha planteado también que se trataría de un delito pluriofensivo que también puede afectar “*el correcto desempeño de los funcionarios públicos extranjeros*”, dado que éstos quedaban sujetos a una sanción penal “*de acuerdo a la legislación de sus propios países*”¹⁵.

III.2. Sujeto activo y pasivo

Respecto al sujeto activo, se utiliza la expresión “el que”, de forma que el sobornante puede ser cualquier persona, particular o funcionario público.

En el mensaje que dio origen a la Ley 19.829 se consignó que, en armonía con la Convención, el tipo penal que se proponía se refería sólo al cohecho activo, es decir, se castigaba sólo al “sobornante”, dejándose la punición del Funcionario Público Extranjero a su propio ordenamiento jurídico¹⁶.

Conforme a la dinámica explicada respecto de este delito, el sujeto activo debiera tratarse de una persona interesada en concretar un negocio internacional y que para asegurarlo incurre en la conducta sancionada en el artículo 251 bis del Código Penal.

14 En informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 13 de enero de 2009, recaído en el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública, Boletín N°5725-07.

15 En ese sentido, el ex fiscal Nacional Piedrabuena en Oficio, N°1356, de 9 de octubre de 2007, que hoy no está vigente, relativo a los aspectos relevantes de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

16 Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el cual inicia un proyecto de ley que adecua la legislación interna para implementar en Chile la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, y modifica el tipo penal de cohecho activo, de 11 de octubre de 2001, boletín N°2828-07.

El sujeto pasivo, en principio, se trata de aquella persona a quien se le ofrece un “soborno”, y que en este ilícito es el funcionario público extranjero.

Ahora bien, sucede que el citado artículo 251 bis “*sanciona tanto al Sobornador que directamente ofrece la dádiva, como al que consiente en darla (una vez solicitada por el Funcionario), conminándose con mayor pena la primera hipótesis*”¹⁷. De modo que es posible que la iniciativa corruptora la tomare el propio empleado extranjero, quien sería sujeto activo de cohecho “doméstico”, y el particular podría ser o un buen testigo o denunciante de ese delito en la medida que rechazara la petición, o bien, será sujeto activo de cohecho transnacional desde que “consiente en dar” un “soborno” a ese empleado extranjero, pues incurrirá en la hipótesis contemplada en el inciso segundo del artículo 251 bis.

¿Qué debe entenderse por funcionario público extranjero?

El artículo 251 ter, incorporado por la Ley 20.341, nos entrega una definición, en la que es posible advertir que el Legislador tomó la opción de realizar una conceptualización de carácter amplio, ya que dentro de las diversas categorías contempladas en el artículo es posible considerar como funcionario público extranjero a una serie de autoridades de los tres poderes del Estado, sin importar el cargo que desempeñen, o si fueron electos o designados, o la institución en la que trabajen, en la medida que desempeñen una función pública en un país extranjero, incluyendo no sólo entidades estatales, sino también otras de distinta naturaleza como son las organizaciones públicas internacionales.

El antiguo artículo 250 bis B, contemplaba una hipótesis que fue modificada por la Ley 20.341. Señalaba originalmente que podía ser funcionario público extranjero cualquier persona que ejerciera una función pública para un país extranjero, incluyendo aquellos que trabajaren en “*una empresa de servicio público*”.

Este concepto de empresa de “*servicio*” público fue objeto de observaciones por parte de la OCDE, al estimarlo muy restrictivo, ya que en su opinión no podía comprender a todas las empresas públicas de un país, como pudiere ser Codelco, u otra empresa pública en que pudiera discutirse si su actividad es de “servicio público” o es una actividad netamente productiva¹⁸.

17 En el Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica antes citado, de 11 de octubre de 2001, boletín N°2828-07.

18 Ello desde el punto de vista de la “doble incriminación”, porque si seguimos la dinámica del delito, en el caso que un funcionario de Codelco hubiere sido contactado ilícitamente, por ejemplo, por un empresario europeo para ganarse una licitación en Chile, la definición de funcionario público extranjero que interesaba era aquella establecida en el ordenamiento jurídico europeo, y no la del chileno, pues para nuestro país, ese empleado de la empresa cuprífera cometería cohecho pasivo “doméstico”, y por lo tanto, para entender si el imputado es o no empleado público, deberá acudir al concepto contemplado en el artículo 260 del Código Penal y no al del artículo 251 ter.

Ante ello, el Poder Ejecutivo decidió modificar el concepto eliminando la palabra “servicio”, de modo que sólo quedare la expresión “empresa pública” en el artículo 251 ter.

En la Cámara de Diputados los representantes del Ejecutivo, explicando tal modificación, señalaron que no se *“pretendía otra cosa más que ampliar el concepto, por cuanto las expresiones “empresa de servicio público” resultaban muy restrictivas. Agregaron que los comentarios de la Convención entendían por “empresa pública” cualquier empresa, independiente de su régimen jurídico, sobre la cual uno o más gobiernos pueden ejercer directa o indirectamente su dominio, es decir, se la concibe internacionalmente en un sentido mucho más amplio”*¹⁹.

III.3. Verbos rectores

El tipo penal contemplaba originalmente dos verbos rectores, “ofrecer dar” y “consentir en dar”. Por observaciones de los informes de la OCDE, la Ley 20.341 incorporó al tipo penal los verbos rectores “prometer” y “dar”.

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define **“ofrecer”** como *“comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo”*.

En este caso, lo que se “ofrece dar” es un beneficio económico o de otra naturaleza con un objetivo preciso, cual es, el obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional.

Al igual que en los delitos de cohecho a funcionarios públicos nacionales, hay un adelantamiento de penalidad, cuando se sancionan como consumados hechos que podrían estimarse actos preparatorios o una conspiración, porque el delito se perfecciona con el solo ofrecimiento de una “coima” o “soborno”.

La segunda hipótesis de comisión es el **“Consentir en Dar”**. El diccionario de la RAE define “consentir” como *“permitir algo o condescender en que se haga”*.

En este tipo penal se “consiente en dar” un beneficio económico o de otra naturaleza, con el mismo objetivo antes explicado, esto es, para obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional.

El “consentir en dar” es una reacción del particular a un requerimiento previo de parte de un funcionario público extranjero, lo que llevó al legislador a establecer una diferencia de penalidad, estimando más grave que una persona tome la iniciativa de sobornar a un funcionario público extranjero, a que ceda a la presión del mismo²⁰.

19 En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 6 de agosto de 2008, recaído en el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública, Boletín N°5725-07.

20 En ese sentido, sesión 11° de la Cámara de Diputados, página 133, Historia de la Ley 19.829.

El tercer verbo rector es “**Prometer**”, definido por la RAE “*Obligarse a hacer, decir o dar algo*”. Dada la estructura de los delitos de cohecho en nuestro código punitivo, no resulta necesaria la bilateralidad, esto es, que exista una aceptación de la contraparte, basta con la mera “promesa” de dar un “soborno” o “coima” para consumir el ilícito en comento.

Finalmente, el verbo “**dar**” definido por el diccionario RAE como “*Conceder, otorgar*”. Su inclusión obedece a observaciones efectuadas en las evaluaciones de Chile, con el fin que se pudieran abarcar situaciones, a juicio de los evaluadores, de dudosa inclusión en el antiguo tipo del 250 bis A, como podía ser el caso de un empresario chileno que fuere a las oficinas del empleado público extranjero y sin mayor conversación dejare sobre su escritorio un maletín lleno de dinero en efectivo y luego se retirare, teniendo pendiente ese funcionario extranjero una decisión sobre una transacción internacional que involucrare al particular.

Se sostuvo, y con fundamentos, que ese ejemplo, podía perfectamente ser considerada una “oferta tácita” y por tanto, ser capturada su antijuridicidad por el verbo rector “ofrecer dar”, en el entendido que existe además un adelantamiento de la punibilidad. Pero esa explicación no fue suficiente, atendida la falta de una investigación en que ello hubiere sido sostenido y la falta de un fallo judicial que estableciere esa jurisprudencia, lo que motivó la decisión del Poder Ejecutivo de incluir expresamente el verbo “dar” en el tipo penal comentado.

III.4. Otros elementos relevantes de la Conducta Típica

Siguiendo las recomendaciones de la OCDE, la Ley 20.341 amplió la naturaleza del beneficio o “coima” o “soborno”, el que deja de ser netamente económico, pudiendo consistir también en un **beneficio de otra naturaleza distinta**, como algo honorífico, sexual, u de otra índole, creándose una pena pecuniaria aplicable en estos casos²¹.

El objetivo del beneficio económico o de otra naturaleza que se ofrece dar (se da, se promete o se consiente en dar), deber ser para que el funcionario Público Extranjero, con su actuación u omisión, obtenga o mantenga cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales.

Es decir, el pago de la “coima” tiene una finalidad concreta, cual es obtener o mantener un negocio internacional. Lo anterior, en la redacción original se restringía a las transacciones “comerciales” internacionales, lo que dejaba fuera aquellos negocios de carácter civil, que podían ser igualmente reprochables.

21 La extensión de la multa puede ir de 100 a 1000 UTM.

En el parlamento existió una clara voluntad de ampliar este ámbito, y por ello se eliminó la palabra “comerciales” y se antepuso “cualesquiera”, dejando una redacción más abierta que deberá ser interpretada caso a caso, pero que obviamente implica una cobertura o espectro mayor de actividades en las cuales, de darse un “soborno”, podría existir una investigación y condena por este delito.

Asimismo, otro elemento normativo, que complejiza la acreditación de este delito, es que la entrega del beneficio económico o de otra naturaleza se hace para que el empleado extranjero “realice una acción o incurra en una omisión” que permita obtener la finalidad antes descrita. Ello significa que el funcionario de una forma activa u omisiva va a permitir que la transacción internacional sea adjudicada al sobornante, o que se mantenga el negocio anteriormente adjudicada a la misma persona o empresa.

Al menos, nuestro tipo penal no hace referencia a los deberes del funcionario, como sí lo hace en el cohecho activo doméstico, cuando se gradúa la penalidad del sobornante en relación a la infracción de deberes cometida por el empleado público corrupto, mediante la vinculación del artículo 250 del Código Penal con sus artículos 248, 248 bis y 249.

Lo anterior se tuvo en vista para *“evitar las dificultades que resultarían de calificar indiferente, prohibido o punible el comportamiento del funcionario público extranjero sobornado conforme al derecho del país del funcionario, así como de las arbitrariedades que resultarían de su calificación conforme al derecho chileno”*²².

El beneficio económico o de otra naturaleza puede ceder en provecho del funcionario público extranjero o de un tercero (no está especificado, a diferencia de las negociaciones incompatibles, con personas asociadas o parientes), lo que deja un amplio margen para sancionar a testaferros, palos blancos y coautores.

Otra modificación que introduce la Ley 20.341 teniendo en consideración las evaluaciones efectuadas por la OCDE es el agregar la palabra “indebida” como calificante de la palabra “Ventaja”. Se argumentó ante la Comisión de la Cámara de Diputados que *“de acuerdo a la Convención, se trataba de que quien efectuara el cohecho, buscara la obtención de una ventaja indebida, característica que el tipo penal descrito en el inciso primero no reflejaba con claridad”*²³.

En el mismo sentido, se sostuvo en la misma Comisión una explicación con referencia a los criterios de la OCDE señalando que *“la ventaja perseguida debería ser una ventaja indebida porque hoy día el tipo penal del artículo 250 bis A, que se refiere al funcionario público extranjero, menciona sólo la expresión ventaja. Lo que propuso la OCDE en este caso, es que la ventaja tuviera muy claro el ámbito*

22 En sesión 25° del Senado, p. 2625, Historia de la Ley 19.829.

23 En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados antes citado de 6 de agosto de 2008.

*del injusto, es decir, el carácter de antijurídico de la conducta y por eso incorporaron el concepto de indebida*²⁴.

En el Senado, se explicó por el Ministro de la época, señor Viera Gallo, que *“En segundo lugar, el nuevo tipo sanciona sólo la obtención de ventajas que sean indebidas, porque parte de la base de que la legislación de los distintos países puede contemplar ventajas debidas, lícitas o legales, caso en el cual no hay delito”*²⁵.

III.5. Penalidad

La Convención en su artículo 3° establece una serie de estándares que debieran ser cumplidos por los Estados Parte en relación a las sanciones por el delito de cohecho a funcionario público extranjero. Entre otras, se señala la obligación de castigarlo con penas criminales eficaces, proporcionadas y disuasivas. Asimismo, que el rango de sanciones debe ser comparable a las del cohecho nacional.

Agrega la Convención, respecto a las personas naturales, que las sanciones privativas de libertad deben permitir la cooperación internacional y la extradición, y debiendo imponer sanciones civiles o administrativas complementarias.

De las evaluaciones efectuadas a Chile, surgieron dudas respecto a si las penas establecidas en el artículo 250 bis A eran efectivas, proporcionadas y disuasivas, y si permitirían la extradición.

Por ello la Ley 20.341 aumentó la penalidad, al elevar el rango mínimo de la sanción al sobornante que tomó la iniciativa de cohechar, la que ahora comienza en reclusión menor en su grado medio, modificando el inciso primero del antiguo artículo 250 bis A.

Sin embargo, no se modificó el inciso segundo del mismo delito, que establece la pena aplicable al sobornante que “consintió en dar” un beneficio económico o de otra naturaleza a un funcionario extranjero, conducta que el Legislador chileno siempre ha considerado de menor reprochabilidad que la de aquél que toma la iniciativa corruptora, lo que se tradujo en que se mantiene el castigo de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

En cuanto a las penas pecuniarias, si se trata de un beneficio económico, la multa es la establecida en el inciso primero del artículo 248 bis del Código Penal, esto es, del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si en cambio, el beneficio es de otra naturaleza, la multa puede ir en el rango entre 100 UTM a 1000 UTM.

²⁴ Opinión de la representante del Ministerio de Justicia, la abogada Nelly Salvo, y el párrafo destacado es del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia antes indicado.

²⁵ En informe de la Comisión del Senado antes indicado.

En relación a penas privativas de derecho, se aplica pese a que se pudiera tratarse de particulares, la de inhabilitación contemplada en el citado artículo 248 bis²⁶.

IV. Otras normas de interés

Vinculado a la regulación del delito de Cohecho a funcionario público extranjero, y a otras obligaciones establecidas en la Convención, hay diversos otros temas que resultarían de interés analizar, pero nos centraremos en dos, la jurisdicción para investigar el delito, y una brevísima referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

IV.1. Jurisdicción

Primando en nuestro país, como regla general, la jurisdicción territorial, el tema fue materia de observación por la OCDE, por cuanto se recomendaba revisar las deficiencias que se detectaban en esta materia en relación con el territorio, cuando sólo parte del delito se llevare a cabo en él, así como establecer jurisdicción para los nacionales que cometieran este delito en el exterior.

Durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley 20.341 se contempló una solución adecuada a tales observaciones²⁷, sin embargo, y atendido que durante la tramitación parlamentaria no se oyó el parecer de la Excm. Corte Suprema, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de nuestra Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional precisamente la norma que establecía jurisdicción extraterritorial para perseguir al cohecho a funcionario público extranjero²⁸.

Ello obligó al Poder Ejecutivo a reponer en el Congreso una iniciativa²⁹ que modificaba el artículo 6° N°2 del Código Orgánico de Tribunales, lo que logró al aprobarse la Ley 20.371³⁰.

26 Que es la de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados.

27 Durante el primer trámite constitucional del proyecto boletín 5725-07, la H. Cámara de Diputados aprobó el artículo 2° en los siguientes términos:
"Modifícase el N°2 del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese el punto y coma (;) por un punto (.)

b) Agrégase el siguiente inciso segundo: "El cohecho a funcionario público extranjero, cuando sea cometido por chilenos o, asimismo, cuando parte de su ejecución tenga lugar en el territorio de la República;"

28 Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 2009, Rol N°1.316-2009.

29 Proyecto de Ley que "Complementa ley que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública", boletín N°6476-07, ingresado a la Cámara de Diputados el 28 de abril de 2009.

30 La Ley 20.371, que introduce modificaciones al Código Orgánico de Tribunales y a la Ley N°19.913, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública.

Con la enmienda señalada se agregó al artículo 6° N°2 citado, una frase final, quedando de la siguiente forma (en negrilla lo agregado):

“Art. 6. Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican:

2. La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y **el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile;**”

De esta manera, no sólo podrá investigarse y castigarse en nuestro país, aquél delito de cohecho a funcionario público extranjero cometido íntegramente en nuestro territorio³¹, o que al menos su principio de ejecución estuvo en Chile, sino también, aquel delito cometido completamente en el extranjero, en la medida que el sujeto activo sea un chileno o un extranjero con residencia habitual en nuestro país.

Sobre este último punto, ¿qué sucedería si una empresa chilena contrata a extranjeros para que realicen fuera de nuestras fronteras un soborno a un funcionario público extranjero? ¿Se descartaría de plano la jurisdicción de Chile sobre ese delito? Reconociendo que el punto pudiera generar dudas, estimamos que perfectamente podría abrirse una investigación que se enfocará en determinar si es posible acreditar que hubo principio de ejecución en Chile, y por lo tanto, que operaren las reglas de la jurisdicción territorial, sin perjuicio que la “negociación” ilícita haya ocurrido en otro Estado.

Otra alternativa sería estudiar si al caso concreto pudieren ser aplicables las normas de la autoría mediata, y considerar a estos extranjeros como meros instrumentos, autores ejecutores, que al ser intermediarios o “palos blancos” de los representantes, de nacionalidad chilena, de una empresa del país, nos permitan acudir a la norma de extraterritorialidad del artículo 6 N°2 del COT.

IV.2. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas

Hemos tenido ocasión de comentar los principales aspectos del modelo de imputación penal³² que Chile adoptó tras la publicación de la Ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que

31 Como ejemplo, un cohecho cometido en relación a un funcionario internacional que trabaje en Chile o que haya estado de paso en nuestra jurisdicción, y que en dicho momento se consumare la actividad ilícita.

32 Ver artículo del autor “Comentarios al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido por la Ley N°20.393 en relación a los delitos de cohecho” en Revista Jurídica del Ministerio Público N°43, junio de 2010, pp. 79 y ss.

indica, por lo que a continuación sólo realizaré una breve referencia a la obligaciones de la Convención de la OCDE que orientaron la decisión de nuestro país, de establecer un régimen sancionatorio de carácter penal.

Interesa a estos efectos, tener presente lo que disponen tanto el artículo 2° de la Convención, como su artículo 3°. La primera norma señala *“Cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero”*.

En tanto, en el artículo 3° N°2 se indica *“Si, dentro del ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no fuere aplicable a las personas jurídicas, esa Parte deberá proceder de modo que se les apliquen sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluidas sanciones pecuniarias, en caso de cohecho a funcionarios públicos extranjeros”*.

A la vista de ambas normas, claramente, en el artículo segundo hay una obligación de establecer responsabilidad de naturaleza penal en contra de las personas jurídicas, y esa es la principal obligación de los Estados Parte que emana de la Convención. Luego, en su artículo 3°, se reconoce una opción subsidiaria, para el caso que exista algún impedimento en el ordenamiento jurídico para establecer ese tipo de responsabilidad, abriendo la posibilidad a tener un sistema o modelo de carácter no penal, en la medida que establezca sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas.

En el caso de Chile, en la primera evaluación por parte de la OCDE, se detectó que no existía responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que las sanciones administrativas y civiles, si bien existían, operaban en diversos mercados regulados, por ejemplo, en el ámbito financiero o de mercado de valores, sin que esos modelos de imputación contemplaran expresamente un castigo a una persona jurídica por haber participado en un delito de cohecho a funcionario público extranjero, y además, eran ámbitos parcelados, específicos, sin que existiera una posibilidad de sanción general a cualquier tipo de persona jurídica que pudiera ser riesgosa a los efectos del delito de la Convención.

De manera que Chile podía haber intentado establecer un modelo sancionatorio de carácter administrativo o civil que fuere aplicable a la mayor parte de las personas jurídicas, pero iba a encontrar la primera dificultad que era establecer el organismo adecuado para fiscalizar y perseguir esta responsabilidad, debiendo optar entre las diversas superintendencias existentes, cuyas facultades son sólo obligatorias a las entidades que están reguladas en su respectivo mercado, o bien, se debería haber creado una nueva superintendencia u organismo con este tipo de potestades.

Ello, sumado al tiempo que Chile no realizó esfuerzos legislativos por dar cumplimiento a las observaciones, y apremiado por la decisión de ingresar a la brevedad, como miembro pleno de la OCDE, llevaron a nuestro país a optar

por un modelo penal de responsabilidad de las personas jurídicas, dando cumplimiento entonces, a la obligación principal impuesta por la Convención en su artículo 2°.

V. Comentarios finales

En general, las modificaciones que introduce la Ley 20.341 al delito de cohecho a funcionario público extranjero son un avance en relación a las observaciones que desde el año 2004 había realizado la OCDE, las cuales quedaron, por varios años, “archivadas” sin que se adoptaran medidas correctivas.

Especialmente destacables son la incorporación de otros dos verbos rectores al tipo penal, la ampliación de la naturaleza del beneficio indebido a uno de “cualquier naturaleza”, la elevación de la penalidad en la hipótesis del sobornante que tomó la iniciativa de cohechar, y la precisión realizada en la definición del funcionario público extranjero.

También podemos reconocer que técnicamente, es una buena opción haber creado un nuevo párrafo que contenga este delito, atendido el diferente bien jurídico protegido por esta figura penal.

En todo caso, nos parece que la principal modificación no está en la Ley 20.341, sino que en la Ley 20.371, que al establecer la jurisdicción extraterritorial, da una posibilidad real de investigar un caso de cohecho a funcionario público extranjero, lo que antes estaba prácticamente restringido a casos de “laboratorio”.

Evidentemente, la investigación de este delito resulta bastante compleja, comenzando por los diferentes elementos normativos que el artículo 251 bis exige y que será necesario acreditar en juicio, y siguiendo con la necesidad de obtener información en un Estado Extranjero, debiendo recurrir a la cooperación internacional, afrontando las demoras que ello ocasione, especialmente, si el otro país no es miembro de la OCDE.

En definitiva, lo que debe valorarse es la voluntad de avanzar hacia la consolidación de un tipo penal que sea posible de tipificar en una situación concreta, y que le permita al Ministerio Público iniciar investigaciones en contra de aquellos chilenos y sus empresas, que coloquen en riesgo el comercio internacional al afectar con sus “sobornos” la igualdad de condiciones de competitividad económica, contribuyendo además, a la desestabilización de la institucionalidad de otro Estado.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL ORAL DE CAUQUENES EN SEGUNDO JUICIO ORAL, INCLUYENDO COMENTARIOS A LOS RECURSOS DE AMPARO Y DE NULIDAD DEDUCIDOS, COMO TAMBIÉN A LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DICTADA EN EL PRIMER JUICIO ORAL

Francisco Ávila Calderón¹

Roberto Morales Peña²

Comentario

Ante la denuncia presentada por el Tribunal Electoral Regional del Maule (en adelante TER) ante el Ministerio Público Local, que refería a las conductas de los Sres. Concejales don Manuel Bobadilla, Ricardo Arellano y doña Raquel Canales como presuntamente constitutivas del delito del artículo 27 inciso 3° de la Ley 18.593³, se generó la consecuente investigación por el ente persecutor penal.

Los hechos a que se refería la denuncia, decían relación con el abandono de los tres citados concejales de la audiencia convocada por el TER con la finalidad de superar la vacancia alcaldicia en Pelluhue, generada por la inhabilidad de la alcaldesa elegida en la votación popular de octubre de 2008. De tal manera, en dicho proceso judicial ordenó se realizara la votación entre los 6 concejales en ejercicio, para dirimir al nuevo alcalde. Con fecha 29 de enero de 2009, citados personalmente, concurren todos los concejales y dan inicio

1 Fiscal Adjunto de Cauquenes, Fiscalía Local de Cauquenes, Ministerio Público.

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

3 Artículo 27.- Los plazos de días establecidos en la presente ley serán de días hábiles. Las resoluciones que dicte el Tribunal en el procedimiento regulado en este Título, se notificarán por el estado diario que, al efecto, confeccionará y certificará el Secretario-Relator, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50, incisos primero, segundo, tercero y cuarto, en lo que corresponda, y 51 del Código de Procedimiento Civil. Para los efectos de lo dispuesto en esta ley, todo litigante deberá, en la reclamación y en la contestación a ella, designar un domicilio conocido dentro del radio urbano del lugar en que funcione el Tribunal, y esta designación se considerará subsistente mientras no sea modificada.

Las resoluciones de que trata este artículo producirán sus efectos desde que se dicten, sin necesidad de notificación, respecto de aquellos litigantes que no hicieren la designación del domicilio en la forma dispuesta en el inciso anterior y mientras ésta no se haga.

Una vez ejecutoriado el fallo, el Tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo resuelto, pudiendo incluso requerir directamente el auxilio de la fuerza pública.

El que quebrante lo ordenado cumplir será responsable del delito de desacato y será sancionado con la pena contemplada en el inciso primero del artículo 262 del Código Penal.

a la votación, produciéndose un empate entre el Sr. Carlos Zúñiga (concejal con mayor votación popular) y el imputado Bobadilla. En aplicación del artículo 62⁴ de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en evento de empate debe producirse una segunda votación, la que –de mantenerse dicha igualdad– determinaría como ganador al concejal con mayor votación popular, en el caso, el Sr. Zúñiga.

Sin embargo, en la votación referida, los 3 acusados, de consuno, deciden retirarse de la sala de audiencias, sin aducir vicio alguno y, aprovechando el descanso por ellos solicitado antes de la segunda votación, no regresan al Salón Municipal.

Con posterioridad, el TER ordenó sucesivamente la continuación de la referida reunión, efectuándose citaciones para los días 2, 3, 5, 6, 9, 17 y 18 de febrero, 3, 9, 18 y 29 de marzo y 3 de abril, todos del año 2009.

En todas las ocasiones antes indicadas, los acusados negaron recibir la citación correspondiente, impedían dejar su firma de constancia en la citación, se

4 Artículo 62 Ley N°18.695, LOC Municipalidades. El alcalde, en caso de ausencia o impedimento no superior a cuarenta y cinco días, será subrogado en sus funciones por el funcionario en ejercicio que le siga en orden de jerarquía dentro de la municipalidad, con exclusión del juez de policía local. Sin embargo, previa consulta al concejo, el alcalde podrá designar como subrogante a un funcionario que no corresponda a dicho orden. No obstante, si la ausencia o impedimento obedeciere a razones médicas o de salud que imposibiliten temporalmente el ejercicio del cargo, la subrogancia se extenderá hasta 130 días.

La subrogación comprenderá también la representación del municipio, la atribución de convocar al concejo y el derecho a asistir a sus sesiones sólo con derecho a voz. Mientras opere la subrogancia, la presidencia del concejo la ejercerá el concejal presente que haya obtenido mayor votación ciudadana en la elección municipal respectiva, salvo cuando opere lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 107.

Cuando el alcalde se encuentre afecto a una incapacidad temporal superior a cuarenta y cinco días, salvo cuando opere lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 107.

Cuando el alcalde se encuentre afecto a una incapacidad temporal superior a cuarenta y cinco días, salvo en la situación prevista en la oración final del inciso primero, el concejo designará de entre sus miembros a un alcalde suplente, en sesión especialmente convocada al efecto, de conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente.

En caso de vacancia del cargo de alcalde, el concejo procederá a elegir un nuevo alcalde, que complete el período, de entre sus propios miembros y por mayoría absoluta de los concejales en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. De no reunir ninguno de ellos dicha mayoría, se repetirá la votación, circunscrita sólo a los dos concejales que hubieren obtenido las dos mayorías relativas. En caso de no lograrse nuevamente la mayoría absoluta en esta segunda votación, o produciéndose empate, será considerado alcalde aquél de los dos concejales que hubiere obtenido mayor número de preferencias ciudadanas en la elección municipal respectiva. El mismo mecanismo de las preferencias ciudadanas se aplicará también para resolver los empates en la determinación de las mayorías relativas en la primera votación.

La elección se efectuará en sesión extraordinaria que se celebrará dentro de los doce días siguientes a la fecha en que se hubiere producido la vacante. El secretario municipal citará al efecto al concejo con tres días de anticipación a lo menos. El nuevo alcalde así elegido permanecerá en el cargo por el tiempo que faltare para completar el respectivo período, pudiendo ser reelegido. Mientras no sea elegido nuevo alcalde, regirá lo dispuesto en el inciso primero”.

escondían en sus casas y, en los últimos dos eventos –contando con la connivencia del alcalde subrogante– estando citados por Carabineros de Pelluhue, de manera personal y con constancia de la misma (toda vez que así lo ordenó el TER), aprovecharon una suspensión de la audiencia ordenada por el alcalde subrogante y, finalmente, presentaron conjuntamente una licencia médica siquiátrica proveniente desde Santiago, el mismo día de la reunión. Fecha la última, que contó con una orden de detención emanada del propio TER, que no fue efectiva, toda vez que los acusados se encontraban en Santiago.

En virtud de tales antecedentes, se inició la investigación fiscal, que requería de obtener documentación, la que fue negada por la Alcaldía y no se obtuvo la orden judicial requerida al Juzgado de Garantía de Chanco (competente en Pelluhue), lográndose finalmente la recopilación de antecedentes desde el propio TER y lo aportado por los otros 3 concejales de la Municipalidad de Pelluhue.

No obstante lo anterior, fue presentado un recurso de amparo preventivo por los 3 acusados ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, debido al efecto que provocaron las órdenes de detención emanadas del TER, mas no cumplidas por Carabineros, el que fue rechazado por dicho Tribunal. Sin embargo, con fecha 5 de mayo de 2009, la Excelentísima Corte Suprema acogió el referido recurso de amparo (por decisión de mayoría) dictando los siguientes considerandos:

“SÉPTIMO.- Que la persistencia en disponerse reiteradas ordenes de arresto en contra de los recurrentes con el fin de lograr en definitiva la correspondiente elección de Alcalde –lo que, sin dudas, los deben haber movido a buscar formas de eludir las–, unido a ello la acción positiva de Carabineros para darles cumplimiento en razón que no estaban en condiciones de eludir por provenir formalmente de un tribunal que ejerce jurisdicción, si bien no se ha traducido en una efectiva privación de libertad, importa en realidad una amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual de los recurrentes, particular e igualmente asegurado en el inciso final del artículo 21⁵ de la Constitución Política de la República.

5 Artículo 21 CPR.- Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la

OCTAVO.- Que, en definitiva, careciendo el tribunal que dictó las ordenes de arresto de competencia para conocer de la materia a que dio origen la causa rol N°1534-09, las troca en ilegales y extendidas fuera de los casos previstos por la ley, por lo que se deberá acoger el recurso de amparo deducido en cuanto se relaciona con el tribunal que las dispuso y a adoptar las medidas que sean del caso para restablecer el imperio del derecho”.

En la parte resolutive ordena lo siguiente: *“Del mismo modo, se dispone que el Tribunal Electoral Regional de la Séptima Región del Maule se abstendrá de intervenir en los actos de elección de Alcalde suplente de Pelluhue, sin perjuicio de las responsabilidades personales que pueden derivar de los actos u omisiones de los señores concejales, conforme a derecho”* (Rol N°2659-09 Corte Suprema).

La frase antes resaltada, significaba un evidente traspié en la investigación de la Fiscalía, toda vez que ponía en tela de juicio la competencia del TER para el conocimiento del asunto, como también discutía la facultad de imperio del referido Tribunal para el conocimiento del caso, lo que traía naturalmente aparejado el conflicto de validez de sus resoluciones y de todo el proceso judicial.

Durante el tiempo de investigación, se pudo verificar que –además de la negativa de los acusados a asistir a la referida reunión de continuación de la ya iniciada– estos sí acudían a las otras reuniones del Concejo, mas se mantuvo en funciones el alcalde (s), pese a que la normativa legal establece un plazo no superior a los 45 días para la subrogancia. De esta manera, el dictamen N°27.320 de Contraloría significó un nuevo traspié a la investigación y a la teoría del caso, por cuanto concluía *“Ahora bien, respecto de la extensión de la subrogancia en comento, cabe manifestar que, si bien el referido inciso primero del artículo 62 dispone que en caso de ausencia o impedimento no superior a cuarenta y cinco días, el alcalde debe ser subrogado en sus funciones, el inciso final de dicho artículo señala, a su turno, que, mientras no se efectúe la elección del nuevo alcalde –en aquellos casos de vacancia, como el de la especie–, regirá, asimismo, la subrogación, de manera que, atendido que es en virtud de esta última disposición que actualmente opera la figura legal de que se trata en la Municipalidad de Pelluhue, no procede entender que ella deba cesar por el hecho de haber superado los cuarenta y cinco días, toda vez que lo que determina su procedencia es, de acuerdo al tenor de la norma respectiva, la circunstancia de que la elección del nuevo alcalde aún no se haya verificado, como, precisamente, ocurre en la especie”*.

Por tales motivos, ante la ya decretada carencia de competencia del TER y la indicación que la Contraloría informaba que no correspondía alterar el funcionamiento del subrogante y que, todo antecedente o conflicto relativo al caso debía ser resuelto por el TER, nos encontrábamos en una seria disyuntiva de sostener la teoría jurídica de la causa.

libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Generación de la teoría del caso de Ministerio Público

La primera labor fue, ante una denuncia bien fundada de desacato, establecer los elementos del tipo penal correspondientes, los que fueron así calificados, a saber:

- a) **Tribunal Competente:** La Ley 18.593 en su artículo 1° reconoce a los TER la calidad de Tribunales de Justicia y, en su artículo 27, les otorga facultades suficientes para ejercer imperio. Específicamente el inciso final refiere “**El que quebrante lo ordenado cumplir será responsable del delito de desacato y será sancionado con la pena contemplada en el inciso primero del artículo 262 del Código Penal**”.
- b) **Resolución que genere efectos obligatorios:** La resolución que ordena citar a la audiencia de votación para la elección de alcalde, en mérito de un proceso incoado legalmente, que fue notificada válidamente a las partes (concejales). En este orden de ideas, la resolución dictada (y las posteriores que siguieron) tenían por objeto una obligación de hacer (de aquellas que permiten considerar la idea del incumplimiento) y estas estaban válidamente dictadas.
- c) **Notificación de la resolución y generación de la obligación:** Este fue uno de los puntos más difíciles de determinar, por cuanto –al negarse los imputados a dejar constancia alguna de la diligencia– ponía en tela de juicio el válido emplazamiento para su obligatoriedad. Al respecto, se interpretó el artículo 27° de la Ley 18.593, en concordancia con el artículo 62 de la Ley 18.695, pues se generaba un escenario no contemplado por la legislación, cual era el de requerir de dos reuniones para obtener la votación (la ley emplea y entiende que debe ser inmediatamente después de la primera

6 Artículo 27 Ley 18.593.- Los plazos de días establecidos en la presente ley serán de días hábiles.

Las resoluciones que dicte el Tribunal en el procedimiento regulado en este Título, se notificarán por el estado diario que, al efecto, confeccionará y certificará el Secretario-Relator, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50, incisos primero, segundo, tercero y cuarto, en lo que corresponda, y 51 del Código de Procedimiento Civil.

Para los efectos de lo dispuesto en esta ley, todo litigante deberá, en la reclamación y en la contestación a ella, designar un domicilio conocido dentro del radio urbano del lugar en que funcione el Tribunal, y esta designación se considerará subsistente mientras no sea modificada.

Las resoluciones de que trata este artículo producirán sus efectos desde que se dicten, sin necesidad de notificación, respecto de aquellos litigantes que no hicieren la designación del domicilio en la forma dispuesta en el inciso anterior y mientras ésta no se haga.

Una vez ejecutoriado el fallo, el Tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo resuelto, pudiendo incluso requerir directamente el auxilio de la fuerza pública.

El que quebrante lo ordenado cumplir será responsable del delito de desacato y será sancionado con la pena contemplada en el inciso primero del artículo 262 del Código Penal.

votación). Por tanto, al ser citados para la primera reunión, se entienden emplazados para todo el procedimiento⁷.

Debido a que esta postura tenía colisionaba con lo resuelto por el fallo de la Corte Suprema que acogía el amparo preventivo y quitaba competencia al TER para conocer del asunto, necesario era tener una teoría complementaria del caso, que no quitara fuerza a la principal, sino –más bien– apoyara y dejara subsidiarias las conductas del desacato, para que, en el evento de absolución, dejara la posibilidad de reconducción.

Así fue como desde la Fiscalía Nacional⁸, se propuso la instalación de la contienda por la aplicación del delito previsto en el artículo 254 inciso 3° del Código Penal, por cuanto la conducta de los acusados implicaba un abandono de sus cargos, los que tenían naturaleza concejil y que, por supuesto, ocasionaban daño a la función pública⁹.

Sobre el particular, los elementos requeridos para cumplir con el tipo penal fueron los siguientes:

- a) **Sujeto activo:** Cualquier empleado público que ocupe un cargo concejil, de la República o establecido en un cuerpo gubernativo. Empleando la amplia expresión del artículo 260 del Código Penal, sumada a la del artículo 77 de la Ley Orgánica de Municipalidades que desestima la calidad de funcionarios públicos a los concejales, a excepción de la responsabilidad penal o civil por actos cometidos en ejercicio de sus cargos.

7 Las resoluciones de que trata este artículo producirán sus efectos desde que se dicten, sin necesidad de notificación, respecto de aquellos litigantes que no hicieren la designación del domicilio en la forma dispuesta en el inciso anterior y mientras ésta no se haga (artículo 27 inciso 3° de la Ley 18.593).

8 Analizados los antecedentes de la investigación penal y de la resolución de la Excm. Corte Suprema, a requerimiento de la Fiscalía Regional del Maule, los abogados de la UNAC, Marta Herrera (Directora) y Roberto Morales sugieren que sin descartar el delito de desacato se analice la posibilidad de abrir la investigación al delito de abandono de cargo de concejil, ilícito del cual sólo existía una sentencia de la C. Concepción de 1915 y escasísima doctrina.

9 Artículo 254 del Código Penal: “El empleado que sin renunciar a su destino lo abandonare, sufrirá la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Si renunciado el destino y antes de transcurrir un plazo prudencial en que haya podido ser reemplazado por el superior respectivo, lo abandonare con daño de la causa pública, las penas serán multa de seis a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.

Las penas establecidas en los dos incisos anteriores se aplicarán respectivamente al que abandonare un cargo concejil sin alegar excusa legítima, y al que después de haber alegado tal excusa, pero antes de transcurrir un plazo prudencial en que haya podido ser reemplazado, hace el abandono ocasionando daño a la causa pública.

Las disposiciones de este artículo han de entenderse sin perjuicio de lo establecido en el 135”.

- b) **Conducta y circunstancias:** La conducta punible consiste en el abandono del cargo, distinguiéndose si el agente alegó excusa legítima, pero no esperó un tiempo prudencial para ser reemplazado, o bien no alegó excusa alguna. Excusas que no fueron alegadas de manera alguna por los acusados.

En el caso de la primera conducta es necesario que se ocasione daño a la causa pública. Este fue un punto de inflexión para nuestra posición, pues era evidente que el abandono surtía efectos reales pues mantenía y extendía injustificadamente la vacancia del alcalde subrogante, que carecía de las competencias reales para el cargo (había ingresado como administrador municipal dos meses antes de asumir como alcalde).

- c) **Culpabilidad:** Se requiere una comisión con dolo directo en la conducta punible del agente. El cariz subjetivo fue un elemento de acreditación más sencilla de lo que parece en abstracto, pues el elemento de actuar de manera mancomunada, reiterada y selectiva de los imputados (sólo asistían a reuniones que no tuvieran por objeto elegir alcalde). Con aquello se demostraba el conocimiento de los hechos, sumado a que dos de los concejales (Bobadilla y Arellano) participaron en idéntico proceso en el anterior período electoral de Pelluhue (año 2007, con empate y segunda votación empatada).

- d) **Penalidad:** La pena será la aplicable en caso del abandono de destino sin renuncia.

Previo informe en derecho¹⁰ del abogado asesor de la UNAC Roberto Morales Peña, se contó con los elementos suficientes para sustentar una acusación en contra de los 3 concejales de Pelluhue, dejando en claro los pro y los contra de nuestro caso y sus complicaciones en torno a la escasa jurisprudencia y desarrollo doctrinario de ambos ilícitos¹¹.

10 Roberto Morales Peña, Informe sobre artículo 254 del Código Penal. Se analizaron los tipos penales de abandono de cargo concejil y desacato del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil estimándose que los hechos investigados permiten configurar ambos ilícitos. Sin embargo, se insta por privilegiar el tipo penal del art. 254 CP, no obstante su escasísimo desarrollo doctrinal y jurisprudencial existente pues se considera que los hechos son suficientes para configurar ese ilícito penal.

11 En el informe en derecho, se refiere Morales Peña de la siguiente manera: “Si bien los hechos descritos calzan con la figura penal del desacato existen importantes obstáculos a salvar: el primero, dice relación con acreditar que el Tribunal Electoral Regional tiene la facultad de imperio y el segundo, es la sentencia de la Corte Suprema de 05.05.2009 que conociendo de un recurso de amparo presentado por estos mismos hechos afirma en su considerando sexto del voto de mayoría que: “se debe concluir que el tribunal (TER) ha obrado fuera de su competencia legal, tanto al inmiscuirse en un acto electoral interno propiamente municipal dando directivas a seguir por el secretario municipal, como, peor aún, disponiendo órdenes de arresto en contra de los recurrentes para que, de este modo forzado, fueran instalados en el Concejo Municipal para cumplir obligaciones propias de sus cargos. Del incumplimiento de las funciones y deberes derivados del cargo de concejales derivan responsabilidades legales y sanciones expresamente determinadas en la Ley Orgánica respectiva, pero ellas deben ser demandadas y sancionadas conforme a derecho, mas no en la forma como se ha procedido”. Existe un voto en contra del Abogado Integrante Sr. Luis Bates que señala que el Tribunal Electoral Regional del Maule tiene facultades legales explícitas para ordenar un arresto en el art. 27 de la Ley 18.593.

Desarrollo judicial del caso

Primer Juicio Oral

En el primer juicio oral, con fecha 10 de febrero de 2010, ante el Tribunal Oral Penal de Cauquenes, se llevó a efecto la audiencia en que se presentaron las pruebas conducentes al caso, resultando la absolución de los 3 acusados por los dos ilícitos imputados, por unanimidad en el caso del desacato y por mayoría en el delito de abandono de cargo concejil. Los fundamentos principales de la resolución fueron los siguientes:

“Que tratándose de ordenes impartidas por los Tribunales mediante dictación de resoluciones judiciales, el artículo 27 de la Ley 18.593, señala que será responsable del delito de desacato el que quebrante lo ordenado a cumplir, sancionado con la pena contemplada en el inciso primero del artículo 262 del Código Penal.

Por otra parte atendido los principios que inspiran el Derecho Penal, esto es, un derecho de última ratio, el principio de legalidad y al efectuar una interpretación restrictiva sobre las normas penales, tanto la naturaleza de la resolución, y en especial su incumplimiento han de satisfacer requisitos específicos para que se realice el supuesto de la norma punitiva.

Que se ha tenido especial consideración que para estar enmarcado en un quebrantamiento típico, es requisito sine qua non, que dicha resolución se haya emplazado validamente y no cualquier noticia o conocimiento de ello, sirva para constituir una desobediencia o incumplimiento de la resolución judicial.

El presupuesto básico del delito de quebrantamiento, consiste en el hecho previo de la notificación de la resolución, en la forma que lo prescribe la ley, para dar sentido a su ejecución, solo aquella noticia, que permitan a los sentenciadores, estimar más allá de toda duda razonable que la notificación fue hecha cumpliendo la formalidad que se exige, da pie para efectuar un reproche a aquella persona que ha sido contumaz en el incumplimiento de la resolución.

Tales aseveraciones encuentran su sentido en reforzar la eficacia de las resoluciones judiciales en un sentido estrictamente subsidiario, no sin antes saber, por cierto que los obligados hayan tenido un conocimiento cabal y efectivo de lo ordenado a cumplir, no bastando la simple noticia o comunicación mediante terceros, sino de aquel que la Ley enviste con la calidad de Ministro de Fe.

Que, en la especie, no bastó enviar al estafeta con el envío de la noticia tal como se adelantó, ni la carta certificada, ni el aviso radial puesto que estas son simples comunicaciones, que en caso alguno habilitan, más allá de toda duda razonable, para acreditar la comisión del delito en cuestión.

Que, en lo particular tratándose de las citación personal efectuada por carabineros el día 28 y 29 de marzo de 2009 para concurrir el día 3 de abril del

mencionado año, diremos desde ya que, dichas licencias medicas no fueron debatidas en cuanto estas eran falsas, con lo que se debe concluir que no puede imputarse dolosamente un ilícito, a una persona que se encuentra ejerciendo validamente de una licencia médica, que importaba la ausencia en su trabajo y protegiendo su integridad física o síquica, no descartándose una causa de justificación por colisión de deberes, esto es, el deber de guardar el reposo médico indicado con su obligación de comparecer a la sesión extraordinaria, por lo que no se encontraban finalmente en condiciones de cumplir con lo mandatado”.

De lo anterior, se obtuvo la absolución por el delito de desacato al TER, no pronunciándose sobre la competencia del TER (materia de lato debate en el juicio oral).

Por su lado, en votación de mayoría se decidió absolver a los 3 acusados del delito de abandono de destino en cargo concejal, fundándose en los siguientes argumentos:

“Que el inciso 3° del artículo 254 del Código Penal sanciona al que abandona un cargo concejal sin alegar excusa legítima y después de haber alegado tal excusa, pero antes de transcurrir un plazo, pero antes de transcurrir un plazo prudencial en que haya podido ser reemplazado, hace el abandono ocasionando daño a la causa pública.

La norma legal citada, en consecuencia, señala una serie de requisitos para constituir el tipo penal establecido en ella, a saber:

Que el verbo rector es “abandonar”, en este caso implica la acción de dejar una ocupación, de acuerdo al significado dado por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Que el sujeto activo, debe desempeñar una función en un cargo concejal y de acuerdo al profesor Alfredo Etcheberry, en su libro de derecho de derecho Penal Tomo IV, página 234, es aquel irrenunciable y no remunerado. Para eximirse de él es preciso encontrarse en alguna de las circunstancias que la ley señala y que se denomina excusa legal.

De los antecedentes vertidos en el juicio no se ha podido configurar el abandono del cargo, ya que si bien se ha establecido que los acusados dejaron la sesión del 29 de enero de 2009 antes de concluir y previa la segunda votación para la elección de alcalde, esto no es suficiente para completar la figura penal aludida, por cuanto el abandono implica el retiro o dejación total del cargo, es decir, involucra una acción permanente, con ánimo de no seguir desempeñándolo, por lo que no es suficiente un incumplimiento de ciertos y determinados actos de servicio. En este caso se acreditó que los encartados continuaron cumpliendo sus funciones y asistiendo a las sesiones del concejo, no concurriendo, sólo a la continuación de la reunión extraordinaria de elección de alcalde, según han señalado los testigos que han depuesto en la audiencia.

Por otro lado, tampoco se acreditó que la naturaleza de cargo concejil respecto de los acusados como lo exige la ley, ya que evidentemente la función de concejal no es irrenunciable, más bien se trata de un cargo de elección popular que es remunerado.

En este punto aún cuando se extendiera la significación el concepto de cargo concejil a la de funcionario público tampoco podría comprenderse en el tipo penal por lo expresado anteriormente en el sentido que no ha habido de parte de los acusados un abandono por cuanto han continuado asistiendo a las reuniones del Concejo Municipal.

Además, de la prueba rendida no se acreditó que se hubiese producido daño a la causa pública, esto es un daño que repercute externamente en la administración del municipio. En efecto, de la declaración de los testigos, tanto de cargo como descargo, se puede establecer que la Municipalidad de Pelluhue ha continuado funcionando, ya que como se ha dicho, los concejales han asistido a las restantes sesiones del Concejo Municipal.

Igualmente, no se configura el delito al no haberse constatado la existencia de dolo directo en las acciones de los agentes, exigido por el ilícito penal, puesto que sólo consta que los acusados se retiraron de la reunión del 29 de enero de 2009, sin la intención de desvincularse definitivamente del cargo, lo que constituye un requisito de la acción de abandonar.

Esta ausencia de dolo directo se trasunta en las declaraciones vertidas en juicio por los acusados y en circunstancias y antecedentes reunidos en la audiencia que descartan cualquier ánimo doloso. Primero, que si bien los acusados procedieron a retirarse de la sesión extraordinaria de 29 de enero de 2009, celebrada para la elección de Alcalde de Chanco entre los concejales, lo hicieron en el convencimiento, a su entender, de que se habían producido vicios en la votación efectuada que condujo al empate y lo discutible acerca de la necesidad de una segunda votación, manifestando, expresamente que no votarían como lo señala el acta de concejo del 29 de enero de 2009 contenida en el expediente 1534-2009. En segundo término, los imputados después de la citada sesión continuaron cumpliendo sus funciones de concejales del municipio asistiendo a la totalidad de las sesiones ordinarias y a las extraordinarias del Concejo a las que se encontraban convocados legalmente, salvo la cuestionada por estos, como lo aseveraron en juicio tanto los testigos de la defensa como los de cargo. Se agrega a ello, el hecho que los encartados, refrendando los reparos efectuados al acto eleccionario llevado a cabo el 29 de enero de 2009, entablaron una acción de nulidad del mismo ante el Tribunal Electoral Regional en causa Rol 1531-2009 que sólo fue resuelta el 19 de febrero de 2009 declarándose inadmisibles por improcedente la solicitud de nulidad, fundada en la incompetencia del Tribunal, conforme se establece de la prueba documental acompañada, esto es, copia autorizada del proceso 1534-2009 ante el Tribunal Electoral Regional y copia del fallo de la Excma. Corte Suprema, recaído en proceso Rol

2659-2009 sobre Recurso de Amparo. Finalmente, se encuentra suficientemente acreditado con la testimonial rendida, especialmente lo manifestado por el testigo de cargo Guido Hernández Valdés, Secretario de la Municipalidad a la época, que con posterioridad a estos hechos los acusados citaron legalmente a todos los concejales a una reunión extraordinaria para analizar la situación producida instando por buscar una solución legal a la situación producida.

Por consiguiente, al no completarse los elementos de la figura típica de abandono de cargo concejil contemplada en el artículo 254 del Código Penal, sólo cabe absolver a los acusados por los cargos formulados por el ente persecutor”.

Primer recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Talca

Precisamente, la debilidad de los argumentos planteados con relación a la figura de abandono de cargo concejil, fue lo que motivó gran parte del recurso de nulidad presentado por la fiscalía. Así, los puntos principales de nuestro recurso se inclinaban en afectar la lógica y coherencia de la posición absolutoria (en lo que guardaba vinculación con el delito de desacato), como la falencia jurídica de la absolución por el delito de abandono de cargo concejil. De manera estratégica se planteó primeramente la causal del artículo 373 letra b) y, en subsidio la causal absoluta del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal. Tal postura buscaba obtener un pronunciamiento más absoluto de la Corte de Apelaciones de Talca, sentando la base de la existencia de un delito –al menos– en la investigación incoada. De dicha forma, al llegar a un eventual segundo juicio, no siendo los hechos mayormente discutidos, tener una base judicial que sustentara la persecución y, de paso, cuestionar los fundamentos del fallo de la Excm. Corte Suprema que acogió el recurso de amparo ya indicado.

Los puntos de nulidad fueron los siguientes:

- a) En el presente caso, en síntesis, existe una resolución del Tribunal Electoral que ordena realizar una sesión extraordinaria del Concejo Municipal para la elección de Alcalde de Pelluhue, cargo que había quedado vacante por resolución de 3 de diciembre de 2008, en proceso Rol 255-2008 del Tribunal Electoral del Maule. Para tal efecto el Secretario municipal citó a todos los concejales y los acusados, concejales que debían cumplir con su obligación legal, se presentaron a la mentada reunión, pero la abandonaron ya iniciada, impidiendo su prosecución. Por resolución del Tribunal Electoral del Maule, se ordenó citar a nuevas reuniones de continuación de la ya iniciada, mas los acusados nunca concurrieron a cumplir con ésta. Se practicaron las notificaciones pertinentes, independientemente de su aceptación o no por los notificados, por los medios que eran factibles de utilizar, en forma reiterada y éstos no concurrieron. No cumplieron lo ordenado cumplir, por lo que su conducta se encuadra en el delito de desacato contemplado en

el artículo 27 de la Ley 18.593 en relación con el artículo 262 del Código Penal.

- b) En la especie, nos encontramos ante un requisito que la ley no impone. LA LEY NO SEÑALA LA FORMA EXPRESA DE NOTIFICACIÓN PARA LA CONTINUACIÓN DE UNA REUNIÓN YA INICIADA, COMO TAMPOCO SEÑALA EL MEDIO PRECISO DE NOTIFICACIÓN, pues emplea la expresión “al efecto”, sin precisar una forma legal determinada. Exactamente lo mismo ocurre en el artículo 83 de la citada ley en que el secretario municipal debe convocar a los concejales para la instalación del Concejo.

Como se ve, la ley prescribe en el artículo 62 que: “El Secretario municipal citará al efecto al Concejo con tres días de anticipación a lo menos”. Nada más dice, no señala la forma en que se debe practicar dicha notificación, ni que deba practicarla personalmente el secretario municipal, de modo que al imponer los sentenciadores requisitos o exigencias que la ley no impone, han incurrido en errónea aplicación del derecho.

Los concejales acusados estaban legalmente citados ya se les hubiere notificado en forma personal por el secretario, por carta certificada, por estafeta o por avisos, sin perjuicio de que, como sabemos puede existir también la notificación tácita.

Por su parte, necesario es tener en cuenta lo previsto por el artículo 27 de la Ley 18.593 en su inciso 3°: “**Las resoluciones de que trata este artículo producirán sus efectos desde que se dicten, sin necesidad de notificación, respecto de aquellos litigantes que no hicieron la designación del domicilio en la forma dispuesta en el inciso anterior y mientras ésta no se haga**”. Prueba de aquello es que los Sres. Concejales acusados, presentaron sus peticiones ante el Tribunal Electoral Regional (fojas 58 de la causa Rol 1534-2009), con fecha 18 de febrero de 2009, aplicándose entonces la normativa ya referida.

En cuanto al delito de abandono de cargo concejil, conforme al artículo 254 del Código Penal, se planteó una causal mixta, que incluía dentro del artículo 373 letra b), aspectos obvios de valoración judicial, planteando que había tres tópicos de error del Tribunal Oral Penal de Cauquenes, sobre la naturaleza de cargo concejil, la exigencia de daño externo a la causa pública y, finalmente, sobre la necesidad (y demostración) del dolo directo en accionar de los imputados. Así, los puntos fueron los siguientes:

a) En cuanto a la naturaleza de cargo concejil: El **Sujeto activo** de este delito, debe tratarse de un **empleado**. Por tal entenderemos al funcionario público descrito en el artículo 260 del Código Penal. Los concejales municipales son elegidos por votación directa mediante un sistema de representación proporcional, durarán 4 años en sus cargos y podrán ser reelegidos.

“A los concejales –precisa el artículo 77 de la Ley N°18.695– no les serán aplicables las normas que rigen a los funcionarios municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal” (dictamen N°31.759, de 1992).

En razón de la naturaleza de su desempeño, la LOC de Municipalidades les concede dos derechos: el derecho a ser informados y el pago de una asignación pecuniaria de carácter mensual y no imponible, por asistencia a sesiones, artículo 76.

El hecho que los concejales no sean considerados para algunas materias funcionarios municipales no es impedimento para que sean considerados empleados públicos para efectos penales ya que realizan una función pública y están adscritos a un órgano público, como es en Concejo Municipal. Al respecto se puede revisar el texto de Rolando Pantoja, *La Organización Administrativa del Estado*¹².

Por lo demás, la figura del artículo 254 inciso 3° del Código Penal es especial y se refiere al que ejerza un cargo concejil, entendiéndose tal aquel que tiene referencia con el **CONCEJO**.

Cargo Concejil, para los efectos del delito en cuestión, es aquel a que se refiere el artículo 254 del Código Penal, debiéndose aplicar las normas de interpretación establecidas por el Código Civil (artículos 19 a 24 inclusive), los que previenen como principio de lectura de normas el tenor literal. Pues bien, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua en su vigésima edición establece como primera acepción del vocablo “concejil” la de “*1. adj. Perteneciente o relativo al concejo*”, siendo –para mayor claridad aún– la segunda acepción más evidente aun “*Común a los vecinos de un pueblo*”.

En la obra “**Tratado de Derecho Civil**” que comprende las enseñanzas de tres grandes civilistas como son don Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic H., al tratar el concepto jurídico de domicilio, se señala que se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en el lugar “...por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo y por otras circunstancias análogas” y agregan: “Según el Diccionario, **cargo concejil** “es el obligatorio para los vecinos como en tiempos de la promulgación del Código lo era en muchos países el de **concejil**”¹³.

Así pues, el concejil ejerce precisamente un cargo concejil, que equivale a lo que eran antiguamente los **regidores**, cuestión que queda clarísima si se leen obras que indagan sobre la organización administrativa local antigua desde

12 Rolando Pantoja, *La organización administrativa del Estado*, Rolando Pantoja, *La organización administrativa del Estado*, “Clasificación de los órganos y organismos de la Administración del Estado”, Editorial Jurídica (2004), pp. 323-452

13 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic “*Tratado de Derecho Civil*”, Ed. Jurídica, Santiago, 1998, p. 462.

la baja edad media en España. Así por ejemplo en "**El Sistema Político Concejil**", estudio de don José María Monsalvo Antón de la Universidad de Salamanca¹⁴. En el libro se analiza el "entorno material local" del sistema concejil y en él se expresa como cargo concejil el de Regidor que forman el Concejo local. Como sabemos, el cargo de Regidor que contemplaba nuestra antigua ley fue reemplazado por el de Concejal, para señalar la misma función.

La **Constitución Política de 1925** señalaba precisamente que el Regidor es un cargo concejil cuando prescribe en los artículos 101 y 102 lo siguiente: Art. 101: "La administración local de cada Comuna o agrupación de Comunas establecida por lei (sic), reside en una Municipalidad".

"Cada Municipalidad, al constituirse, designará un Alcalde para que la presida y ejecute sus resoluciones".

"Artículo 102 Las Municipalidades tendrán los Rejidores (sic) que para cada una de ellas fije la lei (sic). Su número no bajará de cinco ni subirá de quince. **Estos cargos son concejiles y su duración es de tres años**".

b) Exigencia de daño externo a la causa pública: A consideración de la mayoría del Tribunal, es elemento del tipo penal que el daño a la causa pública debe ser externo al funcionamiento del órgano municipal, por lo que –por el hecho que los acusados hayan asistido a otras sesiones y la Municipalidad tenga un subrogante legal– no se verifica daño.

Sin perjuicio que haya un voto de minoría que acoge íntegramente la tesis del ente persecutor, al estimar que hay un daño a la causa pública, por cuanto –de seguirse la teoría de la mayoría del Tribunal– por la aplicación del principio de la continuidad del servicio público, jamás se podría aplicar esta figura, pues la ley y la administración pública siempre deben seguir funcionando, más allá de las responsabilidades que ocasionen las faltas cometidas.

Se hizo presente en el juicio oral que la dilatación injustificada en la comparecencia de los concejales a la audiencia especial de elección de alcalde, originó que el Administrador Municipal asumiera interinamente como Alcalde, dejando vacante el cargo de planta para el cual fue contratado. Que además, no cabe sino tener como perjuicio a la causa pública que la voluntad popular y las órdenes legales y judiciales tendientes a reestablecer el orden democrático no sean cumplidas.

El accionar de los concejales, de sólo concurrir a las sesiones ordinarias y extraordinarias citadas por ellos, es ejemplo inequívoco que abandonaban su cargo para determinadas actividades, como lo era cumplir la orden judicial.

¹⁴ José María Monsalvo Antón, "El Sistema Político Concejil de Alba de Torres y su Consejo de Villa y Tierra", Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª edición, 1988.

Es lo que sucede con los concejales de Pelluhue que, habiendo sido citados en siete oportunidades por el Tribunal Electoral del Maule para que asistieran a las sesiones del Concejo Comunal, para efectos de participar en la elección del alcalde de Pelluhue, éstos no concurren, se retiran, se esconden y finalmente presentan licencias médicas con el único objeto de no concurrir a la audiencia. El perjuicio y el daño que se causa al municipio es enorme toda vez que el Alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá la dirección y administración del municipio, gran parte de las decisiones que tienen que ver con la salud, educación, administración del municipio quedan en entredicho y severamente dañadas por el actuar doloso de un grupo de concejales que, al parecer, han actuado motivados por decisiones político-partidistas descuidando las obligaciones que les caben como funcionarios públicos.

No sólo existe un cargo que no es servido por un titular, sino que el Secretario Municipal debe asumir las numerosas e importantes decisiones de un Alcalde y a la vez su cargo queda descuidado o debe ser a su vez subrogado, una situación transitoria se hace permanente y en lugar de uno hay dos cargos no servidos en forma normal. El sistema mismo de gobierno local democrático se ve trastocado e incumplida la voluntad popular.

c) Falta de acreditación de dolo directo: El fallo recurrido resuelve sobre este aspecto de la siguiente forma:

“Igualmente, no se configura el delito al no haberse constatado la existencia de dolo directo en las acciones de los agentes, exigido por el ilícito penal, puesto que sólo consta que los acusados se retiraron de la reunión del 29 de enero de 2009, sin la intención de desvincularse definitivamente del cargo, lo que constituye un requisito de la acción de abandonar.

Esta ausencia de dolo directo se trasunta en las declaraciones vertidas en juicio por los acusados y en circunstancias y antecedentes reunidos en la audiencia que descartan cualquier ánimo doloso. Primero, que si bien los acusados procedieron a retirarse de la sesión extraordinaria de 29 de enero de 2009, celebrada para la elección de Alcalde de Chanco (sic) entre los concejales, lo hicieron en el convencimiento, a su entender, de que se habían producido vicios en la votación efectuada que condujo al empate y lo discutible acerca de la necesidad de una segunda votación, manifestando, expresamente que no votarían como lo señala el acta de concejo del 29 de enero de 2009 contenida en el expediente 1534-2009”.

No podemos sino disentir completamente de estas afirmaciones. En primer lugar, es un error indicar que los señores concejales manifestaron dudas o vicios en la votación realizada. Aquello por cuanto, **NO EXISTIÓ INCIDENCIA ALGUNA SOBRE TAL VICIO EN LA AUDIENCIA DE 29 DE ENERO DE 2009**. Las supuestas dudas son el subterfugio empleado para

dilatar la elección. De lo anterior da cuenta el propio alegato de clausura de la defensa de los acusados, en que reconocen que no hay duda alguna que no debió llevarse a cabo la segunda votación, pues era claro que el elegido era el Sr. Zúñiga Villaseñor. Esos dichos, claros en el registro de audio no dejan duda alguna que las supuestas dudas o vicios de la votación producida JAMÁS EXISTIERON.

Postula el fallo en la redacción de mayoría, sobre el dolo directo, que sólo consta que los acusados se retiraron de una reunión de 29 de enero, pero que han ido a todas las ordinarias y extraordinarias con fines diversos. Lamentablemente la mayoría del Tribunal no ahonda en aspectos de suma relevancia, que sí fueron atendidos por el voto de minoría, que previene en lo pertinente:

“Que, no se puede desconocer que no ha habido un abandono continuo por parte de los acusados, ya que han desarrollado ciertas actividades relacionadas con el cargo de Concejal, asistiendo a reuniones ordinarias y extraordinarias, por lo que dicho abandono, a juicio de este Magistrado, debe entender en relación a la función que les encomienda por Ley al asumir éste cargo público y en especial, la obligación de elegir alcalde en los casos previsto por la Ley Orgánica de Municipalidades.

Que esta situación no es un hecho aislado, ya que por si no tendría relevancia, sino que al contrario es una conducta que se repite en el tiempo, lo que da cuenta de la gravedad que encierra las actuaciones de los acusados, existiendo una lesión al bien jurídico por la no producción de un bien que le fue encomendado, lo que configura además el dolo directo de su accionar”.

Dolo directo que queda claramente demostrado con las propias declaraciones de los acusados, en orden a que no irían a ninguna reunión citada por el Tribunal, simplemente por no estar de acuerdo con el accionar del propio Concejo del cual forman parte (tal como lo indicó el Sr. Arellano Díaz y la Sra. Canales Mardones ante estrados, refiriendo que no irían a nuevas votaciones).

En síntesis, precisamente el hecho de haber concurrido a otras sesiones del Concejo, ordinarias y extraordinarias, pero no a aquella tan importante para designar nuevo Alcalde, en este caso ordenada además por un Tribunal y además un hecho público y notorio por meses en los medios de comunicación, demuestra claramente el dolo en el actuar de los acusados.

Sobre la causal absoluta del artículo 374 letra e), se emplearon similares argumentos, más bien ahora atendiendo a la arbitrariedad en la valoración probatoria y a las contradicciones en la propia sentencia.

Posteriormente, en la vista de la Corte de Apelaciones, se reiteraron los argumentos, mas ahora se le daba un cariz de peligro de reiteración de las conductas, pues el fallo de la Corte Suprema y el del TOP de Cauquenes, dejaban sin aplicación práctica ni facultad de imperio al TER, sumado a que –de mantenerse

firme la absolución— podrían replicarse en cualquier municipio en situación de vacancia legal (algo que ocurría en esos momentos en Concepción, debido a la renuncia de la alcaldesa titular).

Con fecha 29 de abril de 2010, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, decide acoger el recurso de nulidad, aceptando la causal subsidiaria para evitar pronunciarse sobre la principal, pero —de igual manera— dejando en claro que ante los hechos, era evidente la confabulación de los acusados y la contumacia en su actuar. Lo que se colige de las siguientes expresiones:

“Ahora bien, al efectuar la valoración jurídica de los hechos, los jueces del tribunal de origen (*considerando undécimo*) sostienen, en cuanto al delito de desacato, que no hubo una notificación válida que permita definir el incumplimiento; dejan asentada la asistencia de los acusados a la sesión de 29 de enero de 2009 y el hecho de haberse retirado de la misma; aducen que la citación no se hizo con el plazo debido según la ley; dicen que no basta un conocimiento cualquiera, sino, aquel formal emanado de notificación válida; y manifiestan que las licencias médicas no fueron objetadas; y, respecto del delito de abandono de cargo concejil argumentan que los concejales acusados fueron a sesiones ordinarias y extraordinarias y sólo faltaron a la extraordinaria para continuar con la elección de alcalde; que no hubo daño pues la Municipalidad siguió funcionando; que los acusados se retiraron de aquella sesión, pero no para desvincularse definitivamente.

6°) Que la relación precedente permite advertir que el fallo no precisa cuáles son *los detalles* que diferencian las declaraciones de los tres concejales de cargo con las de los tres concejales acusados y que estiman *penalmente no relevantes*. Tampoco explica la influencia que podría tener en la conclusión, la asistencia de los acusados a las demás sesiones ordinarias y extraordinarias, salvo a aquella destinada a elegir Alcalde, ni enfrenta el mérito de las licencias médicas con tales circunstancias. Asimismo, no satisface plenamente la pregunta ¿porqué los acusados se retiraron de la sesión de 29 de enero de 2009?, ni clarifica cuándo, cómo y a quién se realizaron las otras formas de comunicación, posteriores a la que dio origen a la primera de las sesiones. Con todo, da por probado —en el raciocinio octavo— entre otros hechos, que el secretario municipal citó a las reuniones de los días 2, 5, 6 y 9 de febrero de 2009 para dar continuidad a la sesión de 29 de enero de dicho año, a las cuales no asistieron los acusados, lo que no se condice con la conclusión posterior en cuanto a que ello no se verificó válidamente.

7°) Que lo antes expuesto permite afirmar que el fallo no cuenta con toda la estructura lógica que es dable esperar de él, dada las particulares circunstancias del caso sub lite que obligan a transparentar todos los hechos, sean favorables o adversos para los acusados, por lo que, en tal aspecto, sólo en él, aquello se enmarca en el primer aspecto de la causal invocada por el Ministerio Público, es decir, en cuanto no aclara el significado de las reiteradas actuaciones de

los acusados que frustraron la realización de la sesión para elegir al alcalde. Como señala el Ministerio Público, lo resuelto “*da pie a considerar como lógicas o válidas las actuaciones de los concejales acusados que hacían frustrar cualquier intento de notificación*”. Y, en tal perspectiva, debió razonarse sin dejar lagunas o vacíos, acerca de si los actos de los acusados destinados a frustrar los intentos de notificación importan o no valerse de la existencia de su propio dolo”.

Segundo juicio oral

En el segundo juicio oral, llevado a cabo con fecha 24 de agosto a 29 del mismo mes, el Tribunal Oral Penal de Cauquenes (ahora constituido en Linares), se planteó en diferentes términos, pues estimó –al absolver a los acusados por el delito de desacato– que el TER tiene todas las facultades para ordenar el proceso en lo términos de la Ley 18.593 y que además tiene competencia para intervenir en el procedimiento. Sin embargo, consideró que el obligado por la resolución era el Secretario Municipal (único interlocutor válido con el TER, para el Tribunal Oral), lo que excusaba a los concejales de una vinculación con la orden judicial.

Al abordar este punto, nuestra postura fue siempre la de defender la competencia del TER, pues el fallo de amparo de la Corte Suprema adolecía de serios vicios que no hacían más que entender que se había excedido en su resolución, a saber:

- a) Es de la esencia del proceso la bilateralidad de la audiencia, por lo que –al pronunciarse sobre la competencia de un Tribunal– es requisito indispensable dar la vista al órgano afectado por esa supuesta incompetencia.
- b) La Incompetencia es una excepción en un proceso y, como tal, debe ser planteada por los medios válidos dentro del mismo. En cuanto al recurso de amparo, es una acción destinada a la protección de los derechos y no es un proceso, ya que tiene como única finalidad el pronunciarse sobre los actos que han afectado o no la libertad de una persona, en definitiva, no puede referirse a puntos que no son de su naturaleza, porque se estaría desvirtuando, como estimamos que ocurrió con la resolución de la Corte Suprema.
- c) La nulidad de un acto siempre debe ser declarada por un Tribunal, no se presume. Por ende, no pueden estimarse nulas las diligencias del TER mientras no sean expresamente declaradas nulas por un Tribunal competente (artículo 83 del Código de Procedimiento Civil).
- d) Importante fue mantener la postura del voto disidente en el fallo de amparo, redactado por don Luis Bates.

El fundamento básico de la absolución entonces, no fue la carencia de competencia del TER, sino –como se adelantó– que la obligatoriedad de las resolu-

ciones estaba destinada al Secretario Municipal y no a los Concejales. Acá el fundamento de dicha decisión:

“Ahora, en cuanto al eventual desacato o incumplimiento de dicha resolución, cabe considerar que se ha resuelto que “la tipificación como delito de la conducta que sanciona al que «quebrante lo ordenado cumplir» se inscribe en la lógica de preservar valores autónomos y trascendentes: la correcta administración de justicia y el imperio de las resoluciones judiciales como intereses sociales relevantes en el orden institucional” (sentencia definitiva dictada el veintitrés de mayo del año dos mil seis por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N°799-2006). En ese sentido, necesario es determinar quién es el destinatario de la singularizada orden del Tribunal Electoral de la Región del Maule, y creemos que la respuesta no puede ser otra que el secretario municipal de la I. Municipalidad de Pelluhue, ya que en definitiva es a él a quien se le ordena hacer algo. A la vez, en mérito de ello, no nos parece razonablemente posible extender ese mandato a los señores concejales de dicha Municipalidad, ya que ellos son mencionados en la resolución analizada sólo para precisar a qué queda obligado el secretario municipal, pero en ningún caso se dispone a su respecto conducta alguna. Estimamos que corolario de lo anterior es que las conductas de los encausados descritas en la acusación como acciones en sentido amplio constitutivas del delito del artículo 27 inciso final de la Ley 18.593, a saber, el no haber concurrido a las audiencias destinadas a proceder a la segunda votación para la elección del Alcalde de la comuna de Pelluhue, no pueden desde ya ser consideradas como idóneas para quebrantar lo ordenado cumplir en la resolución que nos atañe, esto es, la dictada por el Tribunal Electoral de la Región del Maule con fecha 27 de febrero del año 2009 en la causa Rol N°1.534-2009, ya que en ella no se les ordenó asistir a tales sesiones de Concejo y, en consecuencia, tales conductas no constituyen, en el ámbito fáctico delimitado por la acusación, un quebrantamiento de lo ordenado cumplir que haya menoscabado la correcta administración de justicia o despreciado el imperio de las resoluciones judiciales”.

Por otro lado, la unanimidad del Tribunal Oral Penal estuvo por condenar a los tres acusados como autores del delito de abandono de cargo concejil, asumiendo nuestras ideas base al respecto:

- a) Emplear el artículo 79 letra a) de la Ley Orgánica de Municipalidades como idea fuerza, puesto que establece como obligación del Concejo la de “Elegir al alcalde, en caso de vacancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62”.
- b) Dos de los acusados (Arellano y Bobadilla) ya habían participado en procedimientos idénticos, por lo que ya tenían conocimiento de la forma y circunstancias de notificación empleada, además, se trata una continuación de una sesión ya iniciada, por lo tanto, esta ausencia significa una valencia del propio dolo.

- c) La negativa o reticencia a la presentación a una actividad propia del cargo implica un delito especial previsto en el artículo 254 del Código Penal.
- d) Se produjo un daño inmenso a la función pública, atendido a que durante un año y medio aproximadamente la Municipalidad de Pelluhue no estuvo dirigida por quién corresponde conforme la ley, sino por un subrogante, que no tiene las responsabilidades propias del cargo. Importante fue la indicación de parte de los testigos de descargo que los años contables 2008 y 2009 no se habían cerrado mientras rigió el alcalde (s) sino que sólo se cerraron con la asunción del titular. Los cierres de año contable, son requisito básico para la correcta ejecución de los presupuestos anuales, por lo que había señal de mala administración, lo que era –causalmente hablando– directamente imputable a los acusados.
- e) Difícil era retrucar al profesor Etcheberry, pues no teníamos más fundamentos doctrinales que al propio Etcheberry, más el informe y asesoría de la Unidad¹⁵ de la Fiscalía Nacional que aportó nuevos elementos y doctrina extranjera que permitieron estimar que los argumentos literales e históricos ya reseñados, eran superiores a los que argüía la defensa.

Posteriormente, el Tribunal estima lo siguiente:

“En cambio, este Tribunal entiende que los hechos asentados en el motivo noveno de este fallo son constitutivos del delito consumado de Abandono de Cargo Concejil, previsto y sancionado en el artículo 254 incisos 1 y 3 en relación con el artículo 260, ambos del Código Penal.

Que, para determinar la concurrencia del ilícito en comento, cabe preguntarnos en primer término, qué debemos entender por abandono, de lo cual, si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, veremos que dentro de sus acepciones se consulta, como atinente al caso de marras, la de “Descuidar los intereses o las obligaciones”.

De otro lado, para calibrar la entidad de tal abandono, comprendemos que para ello debe estarse a la interpretación que surge del bien jurídico protegido, cual es el buen o correcto funcionamiento de la administración pública y, a partir del mismo, desentrañar si tal dejación o descuido guarda la relevancia jurídico penal para entenderla típica, antijurídica y culpable.

Por otra parte, desde la perspectiva del sujeto activo del ilícito en cuestión, entendemos que los tres acusados afectivamente desempeñan y han desempeñado durante el lapso que abarca el libelo acusatorio, un cargo concejil, función pública o destino de elección popular y remunerado que se encuadra dentro de la norma del artículo 260 del Código Penal, como disposición general para los efectos del artículo que nos ocupa, y que reza que “se reputa empleado, todo aquel que desempeñe un cargo o función pública (...) No obstará a esta

15 UNAC, Unidad Anticorrupción de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

calificación en que el cargo sea de elección popular”. Con lo cual, insistimos, no vemos obstáculo histórico, semántico o interpretativo para englobar en tal definición los cargos en que se encuentran legalmente investidos los encartados, quedando incluidos en este concepto amplio los Concejales para los efectos de estimarlos como sujetos activos del tipo penal analizado. En este sentido entendemos que nada hay de aplicación analógica de los conceptos, pues –al contrario– un cargo o función pública remunerada con cargo al erario público o municipal en este caso, lleva un grado de compromiso y responsabilidad mayor y, probablemente, no exigible a quien detente un cargo ad honorem.

Además entendemos que, dada la calidad de funcionarios públicos, pesa sobre estos un deber de actuar mayor, no exigible a un ciudadano común. En el caso de marras, resulta clarificador a la luz de la prueba producida en juicio, que los encartados, en su calidad de concejales, luego de haberse constituido el día 29 de enero de 2009 para realizar la elección de alcalde de su comuna, se retiraron de esa sesión sin justificación, impidiendo de esta forma la elección del alcalde titular, conociendo el efecto de aquello y, por tanto, la necesidad de llevar a cabo una segunda votación. En ese escenario, y sin perjuicio de sus aprehensiones en torno a cómo se les debía realizar la citación para esa segunda votación, los acusados tenían plena conciencia del imperativo de realizar la elección del alcalde y que su comparecía resultaba determinante para la conformación del quórum requerido. Así las cosas, al pesar sobre ellos este deber de actuar, manifestado en el caso sub lite en el deber de concurrir y elegir al alcalde según lo previenen los artículo 62 y 79 letra a) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, su responsabilidad deviene por la sola infracción de este deber de actuar, toda vez que además, no se advirtieron, conforme a la prueba producida en juicio, acciones tendientes a dar cumplimiento real a dicha obligación (más allá de querer conversar dilatoriamente el asunto), contando con las posibilidades e instancias correspondientes para hacerlo, por cuanto concurrían permanentemente a las demás sesiones ordinarias y extraordinarias en las que tenían contacto directo con el Secretario Municipal y demás concejales que expresaban su intención de continuar con la elección de alcalde, todo lo cual queda de manifiesto con lo declarado por los propios acusados y lo reconocido por los concejales Clemente, Muñoz y Zúñiga, además de lo aportado sobre el particular por el testigo Claudio Poblete, quienes afirmaron que los acusados asistían a dichas sesiones con posterioridad a la sesión del 29 de enero, circunstancia que a su vez resulta ratificada por las actas N°7 de fecha 4 de febrero, acta N°10 de fecha 4 de marzo, y actas N°8 y 13 de fechas 29 de marzo y 5 de mayo de 2010, respectivamente. Destacable es al respecto lo afirmado en juicio por el concejal señor Clemente Alarcón, pues señaló que las citaciones a los concejales para que asistieran a la continuación de la elección de alcalde se les comunicaban por el estafeta de nombre Víctor, quién era enviado por el Secretario Municipal, además se le daba publicidad en la radio local y en los concejos él siempre le informaba a los demás concejales, los acusados, que tal día había una sesión de continuidad de la del 29 de enero, pero los acusados

manifestaban que no iban a ir, incluso en una de estas oportunidades el encargado del correo fue al concejo a entregarles las cartas certificadas, pero ellos no las quisieron recibir. Además, creemos que más allá de la forma en que fueron citados, ya sea, por estafeta, medio radial, carta certificada o el simple hecho de haber tomado conocimiento de las sesiones que se iban a realizar a través de los otros miembros del Concejo en las sesiones ordinarias o extraordinarias, –que según Diego Clemente acontecía siempre antes de una sesión fijada para ese efecto– la reprochabilidad de los encartados se funda también en su deber de actuar, en este caso, de concurrir y elegir al alcalde titular. En efecto, el profesor Rodríguez Collao, en su libro “Delitos contra la Función Pública” de la Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p. 108, señala “Los delitos de infracción de deber, en cambio, tienen como fundamento de la imputación de responsabilidad una lesión de los deberes de comportamiento que se exigen a favor de un determinado bien jurídico”, luego agrega “En consecuencia, la autoría se determina por la lesión del deber, en tanto que el dominio del hecho o el ámbito de organización es irrelevante”.

Dicho lo anterior, cabe consignar que para colegir que la inasistencia en las fechas indicadas resultó mucho más que una mera ausencia reiterada a determinadas sesiones, nuestro análisis no se fundó en una circunstancia meramente cuantitativa y/o de comparación con la presencia de estos concejales en múltiples sesiones ordinarias o con su intervención en otras actividades propias del cargo de representación popular, sino que atendimos a la incidencia real, concreta y cualitativa de estas inasistencias en el buen funcionamiento de la administración municipal. A este respecto resulta relevante y decidor que la génesis de todo este decurso desafortunado de hechos se debió a un abandono de facto, no autorizado, inconsulto, por sí y ante sí de una sesión extraordinaria para la elección de Alcalde en pleno desarrollo, una suerte de ruptura por vías de hecho de la juridicidad, legalidad y legitimidad en marcha y que ellos mismos habían concurrido a poner en funcionamiento. Más allá de los motivos que pudieron tener en mente o de las interpretaciones que pudieron subyacer en la conducta adoptada en ese instante, ese abandono de facto se mantuvo desde el 29 de enero de 2009 al 9 de junio de 2010, esto es, largos 16 meses. Las consecuencias de dicha inasistencia, a la par de impedir volver a funcionar por los cauces legales la sesión extraordinaria interrumpida de hecho, impidió la asunción de un detentador legítimo y no sólo legal del cargo de Alcalde, cuestión que no sólo causó desazón en la opinión de los asistentes a la ya aludida sesión de 29 de enero de 2009, sino que repercutió de manera sensible y relevante en la correcta administración municipal. Bástenos para ello y por ahora señalar que hubo dos períodos contables que no se cerraron debidamente, cuestión que afecta –si no el más importante– uno de los más álgidos tópicos en cualquier administración que se precie de eficiente y eficaz, cual es el manejo presupuestario, el uso y aplicación de los dineros, el control y fiscalización adecuada del mismo, la justificación contable de los egresos, etc.; tomando en consideración

que se trata de dineros públicos, para cuya gestión las exigencias de transparencia y fiscalización deben ser superlativas. Lo anterior no es inconexo con la ausencia de un Alcalde titular pues, en este caso específico, no olvidemos que quien debió asumir extraordinariamente y a modo de subrogante, desconocía totalmente las labores del cargo y hubo de imponerse sobre la marcha sobre los quehaceres que le eran propios conforme a la Ley, todo lo cual devino, en evidente daño a la causa o buena administración pública.

Finalmente, entendemos que no concurre respecto de los encartados excusa legítima para retirarse o no concurrir, respectivamente, a las sesiones referidas, conductas que en definitiva constituyeron el ilícito en análisis, ya que, respecto del retiro injustificado de la sesión del 29 de enero de 2009, si bien los acusados esbozaron como medio de defensa que tenían dudas respecto de la validez del voto del concejal Diego Clemente y por tanto, del resultado de la votación, nada de ello se advierte al apreciar el video exhibido de aquella sesión. Por el contrario, en ese registro se observa que luego que los acusados tienen claridad respecto del empate producido y la necesidad de efectuar una segunda votación, se retiran. En relación a las demás citaciones para la continuación de la sesión del 29 de enero de 2009, también según lo manifestado por los encartados y sus defensas, se colige como excusa que legitimaría su actuar que la notificación no se les habría practicado en forma legal, esto es, en forma personal por el Secretario Municipal y con una antelación de tres días. Sin embargo, entendemos que los incisos 5 y 6 del artículo 62 de la Ley 18.695, que tratan la materia, primero hablan de una sesión continua en la que, de no lograrse la mayoría, se debe proceder a una segunda votación, y es para la sesión como unidad para la cual se establece como exigencia para su citación que el Secretario Municipal cite a los concejales con tres días de anticipación a lo menos. Nada dice la ley respecto de citaciones con determinadas solemnidades ante una eventual suspensión forzada e intempestiva de la sesión, y ello es entendible pues el aviso previo y la solemnidad resulta, explicables por la importancia del objeto de dicha sesión, que amerita obviamente formalidades que den certeza en cuanto a que los concejales tomaron conocimiento de ella y tuvieron tiempo para meditar y preparar su intervención en la misma, pero, una vez cumplidas esas formalidades e iniciada la sesión en comento, ya no se justifica reiterarlas, tal como ocurre, a manera de ejemplo, durante una audiencia de juicio oral, en que, concluida la jornada diaria, simplemente se instruye a los testigos y peritos que deben concurrir al día siguiente a una determinada hora, pero no se les a notifica formalmente y bajo estampado de ello por un ministro de fe. Por otra parte, entendemos que no son dables esas exigencias a que aluden, pues son los propios encartados quienes provocan esta situación y, por consecuencia, la suspensión de la sesión iniciada, en razón de lo cual entendemos no existe la sugerida excusa legítima, más aun considerando el deber de actuar que les es exigible dada su calidad de funcionarios públicos”.

Segundo recurso de nulidad. Defensa recurre ante Corte de Apelaciones de Talca

La resolución que impuso diversas penas a los acusados fue recurrida de nulidad ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca que, en lo sustancial y ahora sí, recogió la idea de la punición directa y la aplicación válida de la figura del abandono de cargo concejil, desechando uno por uno los tres “supuestos” vicios de la sentencia condenatoria.

El fallo de nulidad, de fecha 8 de octubre de 2010, se pronunció en los siguientes términos:

“Que la cuestión en debate discurre sobre tres presuntos errores de derecho que contendría la sentencia recurrida. En efecto, el primero de ellos dice relación con el concepto de abandono del cargo a que se refiere el inciso tercero del artículo 254 del Código Penal, asegurando los recurrentes que tal expresión importa el abandono del cargo en su totalidad y no parcialmente como habría ocurrido en la especie. Sin embargo, a este respecto hay que señalar que tan restrictivo alcance del referido vocablo no se condice con el contexto general del analizado artículo 254, ya que dicho verbo rector se extiende por todos los presupuestos contemplados en la comentada norma, demostrando un propósito tutelar amplio. Así el inciso primero expresa: el empleado que sin renunciar a su destino lo abandonare...; a su turno el segundo señala: si renunciado el destino y antes de transcurrir un plazo prudencial en que haya podido ser reemplazado por el superior respectivo, lo abandonare...; por último el tercero y pertinente para el presente recurso, manifiesta: las penas establecidas en los dos incisos anteriores se aplicarán respectivamente al que abandonare... Como queda visto una interpretación de dicha expresión tan restrictiva como la pretendida por los recurrentes, excluiría de tipificación penal conductas funcionarias dolosas y de grave perjuicio para el interés público, contraviniendo así el principio disciplinario que compete al Derecho Penal y claramente establecida en la norma comentada, razones que impiden acceder a esta primera causal de nulidad alegada.

5°.-) Que en lo referente al segundo error de derecho que esgrimen los recurrentes y que sustentan en el mismo verbo rector del artículo 254 del Código Punitivo, señalando como improcedente lo afirmado en la impugnada sentencia, en el sentido de que un incumplimiento solamente parcial de las labores de concejal constituye abandono del cargo por la circunstancia de haber producido daño en el funcionamiento de la administración municipal, cabe a este respecto señalar lo siguiente: Interpretada la acepción abandono contenida en el inciso tercero parte primera del referido artículo 254 en un sentido amplio como se expuso en el raciocinio precedente, pierde relevancia la cuestión aquí planteada, pues a más de tener por tipificada la conducta de los recurrentes como un ilícito penal en los términos del señalado artículo, los jueces dejan de manifiesto que el efecto dañino que produjo la ausencia de los concejales en el funcionamiento de la administración municipal no es más que el resultado

negativo de la conducta de dichos personeros y no un requisito del tipo penal como pretenden hacerlo aparecer los recurrentes.

6°.-) Que por último, en lo concerniente al tercer error de derecho que esbozan los recurrentes, esto es, la expresión cargo concejil que utiliza el inciso tercero del artículo 254 del Código Penal, circunstancia que no permitiría asimilarla al cargo de concejil que detentan los acusados, cabe señalar a este respecto que la cuestión así planteada parece más un asunto semántico que conceptual. En efecto, el actual cargo de miembro del Concejo Municipal tuvo denominaciones distintas en el pasado, tales como regidor que le otorgó la Constitución de 1925 y de concejil con antelación a ésta, por lo que la génesis de la función sólo varió en la denominación mas no en su contenido, debiendo considerarse la consignada en la disposición en estudio como la equivalente a la actual de concejil. Por otro lado el artículo 260 del Código Penal es categórico en hacer extensivo el concepto de empleado público a todo personero que ejerza dicha función, incluso respecto del cargo que sea de elección popular, como ocurre en la especie, por ende se hace improcedente para este supuesto la distinción que pretenden los recurrentes, razones que tampoco autorizan para acoger la causal de nulidad en tal sentido”.

Inadmisibilidad recurso de queja

Punto aparte merece señalar que ambos fallos de nulidad de la Corte de Apelaciones fueron recurridos de queja por los acusados, empleándose en ambos la misma fórmula para su rechazo en sede de admisibilidad, esta es “Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 387 del Código Procesal Penal, la resolución que falle un recurso de nulidad, no es susceptible de recurso alguno”.

Esta cuestión nos merece reparos, pues debe distinguirse entre el primer fallo de nulidad (que no ponía término al procedimiento, sino que lo reactivaba) y el segundo fallo (que bastaba para dejar ejecutoriada la sentencia), así los votos de minoría estimaron que si bien el artículo 387 del Código Procesal Penal dispone que no procede recurso alguno en contra de las resoluciones que fallan los recursos de nulidad, es lo cierto que el artículo 63, N°1°, letra b), del Código Orgánico de Tribunales les asigna expresamente la calidad de “única instancia”, amén que configura exactamente una de las causales que autorizan el recurso de queja, en los términos prescritos en el inciso primero del artículo 545 del mismo cuerpo legal, de modo que su aplicación se torna preferente por tratarse de una norma especial propia, sin perjuicio que, a mayor abundamiento, el artículo 8°, N°2°, letra h), del Pacto de San José de Costa Rica, suscrito por Chile, considera los recursos ante el superior jerárquico de las resoluciones agraviantes en materia penal, con mayor propiedad aún si se denuncian faltas o abusos graves y no obstante que este derecho no se contempla en nuestra Carta Fundamental, resulta igualmente obligatorio, en razón a que los pactos internacionales ratificados por nuestro país, y en actual vigencia ostentan un rango superior al de una ley, en virtud de lo prevenido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Sentencia

Linares, dos de septiembre del año dos mil diez.

VISTO:

Que, entre los días veinticuatro a veintiocho de agosto del presente año ante la Sala Única del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes integrada por los Jueces subrogantes don Christian Aníbal Leyton Serrano, quien la presidió, don Víctor Manuel Rojas Oyarce y doña Scarlet Gisela Quiroga Jara, se desarrolló audiencia de juicio oral en causa RIT N°69-2009; RUC N°0900278572-k, seguida contra **RAQUEL CANALES MARDONES**, cédula nacional de identidad número 4.673.320-7, nacida en la comuna de Cauquenes con fecha 20 de noviembre de 1942, viuda, estudios universitarios completos, concejal, domiciliada en calle Arturo Prat N°206 de la comuna de Cauquenes; en contra de **MANUEL ENRIQUE BOBADILLA FUENTES**, cédula nacional de identidad número 8.841.190-0, nacido en Sewell con fecha 10 de julio de 1962, casado, estudios medios completos, concejal, domiciliado en calle Arturo Prat N°206 de la comuna de Cauquenes, ambos representados por los defensores privados Carlos Enrique Castro Vargas y Juan Guillermo Barrios Herrera; y en contra de **RICARDO ÁNGEL ARELLANO DÍAZ**, cédula nacional de identidad número 7.877.179-8, nacido en Cauquenes el 23 de mayo de 1960, casado, estudios medios completos, concejal, domiciliado en población Cauquenes, pasaje

20 o Ricardo Valdés, casa N°593 de la Comuna de Cauquenes, representado por el defensor privado don Iván Gómez Oviedo. Intervino como acusador el Ministerio Público a través del fiscal don Francisco Ávila Calderón. Todos los letrados con domicilio y forma de notificación establecidos en forma previa en el Tribunal.

OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Acusación.- Que los hechos y circunstancias que fueron objeto de la acusación, son aquellos contenidos en el auto de apertura de fecha trece de octubre de dos mil nueve, dictado por el Juez de Garantía de Chanco, cuyo contenido es del siguiente tenor: “El tribunal Electoral de la Región del Maule (en adelante TER), citó, por los conductos regulares a los concejales de la comuna de Pelluhue, para las audiencias de fecha 02, 05, 06 y 09 de febrero de 2009 para sesionar el Concejo Municipal de Pelluhue y proceder a la votación para la segunda votación para la elección del Alcalde de dicha comuna, conforme a lo previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Similar situación ocurrió para la audiencia -de igual forma ordenada por el TER- fijada para el 27 de febrero de 2009, como para la sesión de fecha 06 de marzo de 2009, como para la sesión de fecha 06 de marzo de 2009.

A cada una de estas sesiones -legalmente citados- no concurrieron los imputados **MANUEL BOBADILLA FUENTES, RICARDO**

ARELLANO DIAZ y doña RAQUEL CANALES MARDONES, Concejales de Pelluhue, quebrantando lo ordenado cumplir por el tribunal, a pesar de haber sido notificados válidamente de la convocatoria, sin justificar razonablemente su inasistencia.

Posteriormente, el 25 de marzo de 2009, el tribunal Electoral de la Región del Maule ordenó nuevamente la realización de dicha sesión el día 03 de abril de 2009, disponiendo que los imputados fueran conducidos arrestados a dicha audiencia.

A pesar de ello, los imputados quebrantaron nuevamente lo ordenado cumplir, no asistiendo a la sesión convocada al efecto y sustrayéndose de la acción de la fuerza pública, ocultándose de funcionarios de carabineros, impidiendo su arresto y ausentándose de la sesión a que estaban obligados a concurrir por resolución judicial.

Sobre lo anterior, sin perjuicio de quebrantar las resoluciones judiciales válidas a la fecha, los imputados concejales de la Ilustre Municipalidad de Pelluhue Sres. **MANUEL BOBADILLA FUENTES, RICARDO ARELLANO DIAZ y doña RAQUEL CANALES MARDONES**, al inasistir a las sesiones del concejo Municipal, hicieron abandono injustificado de su cargo concejil, impidiendo la conformación del quórum necesario para el funcionamiento y sesión del Concejo, ocasionando daño a la causa pública por cuanto no se han podido realizar las referidas sesiones de 02, 05, 06 y 09 de febrero de 2009, 27 de febrero de 2009 y 06 de marzo y 03 de abril

del presente 2009, como asimismo retirándose injustificadamente de la audiencia de 29 de enero de 2009, la que se había iniciado y no pudo proseguir por la falta de quórum, con perjuicio de la función pública”.-

Que para la acusadora estos hechos son constitutivos del delito de Desacato o incumplimiento de lo ordenado cumplir, previsto en el artículo 27 de inciso final de la Ley 18.593 y sancionado en el artículo 262 del Código Penal, y del delito de Abandono de Cargo Concejil, previsto y sancionado en el artículo 254 del Código Penal, ambos, en grado de consumados, correspondiéndole los acusados participación como autores conforme lo establecido en el artículo 15 No. 1 del mismo cuerpo legal. Asimismo, señala el ente persecutor que a los acusados les beneficia la atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11N°6 del Código Penal.

En mérito de lo anterior, requiere se imponga a los acusados Canales Mardones, Bobadilla Fuentes y Arellano Díaz, en calidad de autores del delito de desacato o incumplimiento de lo ordenado cumplir, la pena cuatro años de reclusión menor en su grado máximo, más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargo y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con expresa condena en costas; y respecto del delito de abandono de cargo concejil solicita se imponga a dichos acusados la pena de suspensión en su grado medio a inhabilitación especial temporal para cargo u

oficio en su grado medio y multa de 10 unidades tributarias mensuales.

SEGUNDO: Alegaciones de Cargo.- Que, en la apertura del juicio el fiscal indica que este caso dice relación con la facultad de imperio de los tribunales de justicia, y ente caso, la que es otorgada por la ley 18.593 en la que se constituye y genera el TER, agrega que ante el causal de prueba que se presentará un fallo absolutorio naturalmente dejaría sin efecto todas las facultades que tiene dicho ente judicial. Indica que hay un hecho nuevo, que tendrá relevancia con el desarrollo de este juicio, pues en fecha posterior al establecimiento de los hechos, esto es el 09 de junio del año 2010, se dio continuación a la sesión extraordinaria del día 29 de enero de 2009, la que generó toda esta seguidilla de incumplimiento a la resolución que ordenaba proseguir y que ordenaba votar para elegir finalmente a quién sería alcalde de Pelluhue. Que la sesión del 29 de enero fue citada y comparecida todas las partes, se procedió a una primera votación y al producirse el empate en la votación, los tres acusados tomaron la decisión de retirarse e impedir la conformación del quórum para seguir con la sesión, lo que motivó la intervención del TER, para dar cumplimiento efectivo a dicha resolución y ordenar que se continuara con esta reunión, pues bien, ante esa situación los imputados negaban la posibilidad de dejar alguna constancia escrita de su notificación impedían la prosecución de la misma, se le entregaban las cartas certificadas, se hacían los avisos, se intentaba avisar de cualquier manera, incluso con Carabine-

ros hasta que en su oportunidad ya siendo notificado de manera personal el mismo día, 3 de abril de 2009, los imputados presentan sendas licencias psiquiátricas.

Hace presente que hay un procedimiento establecido en la LOC de Municipalidades, que indica en su artículo 62 cómo debe efectuarse el procedimiento de votación y que se debe notificar por el Secretario Municipal al efecto a todos los señores concejales procedan a la misma, pero aquí los acusados exigían determinadas formalidades y exigencias propias, es decir, indicaban que debían ser notificados en forma personal y directa por el Secretario Municipal, lo que no es así, además, hay dos de los acusados Arellano y Bobadilla que ya habían participado en procedimientos idénticos, por lo que ya tenían conocimiento de la forma y circunstancias de notificación empleada, además, se trata una continuación de una sesión ya iniciada, por lo tanto, esta ausencia significa una valencia del propio dolo. Llama la atención del Tribunal sobre la aplicación del artículo 27 inciso 3° de la Ley 18.593, que indica que los procedimientos que se regulen conforme a esta ley y que tengan competencia con el TER, las notificaciones serán por el estado diario mientras los litigantes no hubieran efectuado alguna presentación o fijación de domicilio ante dicha institución, situación que ocurrió recién el 18 de febrero ante una reclamación que presentaron los acusados, por otro lado, el artículo 39 niega la posibilidad de exigir la voluntad del notificado. De esta forma, la negativa o reticencia a

la presentación a una actividad propia del cargo implica un delito especial previsto en el artículo 254 del Código Penal, que es el de abandono de cargo concejil, que seguramente la defensa se va a basar en la opinión del Etcheberry, sin embargo existe argumentos históricos, como es la Constitución del 1925 que indican que el cargo de concejal es un cargo concejil que es aquel que deviene de los antiguos regidores, indica que se produjo un daño inmenso a la función pública, durante un año y medio aproximadamente la Municipalidad de Pelluhue no estuvo dirigida por quién corresponde conforme la ley, sino por un subrogante, que no tiene las responsabilidades propias del cargo. Además, la reiteración de conducta implica una manifestación propia del dolo directo. Agrega que la actuación del señor Arellano motiva esta variación de circunstancias, quién en cierto punto ha intentado reparar el daño causado, ya que conformó el quórum requerido, cumpliendo el mandamiento del TER, de esta forma reconoce su competencia. Finalmente, se remite a las penas de la acusación

En su discurso de cierre indica, que este es un juicio con particularidades, es un caso inédito en la historia procesal chilena, se trata de una situación que llama la atención por la actitud de los acusados y el respeto hacia al ordenamiento jurídico. Hay un dictamen de la Contraloría General de República N°27.320, que se pronunció expresamente sobre la validez de los actos del alcalde subrogante, dándole validez sólo por la continuidad del servicio público, pero además

dejaba de manifiesto que se ordenaba al alcalde subrogante a no entorpecer el procedimiento electoral y dejando claro siempre que son servidores que han sido electo por una comunidad para representar sus intereses, y la asistencia al orden colegiado que integran es una de las obligaciones inherentes al cargo, y que además ello constituye una contravención a los principios básicos de la probidad administrativa. En cuanto al recurso de amparo, indica que esta es una acción destinada a la protección de los derechos y no es un proceso, ya que tiene como única finalidad que es pronunciarse sobre los actos que han afectado o no la libertad de una persona, en definitiva, no puede pronunciarse a puntos que no son de su naturaleza, porque se estaría desvirtuando, como se desvirtuó con la resolución de la Corte Suprema. Por otra parte agrega que la nulidad de un acto siempre debe ser declarada de manera expresa mediante a un procedimiento judicial así establecido (artículo 83 Código de Procedimiento Civil), por lo tanto, nunca serán nulos ni viciados los actos del TER, destinado al cumplimiento de una resolución mientras no sean anulados. Luego agrega que, el artículo 62 de la LOC de Municipalidades es claro al señalar el procedimiento, se cita con tres días de anticipación al concejo, se vota y si hay empate, nueva una votación, si nuevamente hay empate, gana las elecciones el concejal que tenga la mayor cantidad de votos populares; precisa que en este caso los imputado se valen de su propio dolo, ya que citados, concurren a una audiencia, pero ante la imposibilidad de lograr su cometido

abandona la sala y general este estado de imposibilidad de generarse el quórum para la prosecución, además hay dos de los concejales que sabían perfectamente con claridad sobre este procedimiento, que son los señores Arellano y Bobadilla, ya que ellos en el 2007 habían participado en un procedimiento igual, sabían cuál era el resultado y lo que generaban con el abandono de la sala, ahora bien, doña Raquel se une a esta situación de abandonar la sala sin justificar de manera alguna; que ellos, para continuar la sesión requieren que sean citados de la misma forma que para la sesión propiamente tal, sin embargo esto, la ley no lo señala, sino que indica una notificación y lo demás, serán los medios que se puedan utilizar dentro de la praxis administrativa de cada Municipalidad, pero además al impedir la práctica de notificación o su constancia entra aplicarse el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que para que valga una notificación no es necesario el consentimiento del notificado, y en este caso está claro que se realizaron todas las gestiones tendientes a cumplimiento de esa resolución. Agrega que la competencia del ter esta validada por el artículo 10 de la Ley 18.593, luego que la ley no ha declarado su incompetencia, ya que el fallo que ha incorporado la defensa es del mismo TER, con lo que se está reconociendo la validez de su actuación. En cuando a la sesión de 29 de enero de 2009, en la que comparecen todos nadie objeta la citación, la votación o la legalidad de proceso, no hubo ningún reclamo; ahora indican que era nula la votación o el acta, pero eso no tiene trascendencia alguna,

pero los concejales al no reclamar validaron ese acto, además la orden del TER era continuar lo iniciado, pero los concejales acusados se niegan a recibir las citaciones, no toman el cuenta al estafeta y para día en que fueron notificados por carabineros, el día 3 de abril presenta una licencia ante la propia Municipalidad y extrañamente por una misma enfermedad, por profesionales de Santiago y desde Santiago, ya en la audiencia del 01 de abril los tres estaban presente y absolutamente sanos. En cuanto al delito de abandono de cargo concejil. indica que indica que el sujeto activo es el concejal, que es funcionario público para os efectos del su responsabilidad penal conforme el artículo 27 de la LOC de Municipalidades, además entiende que se debe asumir concejal como concejal ya que la historia, específicamente la constitución de 1925, señalaba en su artículo 102 la organización y administración de las Municipalidades y que estas se organizarían con un alcalde y regidores y estos regidores serían cargos concejiles, por otra parte, el sentido natural de concejal es referente o relativo al concejo con “c”, y la palabra concejal se refiere a un oficio vecinal obligatorio, por lo que la interpretación correcta más allá de la expresada por Etcheberry considera que es esta, ya que tiene argumentos literales, legales e históricos, además, la infracción es dejar un cargo con infracción a los deberes y el artículo 79 de la Ley 18.685 indica que es obligación del concejo participar en la elección del alcalde en caso de vacancia, los concejales en este caso han sido pertinaces en no cumplir con esta obligación, o sea están abandonando su cargo, ellos

tienen un dolo directo que se manifiesta por la reiteración de conductas y por manejar normas relativas al funcionamiento, ya que Arellano y Bobadilla ya lo habían vivido en el año 2007, siendo incluso Bobadilla elegido alcalde, y no por nada instaron al señor Clemente para que iniciara la votación, lo que demuestra que hay conocimiento claro del procedimiento, mismo procedimiento que ahora señalan como ilegal o que no les correspondía, lo que indica que todo esto estaba maquinado para mantener a una persona de su confianza en el cargo como alcalde, quién además le otorgó todas las facilidades e incluso entorpeciendo el procedimiento suspendiendo sin ninguna facultad una sesión convocada por un orden superior como el TER, y lo que logró suspendiendo al funcionario administrativo y mandando a funciones distintas a la secretaria municipal. Explica que hay un daño a la función pública dado que durante un año y medio por una función directa e inmediata de la actuación de los concejales, no tuviera Pelluhue un alcalde titular, además se produjo agrupación de funciones ya que el administrador municipal dejó de existir y paso a ser el alcalde quién ejercía todos los cargos, entonces hay un daño a la función pública ya que la ley señala un plazo máximo de duración de un cargo de vacancia, el cual se extendió solamente por un principio de continuidad de la función pública, pero no quiere decir que no haya daño a la función pública, indica que hubo problemas serios, sumarios infundados, con problemas contables y financieros donde no se hicieron los balances del año 2008 a 2009, lo

que es impresentable, ya que todos los presupuestos de la Municipalidad dependen de estos. El señor Arellano no puede explicar que no le reconozca competencia al ter, ya que él concurrió a una reunión que señalaba en su título “para la continuación de la reunión iniciada el día 29 de enero de 2009”, aunque su motivación haya sido sacar a persona con quien estaba teniendo problemas.

Agrega que la defensa planteara que se analice la prueba en forma no lógica, pero se ha demostrado que se ha obrado con el respeto al ordenamiento jurídico, que se han tenido presente los principios procesales de la nulidad, ya que el procedimiento del TER no ha sido anulado, por lo que, lo que ha resuelto la Corte Suprema es una pirotecnia ya que no le corresponde dentro de sus funciones de amparo de los derechos individuales pronunciarse sobre la validez o competencia de determinados actos para determinados tribunales que no digan relación con la vulneración o alteración de los derechos fundamentales.

TERCERO: *Argumentación de defensa.*- Que a su turno la defensa de los acusados Canales Mardones y Bobadilla Fuentes inician sus alegaciones de apertura señalando que el considerando octavo de la sentencia recaída en recurso de amparo 2659-2009, la Exctma. Corte Suprema señaló: Que en definitiva, careciendo el Tribunal que dictó las órdenes de arresto de competencia para conocer de las materias que dio origen a la causa ROL 1534-09 las troca en ilegales y extendida fuera de los casos previstos por la ley por lo que se

deberá acoger el recurso de amparo deducido en cuanto se relaciona con el Tribunal que las dispuso y adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. Del mismo modo, se dispone que el TER de la Séptima Región del Maule se abstendrá de intervenir en los actos de elección del alcalde suplente de Pelluhue. Agrega que con esto, claramente la Corte Suprema hizo un grave y fuerte llamado de atención cuando conoció de estos antecedentes, pero además, acorde a este fallo, con posterioridad a este juicio, el mismo TER, resuelve que se rechazar la solicitud de declaración de incapacidad de los señores concejales acusados. Que cree que habiendo sido la misma Corte Suprema y el TER, quienes de alguna ya se han pronunciado respecto de toda la legalidad de varios de los hechos de esta causa hay que considerar los que ellos han señalado, ya que el origen de estos hechos, se radica en una elección de alcalde, que tiene un origen, que habiendo sido elegida una persona a través de una elección popular para desempeñar ese cargo, por motivos personales no puede asumir el cargo, ante ello, según la LOC de Municipalidades, el concejo, es decir, los concejales electos debía proceder a elegir quién iba a asumir el referido cargo, que se realiza una primera elección y votan todos los concejales, ocurriendo fue un empate. Posteriormente, surge la duda de qué hacer ahora, se pregunta si era necesario una segunda votación, su representado eran ignorantes de quién debía asumir en ese momento, conforme a derecho quién debía asumir la directriz de la reunión era el concejal con más alta votación, pero

en este caso, quién asume esa directriz el ministro de fe, pero como ellos no sabían si estaba correcto, se retiran de la sesión. Los otros concejales hacen las reclamaciones al TER, y este Tribunal se inmiscuye en esta votación y ordena que los concejales sean arrestado a votar. En forma paralela el Ministerio Público entiende que el solo hecho de no asistir a esa votación constituye el delito de desacato, ya que los acusados han ido a las otras sesiones ordinarias y extra ordinarias, pero no a éstas de elegir alcalde, ya que les surgía la duda de cómo actuar. Indica que en Chile, solo ha existido un juzgamiento sobre los cargos concejales, que es en 1915, ya que estos, al contrario de lo que dice el Fiscal, eran cargos de partida, irrenunciable y gratuitos y no tiene nada que ver con la acción de los antiguos regidores y de los actuales concejales. La única sentencia que se puede dictar es absolver a sus representados, quienes nunca han abandonados sus cargos ni han cometido el delito de desacato.

Por su parte la defensa del acusado Arellano Díaz manifestó al iniciar el juicio que después de escuchar al Fiscal le surgen dudas elementales sobre la función del Ministerio Público, al parecer la ha entendido al resguardo de bienes jurídicos independientes y que no tienen que ver con los bienes jurídicos que protegen los delitos que ha invocado, que en este sentido, le parece audaz la postura del Fiscal, ya que hay un principio fundamental entre los órganos del estado que es la independencia. Entiende que pese a los esfuerzos del Ministerio Público, cree que no podrá acreditar los tipos por los que ha acusado, debe mover-

los solamente cual es la estructura etimológica de los hechos que ha establecido por el Ministerio Público. Este es un Tribunal conformado para establecer desde un punto de vista penal si efectivamente las conductas por las que ha acusado conforma los delitos imputados, y entiende que en eso fracasará el ente acusador, ya que no concurren los elementos del tipo penal por lo que ha acusado, por lo que se deberá absolver a su representado.

Que en el alegato de clausura la defensa de los acusados Canales Mardones y Bobadilla Fuentes indicó que se anunció en el alegato de apertura que no se iba alcanzar el estándar de convicción condenatoria lo que ha quedado demostrado a lo largo del juicio tras la rendición de la prueba, en el sentido que no se superó la valla de la duda razonable, duda que resultó ostensible, ya que quedo claro que no existió una resolución judicial válida y obligatoria para sus representados, también quedó de manifiesto que no existió un incumplimiento antijurídico de una resolución judicial de parte de sus representados, se acreditó que sus representados no incurrieron en abandono de la función pública que desempeñan ni menos que han ocasionado un perjuicio a la función pública que sea imputable objetivamente a ese abandono, quedó acreditado que sus representado actuaron con la firme y fundada convicción de haberse enmarcado dentro de los límites del ordenamiento jurídico de suerte que su conducta no padece un déficit de motivación. Los hechos acreditados son que el ter y luego el Tribunal calificador

de elecciones decidieron que en la comuna de Pelluhue se debía proceder a la elección de alcalde por parte del concejo municipal, de acuerdo al artículo 62 de la LOC de Municipalidades, el 29 de enero de 2009 se realizó la sesión para dicha votación resultando un empate sin embargo, el Secretario Municipal procedió a instar una segunda votación para supuestamente dirimir este empate, la que no se pudo realizar ya que los tres acusados abandonaron la sala, indica que el TER ordenó convocar a los concejales a ninguna de las cuales asistieron los concejales, citaciones por las cuales no se cito personalmente por el Secretario Municipal ni con la antelación de 3 días que exige la ley, acudiéndose a mecanismo tales como carta certificada, envió de un estafeta avisos radiales y otros, que el ter finalmente fija una nueva fecha para el 3 de abril para hacer esta votación y dispuso que los imputados fueran conducidos arrestados con auxilio de la fuerza pública y nuevamente no asistieron ya que se encontraban gozando de licencia médica, también quedó claro que existió un fallo de la Corte Suprema que acogió un amparo de los imputado en contra de dicha orden de arresto y fundada su decisión en la incompetencia absoluta del TER para intervenir de la manera señalada, además se le instruye al TER de abstenerse de intervenir en esta elección que correspondía al concejo Municipal, también quedó acreditado que aparte de la sesiones de continuación del 29 de enero, sus representaron asistieron a todas las sesiones del concejo Municipal, siguieron despachando lo asuntos concernientes al concejo

Municipal, lo que incluso reconocieron los demás concejales que declararon en juicio, quedó claro que la comuna de Pelluhue siguió siendo dirigida por un alcalde subrogante mientras no se dirimía el cargo titular, también quedó claro que los imputados invocaron una serie de motivos para objetar esta convocatoria a esta segunda votación que dice relación con la legalidad de procedimiento adoptado por el Secretario Municipal y también lo relativo a la votación del concejal Diego Clemente, incluso los acusados propusieron a los demás concejales realizar una sesión para hacer un análisis de lo que correspondía en derecho a hacer frente el empate. La acusación del Ministerio Público señala una primera hipótesis de desacato; pero los acusados no fueron citados por los conductos regulares ni legalmente citados, las citaciones no se practicaron legalmente conforme a la ley ni con la antelación de tres días, en circunstancias que el artículo 62 es muy claro al exigir ambos requisitos, y la inasistencia a las sesiones que indica el Ministerio Público están justificadas ya que no fueron legalmente citados y porque además resulta a lo menos discutible la necesidad de realizar una segunda votación tras el empate del 29 de enero en atención a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 62, que en suma indica que si hay empate en la primera votación directamente queda elegido el concejal con mayor votación popular, en conclusión la segunda votación a que llamó el Secretario Municipal no era procedente, no tenía lugar ya había sido elegido el señor Zúñiga, frente a eso también es razonable la inasistencia de sus representados a las

sesiones. Agrega que para el 3 de abril los imputados estaban justificados por una licencia médica, por lo demás sustraerse a un arresto no quebrantar lo ordenado cumplir, y en ese sentido se pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 26 de marzo de 2007, Rol 317-2007. Por otro el fallo de la Corte Suprema dejó claro que la orden de arresto era ilegal y la dejó sin efecto, mal pueden sus representados cometer desacato por haber eludido el arresto. Que también se plantea el abandono de cargo concejil, pero no hay abandono del cargo, ya que le profesor Etcheberry en su conocido manual de derecho penal, indica que el abandono comprende tanto la ausencia física del lugar donde se debe ejercer el cargo como el incumplimiento absoluto y total de los deberes de este, no toda ausencia es abandono, solo lo es aquella que indica que el funcionario ha dejado su cargo en forma permanente o por lo menos tan prolongada que equivalga a lo mismo, por su parte, un profesor argentino, que tiene un conocido manual, señala respecto de un tipo penal muy similar que existe en ese país, que requiere la dejación total del servicio, quebrando el vínculo que unía al agente con la administración, y el abandono tiene el sentido de retiro o dejación del cargo con el ánimo de no seguir desempeñándolo, no se trata del incumplimiento de ciertos o determinados actos del servicio por más numerosos que sean, no siendo suficiente la voluntad de dejarlo temporalmente sino definitivamente; agrega que no hay daño a la causa pública ni se trata de un cargo concejil lo dice el profesor Etcheberry y fluye de las actas

de la comisión redactora, estos son verdaderas cargas públicas impuestos por la ley irrenunciables y no remunerados, lo que no es el caso de los acusados por más que se parezcan las palabras.

A su turno al defensa de Arellano Díaz indicó en sus alegaciones de clausura que cree que él Fiscal se ha enseñoreado una función que no le esta otorgada por ley alguna, ya que no puede perseguir conductas que no obedecen a un tipo legal, ya que excediendo sus facultades ha perseguido por una noticia criminis que cae por su propio peso, es decir a perseguido conductas que pertenecen simplemente a prácticas políticas, lo que fue refrendado por un sin número de testigos que dijeron que cuando citaban unos no iban los otros, y viceversa, practicas comunes al parlamento y forman parte de la historia, el fiscal se ha puesto en la postura del “derecho soy yo” e intervengo en todo lo que su olfato o percepción sea una conducta ilícita, pues bien, resulta sintomático que en ninguna parte de su acusación habla de reiteración o reincidencia o contumacia de delitos, sin embargo, pide una pena que rompe absolutamente el principio de la legalidad, ya que el desacato lleva un apena de reclusión en su grado mínimo y multa. El segundo delito, de abandono de cargo concejil entiende que es inaplicable ya que el fiscal haciendo una analogía in malam partem trata de sindicarlo como responsable de un delito que no le corresponde ya que este delito es un resabio de la carrera del honor, situación diversa de los acusados, además este ilícito tiene una condición obje-

tiva de punibilidad, que es el daño a la función pública, sin embargo la municipalidad siguió funcionando, lo que hubo es un manejo político lo que finalmente se resolvió ya que haciendo uso de todas la facilidades después de mucho tiempo los concejales fueron legalmente citados para concurrir a la votación y es en ese momento cuando su representado concurre y toma la decisión de votar, jamás hubo un acuerdo para obstaculizar la función municipal, aquí además tampoco hubo dolo directo. Que cuando el fiscal dice porqué no reclamaron en la sesión del 29 de enero, pero ellos no sabía lo que iba a pasar, y que más reclamo, si ellos se fueron. Solicita la absolucíon, ya que no hay conductas típicas, antijurídicas y culpables. El artículo 62 inciso antepenúltimo, dice que debe citar es el Secretario Municipal, cualquier persona que lee eso, dice que quién debe citarlo para esta magna ocasión es el Secretario Municipal, y es esta interpretación natural, que fue lo que siempre sus representados exigieron, pero no se hizo esto, sus representado exigieron con celo el artículo 27, lo que en el peor de los casos constituye un error de prohibición.

CUARTO: *Convenciones probatorias.* - Que según fluye del respectivo auto de apertura, los intervinientes no acordaron convenciones probatorias.

QUINTO: *Autodefensa del acusado.* - Que, en presencia de sus abogados defensores los acusados fueron debida y legalmente informados por el Juez Presidente, acerca del contenido de la acusación y, en la oportunidad prevista en el artículo 326 del

Código Procesal Penal, manifestaron su deseo de prestar declaración.

En efecto, Raquel Canales Mardones manifestó en síntesis que, ella no es legisladora por lo que no conoce muchos conceptos, cree que esta acusación no la merece, ya que ella fue el 29 a una sesión, citada en forma personal por el Secretario Municipal, como lo dice la ley, con los días de anticipación que corresponde y firmó un documento donde se daba por notificada y que a esa reunión fue incomoda, porque en esas elecciones habían tres candidatos a alcalde, la alcaldesa que estaba en ese momento, don Nelson Leal y don Benito Mancilla, en el transcurso de esta elección, antes de la votación, el día jueves, en la proclamación de la señora Reyes, alcaldesa en ese momento, se enteró que había sido destituida, por lo tanto, al momento de la elección, por lo que entiende no era candidata, porque había sido destituida y no podía continuar, ella sacó la primera mayoría, quién había sido electo alcalde por 1.300 votos era don Nelson Leal. Que en esa reunión del 29 de enero de 2009 se le pidieron los antecedentes para la elección interna de alcalde, ella entregó sus antecedentes, certificado de residencia, certificado de estudios y certificado de antecedentes y le recibieron sólo la licencia secundaria y los otros antecedentes le informaron que no eran necesario, que se inició la elección y les preguntaron la votación, inició el señor Clemente dijo que quería votar por él y al final dijo “que él quería votar por él, ya que los electores le habían pedido ser alcalde”, después dijo: “discúlpeme senador Larraín,

diputado Urrutia, perdóname Carlos Zúñiga, pero yo... hace una pausa, y dijo que vota por Carlos”, lo que a ella le causó mucha extrañeza, que cuando se produjo ese empate, ella pide que le dieran un espacio, pero a ella no le dieron respuesta, por lo que ella se fue. Que a ella le causó dudas y todavía tiene dudas, si esa votación fue válida, independiente que después le dijeron que debía ser elegido el señor Zúñiga. Que ella sabe que las sesiones para elección de alcaldes deben ser citadas en forma especial, que no son como las otras reuniones extraordinarias común y corriente, tienen que ser citadas por el Secretario Municipal, con la anticipación que corresponde, la sesiones a las que ella asistió nunca se le citó regularmente, algunas se la tiraron por debajo de la puerta, otras les llegaron desfasadas. Que ella se fue a Santiago por varias razones, primero su casa fue apedreada, dos o tres veces, fue insultada en la calle por gente cercana a la persona que ahora es alcalde, que ubicaron a sus hijas y las llamaron por teléfono amenazándola y diciéndole cosas feas, que ella fue a Carabineros para dejar una constancia, pero en Carabineros le dijeron que debía hacer una denuncia. Que ella es amiga de don Juan Riquelme y ella le dijo que fuera a ver a su hermano para que la ayudara ya que ella es una persona sola, que le dieron una licencia la que tomó ya que la necesitaba, se la dio por dos meses. Durante este tiempo de licencias médicas, ella tenía un pasaje para irse a Ucrania como el 05 de mayo, el día 22 abril la tomaron detenida, la habían citado del Juzgado, que su abogado le dijo que no debía ir, y esa

tarde la Policía de Investigaciones la llevó detenida, que ella nunca ha tenido un mal comportamiento. Que esto que le ocurrió porque expresó lo que ella le parecía que no correspondía, ella pidió el tiempo para consultar, pero no se lo dieron. Que ella es una mujer modesta y su patrimonio es su prestigio profesional y como persona, lo que ha sido enlodado, ha sido denigrada y ha sido duro, y lo que la ha sostenido ha sido su familia. Que cuando fue elegida concejal renunció a su cargo, como Jefa del Departamento Técnico Pedagógico de la comuna vecina, ya que quería servir a su comunidad, pero le ha salido caro, porque el costo emocional que ha pagado es grande.

Luego, interrogada por el Fiscal señaló que, para la elección del 29 de enero fue citada por don Guido que fue a su casa personalmente, le entregó el documento y la hizo firmar y le explicó que era la forma de citar cuando se va a elegir alcalde. Ella sabía para que estaba siendo citada ya que don Guido le dijo que se debía elegir alcalde, y esa citación provenía del TER (Tribunal de Elección Regional). La elección del 29 de enero de 2009, fue incómoda, ya que si la señora alcaldesa fue inhabilitada antes de la elección no hubo vacancia, y en el listado de las causales dice que “se elegirá entre los concejales cuando hay vacancia” y para ella no había vacancia. Cuando se inició la votación ella expresó su malestar en la misma votación, no pidió que se dejara constancia, pero sí quedó en el video.

Que ella le pareció duda el voto del concejal señor Clemente, pero ella no

reclamó de esto ya que no se dio el tiempo. Según su conteo había Bobadilla 3, Zúñiga 2 y Clemente 1 o nulo. Cuando se le informa del empate ella no reclamó. Que le dijeron que había que votar de inmediato, ella pidió un receso, pero ella se retiró por eso no hubo una segunda votación, que ella se retiró ya que tenía dudas y no tenía asesoramiento, e incluso aún sigue con dudas, pero no ha hecho reclamos al respecto. Que a su juicio eran irregulares las citaciones, porque se las dejan por debajo de la puerta y cree que era para el día anterior; otro día le llegó una citación como a las 17:00 horas y era para el día siguiente, pero no le informaron para que era, y ella no la recibió. Que la licencia médica la tuvo por el dos o tres de abril hasta mayo, en ese periodo, supo que había una citación que los habían mandado a buscar preso, pero ella no estaba. Para la audiencia del 03 de abril ella no estaba notificada, ese día ella estaba en Santiago, ya que fue al doctor Raúl Riquelme quien le diagnosticó depresión y le otorgó la licencia por dos meses. Que, cuando ella fue detenida, pero no sabe por qué, y en esa oportunidad la llevaron a un Juzgado y en la audiencia la acusaron de todo, de desacato, entre otros, y en esa audiencia se dictaminó que debían firmar todas las semanas, lo que realizó por más de un año. Que la licencia la mandó con una amiga, y esta la recepcionó la señora Carolina Lara la que fue entregada el día 03 de abril en la mañana. Que sobre sus dudas ella conversó con una abogada, pero no recuerda con qué fecha. Que se produjeron nuevas votaciones, actualmente el alcalde de Pelluhue es don Carlos Zúñiga Villaseñor, ya que

una de los concejales, que se encuentra en esta audiencia, hizo el quórum, no recuerda si ella fue notificada para esa audiencia. Que en las reuniones ordinarias y extraordinarias, ella ha ido a todas, sólo faltó a la de elección de alcalde, y que si se hubiera hecho la citación para la elección del alcalde ella habría tenido que ir. La Municipalidad de Pelluhue estuvo sin Alcalde Titular por más de un año y medio. Don Alberto Verdugo Torres era el administrador municipal y él subrogó al alcalde cuando aun no se nombraba, y sus actividades quedaron en manos de SERPLAC, a ella le pareció que su trabajo fue buena; el que haya salido de la alcaldía es sólo lo que correspondía, ya que la ley lo establece así y el alcalde ya había sido elegido, pero él lo estaba haciendo bien, apoyado por todos los concejales. Que don Ricardo haya concurrido a votar es su decisión y no le compete pronunciarse al respecto.

Consultada por su defensor, indica que antes de ser elegida concejal ella fue profesora y Directora de la Escuela de Pelluhue y trabajó por su comuna, su prestigio profesional con esta problema ella ha sido enlodada, ridiculizada, ya que cuando la fueron a buscar detenida, uno de los concejales bailaba de contento ya que según él ella se iba arrancando del país, y su prestigio profesional y su prestigio como persona de una familia tranquila, modesta, pero correcta, es su patrimonio. En cuanto a la detención que se le practicó en la casa de su hija en la comuna de la Reina, Santiago, la trajeron en un furgón de la Policía de Investigaciones, la llevaron a un cuartel de la Policía de Investigacio-

nes en Cauquenes; y después al Juzgado de al lado de la cárcel Chanco, y de ahí a la cárcel de Chanco, donde estuvo un par de horas. No ha pensado en dejar el cargo, sabe que puede renunciar, pero no puede defraudar a las personas que confiaron en ella y lo va a realizar hasta que la ley se lo permita.

Las sesiones ordinarias de concejos son una vez a la semana, y las extraordinarias son cuando las cita el alcalde. En las sesiones extraordinarias se les notifica con una citación con tres días de antelación, y la hace el secretario municipal, dejando constancia en un libro, el cual lo firma; el Secretario es don Guido Hernández. En cuanto a las sesiones ordinarias ella ha participado al 100% menos cuando estuvo con licencia y la siguiente del término de su licencia. Las citaciones extraordinaria, solo ha faltado a las que le han hecho para elegir alcalde.

La sesión de concejo del día 29 de enero, su duda radicaba en que era legal lo que estaban haciendo, y cuál era el valor del voto del señor Clemente si era nulo o válido, pero esa duda no la ha aclarado hasta el mismo día de hoy. El señor Clemente argumentó al momento de su votación “yo quiero votar por mí porque los electores me han pedido que yo sea el alcalde” después hizo otra argumentación y pidió disculpas dijo “perdóneme senador Larraín, perdóneme diputado Urrutia, perdóneme Carlos”, hizo una pausa y votó por Carlos. Don Carlos Zúñiga es el actual Alcalde de la comuna y la persona que en ese momento estaba compitiendo por la alcaldía junto a

Manuel Bobadilla. La duda era si era legal lo que se estaba haciendo, porque si había un empate, qué podrían hacer y para ella la duda también era cuál era el valor del voto del señor Clemente, era nulo o era empate. Si era válido era empate, pero si era nulo. Hasta el día de hoy tiene la misma duda. En cuanto a la elección propiamente tal de alcalde, existían tres candidatos a alcaldes, la señora María de la Luz Reyes, que era la alcaldesa en ese momento, don Nelson Leal Bustos y don Benito Mansilla Pérez. La señora Reyes se presenta para ser reelecta, cuando se hace el cierre de campaña en ese momento estaban leyendo el decreto de destitución de la señora Reyes por su periodo vigente; después vinieron las elecciones y la señora Reyes sacó la mayoría y después venía don Nelson Leal y tercero don Benito Mansilla, que ella entendió que ella no podía asumir el cargo ya que estaba destituida, para ella no hubo vacancia de cargo. Ella siempre ha sostenido que por votación popular fue don Nelson Leal. Que Clemente es un concejal, que ejerce actualmente el cargo, que tiene una radio o trabaja en ella, y sabe que en esa radio se dijo que no era verdad la destitución de la señora María de la Luz Reyes. Cuando fue detenida, ella tomó un abogado que tomó el caso a quién le pedían información del caso y ella decía que estaba todo bien, pero cuando cambiaron de abogado, el día 17 de febrero, se dio cuenta que las cosas estaban mal. Que la Corte Suprema dijo que el TER no podía pronunciarse sobre su tema, luego el TER, sentencia dictada por el señor Meins, dijo que este Tribunal no se podía inmiscuir en

su trabajo. El periodo de alcalde del señor Verdugo, ha sido muy bueno, ya que son la primera comuna que se ha limpiado y ordenado en Chile, esto es, levantar escombros, instalar mediaguas, reparto de alimentos, y con anterioridad al terremoto hizo bastantes adelantos, mediante proyectos y ordenamiento, que ella hace una buena evaluación de su trabajo.

Se le exhiben las licencias médicas documentos números 2 y 3 del auto de apertura y explica que, estas licencias fueron otorgadas por el médico Raúl Riquelme desde el primero de abril hasta fines de mayo en forma consecutivas con diagnóstico de depresión, se las entregó a don Washington Salazar, ya que ella estaba en Santiago, quien se la entregó a doña Carolina Lara, Secretaria Municipal, sabe que la primera licencia fue exhibida en una sesión del concejo.

Finalmente aclara que, Indica que la reunión que se le pidieron los antecedentes para la elección interna de alcalde, fue el día 29 de enero. La licencia médica que entregó a través de don Washington fue el día 3 de abril, en esa reunión especial. Que fue detenida el día 22 de abril, en la noche.

Por su parte, Manuel Bobadilla Fuentes señaló en suma que, Que se encuentra muy extrañado por todo lo que ha sucedido, todo esto comienza con el tema de las elecciones de alcalde y concejales de forma separada, en la cual alcaldesa señora María Luz Reyes Orellana la dejan fuera de este proceso por estar inhabilitada por el TER por irregularidades que cometió y debiera haber

asumido la segunda votación que era don Nelson Leal Bustos, por lo cual el TER, al tiempo después le entrega el mandato al Concejo para que él junto a un candidato alcalde hicieran una presentación al TER reclamando esta situación que por qué se le estaba entregando a los concejales que eligieron el alcalde, ya que no les parecía que no asumiera la primera mayoría después de la alcaldesa electa. Lo citan a una sesión para el día 29 de enero por intermedio del secretario municipal don Guido Hernández. Que iniciado el proceso de la elección, se comienza la votación, de la más alta mayoría que es don Diego Clemente, después continúa don Previsto Muñoz don Carlos Zúñiga, Ricardo Arellano, la señora Raquel Canales y él. De esta votación se suscita un empate. Que ellos votaron a viva voz. Que al tiempo después se dio cuenta que después de ver el acta que hizo el secretario municipal, este dijo que habían votado a mano alzada lo que no fue así, en la misma sesión a los que deseaban ser candidato alcalde se les pidió una serie de documentos, certificado de antecedentes, situación militar y los estudios, lo que solo fue aceptada la licencia de cuarto medio pero no otros. Después vino todo ese proceso, que ellos se retiraron de la sesión ya que les causó duda todo el proceso, se le dieron a conocer y en el mismo video aparece donde estaban con don Guido conversando, fuera de la mesa que estaba constituida, le dijeron que habían cosas irregulares y extrañas que debían arreglarse. Después ven cómo podían conversar con los abogados para ver que posibilidad que si había que votar inmediatamente o había que esperar un tiempo,

qué pasaba con esas irregularidades, porque el concejal Diego Clemente tiene dudas con su voto. Que, en las imágenes se darán cuenta que don Diego Clemente tiene la intensión de voto por más de dos veces. Que de ahí comienza todo este tiempo en que los citan a sesiones. Que el Secretario se juntaba con ellos los tres primeros miércoles de cada semana, pero nunca le entregó ninguna notificación para la reunión o para la continuación de la sesión del día 29. Estando en San Rafael, Argentina, se informó a través de un periodista del Diario El Centro don Ricardo Rojas, que estaban siendo convocados a la continuación de la sesión del día 29, y don Guido Hernández, secretario municipal, les envió una citación por correo que llegaron desfasada. Que no es que no quiera asistir a las citaciones, sino que ellos citaron a sus colegas para ver cómo resolver este tema, pero nunca existió de parte de ellos la voluntad para asistir a votar, y que se decidiera quién era el alcalde. Que en las mismas sesiones de concejos en las reuniones ordinarias, reiteradas oportunidades les dijo que analizaran como solucionar el problema y si era el momento correcto para votar o para dar el quórum que ellos necesitaban y querían que se eligiera, no democráticamente sino por la responsabilidad que les habían entregado a los seis concejales, al Alcalde. Y después de eso se han visto envuelto en esto, que nunca se ha escondido de los Carabineros, lo que nunca ha ocurrido, y esas cosas le van lamentablemente le van incomodando, lo único que quiere que esto llegue a su término. Ahora tener que llegar a Santiago, acudir a abogados para que lo defiendan, y que

el único rol es fiscalizar que las cosas se hagan bien en la comuna. Que todo este juicio ha sido doloroso y molesto, y además de caro y no por una soberbia, a ellos la comunidad les entregó un mandato muy especial que era fiscalizar las actuaciones de todo, ellos tienen que ver que todos los recursos y que la persona que va a liderar o guiar los destinos de la comuna presente lo que es correcto, si él tenía problemas o si algunos de ellos tenía problemas sabía que no podía presentar su documentación, por lo tanto el mismo ministro de fe, que es la persona que tiene que dar la certeza de que todo se haga bien, estaban ocultando cosas.

Interrogado por el Fiscal precisa que, participó con antelación a la votación del 29 de enero en una reunión de similar naturaleza, en el año 2007, participaron en esa votación Carlos Zúñiga, doña Nora Latrach, don Ricardo Arellano, don Juan Manríquez, él y don Froilán Recabal. Tres de las personas que participaron en la votación del año 2007 vuelven a participar en la votación de 2009, e incluso el mismo concejal Carlos Zúñiga, que ahora es alcalde, dijo en esa sesión, que no iba a votar hasta consultar a los abogados. Que esas votaciones, se votó una vez, y luego que don Carlos Zúñiga que no quería la segunda votación para informarse bien y así se lo señala a los medios de prensa. En ese año se hacen dos votaciones porque se suscitó un empate. En la reunión de 29 enero de 2009 se produjo un empate. Que él no dice que se debía realizar una segunda votación ni que no se quiera realizar la votación, pero debía analizarlo

bien. Don Carlos Zúñiga que hoy es electo alcalde, él también tuvo sus aprehensiones en esa situación, pero se quedó y participó. Que él no ha participado de la segunda votación y que si está en este juicio es debido a lo mismo, por no participar de dicha sesión. Que él nunca ha dicho que no quiera participar en la nueva votación, lo que ha dicho es que se analice la sesión del día 29, y lo ha dicho en reiteradas oportunidades, en más de 10 veces, más de 10 citaciones e incluso con ese quórum darle la oportunidad a don Carlos para que sea alcalde. Es distinto analizar que votar. Que a ellos se les estaba citando para conformar el quórum, no para votar, no era necesario. Si asistían a las sesiones, como le pasó a don Ricardo, ya que él solo con llegar estaba el quórum que necesitaban, no era necesario asistir a votar.

Que, no recuerda la fecha del recurso de amparo presentado ante la Excma. Corte Suprema, pero fue antes del 03 de abril. Que a él lo fueron a buscar con Carabineros, el 03 de abril, que su señora lo llamó para decirle que había un furgón afuera de su casa, el estaba en Santiago para ver a un psiquiatra (en esta oportunidad el médico don Mario Quijada le dio remedios para dormir y tratamiento por un mes y le dio licencia médica ya que debía guardar reposo) que él no fue detenido porque estaba en Santiago. Que él se enteró el motivo de la presencia de carabineros, por un mismo carabinero. Que según su opinión se debían juntar para elegir alcalde y habiendo un empate, sabe que no debía haberse realizado una nueva votación, debía haber asumido

Carlos Zúñiga. Que el motivo de su presentación que hizo en el TER fue por probidad administrativa del señor Zúñiga y porque estaba mal hecho la votación.

Que a la fecha de la presentación que hizo al Tribunal Electoral Regional no sabía que debía asumir el señor Zúñiga. Que él no ha impedido la elección del alcalde, está en las actas de las sesiones ordinarias donde ofrecían que se hiciera la sesión para analizar el tema para que el señor Zúñiga asumiera como alcalde. Que a él lo único que le exigían era que dieran el quórum necesario, pero ellos no lo formaban. Las citaciones debería haberla efectuado el secretario municipal, debe entregando la citación por escrito y ellos firmar el libro. Que nunca se ha negado a firmar el libro. De manera extraoficial tuvo conocimiento de las reuniones e incluso cuando estuvo fuera del país, y viéndose todo los días con el Ministerio de fe. Que estuvo vacante el cargo de alcalde de la Municipalidad de Pelluhue un año y medio y durante ese tiempo asumió don Alberto Verdugo que era el administrador municipal. Cree que don Alberto Verdugo ingresó a la Municipalidad cuando quedó una vacante y asumió don Ricardo Arellano como Alcalde. Al momento que don Alberto Verdugo ejercía las funciones de alcalde no quedó nadie en el cargo de Administrador Municipal, que se imagina que lo subrogaba el Director de Obras.

Interrogado por el Defensor Gómez Oviedo afirmó que las citaciones deben ser hechas antes de tres días y el ministro de fe era el Secretario

municipal y con quién se encontraba a diario más de una vez en el día, y esta persona tenía el tiempo suficiente para proceder a citarlo.

Consultado por su defensor señaló que, cree que todas las municipales tienen administrador municipal. Los asistentes de la sesión del 29 de enero en que se debían los concejales a proceder a elegir de entre uno ellos al alcalde de Pelluhue, estaban los parlamentarios don Hernán Larraín, senador, don Ignacio Urrutia, diputado, don Guillermo Ceroni, la gobernadora, consejeros regionales, alcalde, concejales de otras comunas y público en general, más o menos unas cien personas. En cuanto a las notificaciones, para la continuación del 29 de enero, le entregaron unas citaciones el día 2, 5 y 6 de febrero de 2009, que después lo volvieron a citar pero no recuerda fecha. Que él se enteraba de estas votaciones a sesión, ya que en una oportunidad en que se encontró con la prensa con el periodista del diario el Centro, don Ricardo Rojas. Que él se enteraba después que pasaba la citación, esto es, después que las convocatorias se efectuaba, que el secretario municipal lo cito en forma personal solo para la del día 29 de enero de 2009. Que en una oportunidad de esteró de una de las convocatorias en San Rafael, Argentina, y el secretario municipal sabía que él estaba allá, ya que es él quien realiza el decreto para que salga de la comuna y de los viáticos, pero igual lo citaron y la sesión era para el día lunes, ya que el regresaba el domingo. Que él estaba en San Rafael, Argentina, por un encuentro bilateral, que andaba con el concejal

don Ricardo Arellano, con el Alcalde don Alberto Verdugo y el chofer. El secretario municipal sabía que todos estaban en Argentina cuando citaba a estas sesiones, ya que es él quien autoriza, incluso la salida de los vehículos. Que a él le pagaban los viáticos que los pagaba el alcalde y el secretario municipal los firmaba. Que el secretario municipal nunca lo notificó en persona de esta convocatoria a la continuación de elección del alcalde, pero sabe que el secretario asistió al correo de Pelluhue para dejar la citación para la continuidad de la sesiones del día 29. Las sesiones se debía realizar en el salón municipal de la Ilustre Municipalidad de Pelluhue que está ubicada en Curanipe, que está a cuatro kilómetros de Pelluhue y las citaciones se llevaban el correo en Pelluhue, en circunstancias que tenía correo en Curanipe, de donde no había más de 50 pasos. Que esas notificaciones le llegaron después de la fecha, la citación del 3 de abril le llegó después por correo certificado el día 6 de abril. Hace presente que fue una sola notificación por correo. El todos los tres primeros miércoles de cada mes se reunían con el secretario municipal en sesiones y ahí el debía haberle entregado las citaciones. La programación del trabajo de los concejales se realiza en sesiones ordinarias y extraordinarias. En las sesiones ordinarias son distintas materias a tratar. En las sesiones extraordinarias es sólo donde se convoca para un determinado caso particular. Las ordinarias eran tres sesiones, los tres primeros miércoles de cada mes. Extraordinarias se hacen según las necesidades del alcalde. Que él asistido a todas las sesiones

ordinarias, menos cuando estuvo con licencia médica, de treinta y tres ha asistido a treinta, de las extraordinarias ha asistido a todas las que ha sido convocado menos para la continuidad de elección de alcalde. Que los demás concejales acusados en este juicio han seguido asistiendo a las sesiones ordinarias y extraordinarias y siguen trabajando incluso con los mismos colegas que los acusaron. Que en estas sesiones extraordinarias han tratado muchos temas, modificaciones presupuestarias, aumento de recursos, hoy la reconstrucción de la comuna, dinero para salud y reuniones con la comunidad.

Que estando en Santiago, viendo médico, su señora le llama a las 06:00 horas de las mañana, quien le avisa que están los carabineros fuera de su casa en Curanipe, y después se enteró, en la tarde por los mismos carabineros amigos, que lo estaban esperando para llevarlo a la sesión de concejo. El psiquiátrica le dio una licencia médica por un mes.

Se le exhibe la licencia médica y la reconoce a la otorgada por el médico psiquiatra de Santiago don Mario Quijada Hernández, a partir del día 4 de mayo de 2009, esta licencia la presentó a la secretaria municipal doña Carolina Lara, no tuvo inconveniente por el pago de la licencia, nadie cuestionó la veracidad de la licencia.

Agrega que, hizo una presentación al Tribunal Electoral Regional, planteado el problema de la elección que intentó hacer el concejo municipal de alcalde, pero éste no dio lugar a la presentación que él hizo, cree

que porque no correspondía. En el tiempo que estuvo vacante el cargo estuvo como subrogante el señor Alberto Verdugo, que en ese periodo se consiguieron muchos recursos y se trabajó excelente para la comunidad. Al momento del terremoto del 27 de febrero de este año estaba como alcalde el señor Alberto Verdugo, quien trabajó de la mano con los concejales buscando recursos, pidiendo a diversos organismos que se siguiera en la reconstrucción de la comuna. Pelluhue fue muy afectado por el terremoto, pero lo que le más afectó fue la salida del mar. Que además de las sesiones ordinarias y extraordinarias ha realizado tareas con la gente, trabajar con la comunidad, con los clubes deportivos con todos los entes vivos que están en la comuna, especialmente escuchando a la comunidad que aún está afectado por el terremoto.

Luego aclara que, las citaciones llegaron con posterioridad a estas sesiones. Pero cuando estuvo en San Rafael, Argentina, el periodista del diario El Centro, le dijo que estaban citados para el día lunes, anterior a su regreso, ellos volvían el domingo.

Finalmente, Ricardo Arellano Díaz indicó en síntesis que es casado y tiene tres hijos. Indica que en este juicio se le ha acusado de un cargo de concejil y abandono, pero no se ha visto la realidad como se produjo todo esto por la votación que se hizo el 29, si ellos hubieran sido citados legalmente como se hizo el día 29 de enero, con tres, cuatro o cinco días de antelación, que lo hizo personalmente el Secretario Municipal, y lo

están acusando por no haber recibido las citaciones o por haberlas recibido, por legalmente no recibió las citaciones, teniendo reuniones ordinarias todos los tres primeros miércoles de cada mes y el Secretario Municipal, siendo ministro de fe del municipio, a él no se le acusad absolutamente de nada y el responsable directo en esta situación es el ministro de fe, es él quien realiza las citaciones y para casos especiales como estos, cómo la primera vez él fue y los citó personalmente y después tiraba las citaciones por la puerta o mandaba a dejar citaciones con el auxiliar siendo él el estafeta, porque es el secretario municipal del concejo. El concejo está constituido por el Alcalde, los concejales y el ministro de fe que es el Secretario Municipal que en ese entonces era don Guido Hernández, por qué los acusan de abandono concejil si no le han citados nunca legalmente a la reunión. Que el concejo está unido, trabajando, no han fallado a reuniones ordinarias nunca y la ley 18.695 dice “si faltaran al 50% de las reuniones ordinarias serían acusados de abandono de deberes”, pero hay otra persona que no han sido acusada personas personalmente como el Secretario Municipal, ya que le mandó citaciones con estafetas y no personalmente, indica que ellos nunca lo han citado legalmente, en circunstancias que han tenido sesiones ordinariamente con el mismo Secretario, siendo él el obligado a hacerlo legalmente.

La Corte Suprema le dijo que el TER no se debía mezclar en este tema, que la ley 18.695 dice que debía resolverse en el Concejo y no

en los tribunales. Que ellos ganaron en la Corte Suprema, después en Cauquenes y en el TER. El TER dice no se puede inmiscuir en temas que son netamente del Concejo. Que ellos hicieron una presentación al tribunal de policía local de Chanco, por el acta extendida por el Secretario, ya que decía que había votado a mano alzado, pero no fue así, fue a viva voz, por eso presentaron una acusación al TER ya que entendía que don Diego Clemente había votado más de una vez, la que fue declarada inadmisibles. Precisa que el Secretario Municipal, ministro de fe del Concejo Municipal, es el responsable de toda esta citación, ya que él debía haber citado y no mandar a estafeta, que él debía haberlos citado personalmente. Que si lo hubiera citado legalmente él habría concurrido y la historia sería distinta. Referente a la votación que se eligió al alcalde, don Carlos Zúñiga, después que salió, pasó anterior a lo de la Corte Suprema y después el TER dice que es netamente responsabilidad de los concejales de elegir al alcalde, no de los Tribunales. Que la ley habla de vacancia, y esta se produjo tres días antes de la elección del alcalde, y la ley 18.695 en el artículo 62 dice en caso de vacancia, pero en el otro período no les correspondía elegir alcalde, sino debió haber asumido la segunda mayoría que era don Nelson Leal. Que hay dos dictámenes en Pitrufulquén y en Reinaco, donde pasó lo mismo, antes de la elección fue sustituido el alcalde antes de la elección y fue nombrado el que obtuvo la segunda mayoría, que acá no pasó. Pero en este caso debería haber asumido al señor Leal, que era la segunda mayoría, y se habrían evi-

tado todo este problema. Pero en este caso, después que salió lo del TER, ella dijo que tenía que resolverse entre los concejales, independiente de haber un juicio pendiente, y elegir a alcalde, para terminar con todos los problemas; que esto lo pensó hartó y decidió votar, legalmente fue citado a una reunión ordinaria por la secretaria municipal, además en ese caso lo citan en una reunión ordinaria, el firmó para acudir a la reunión del 09 de junio en que se eligió al alcalde, y eso debía haber hecho anteriormente, lo que no ocurrió, ya que el secretario anterior nunca los notificó legalmente. Que él esta declarando ya que cree que se debe terminar, que ahora están reconstruyendo su comuna, que es difícil estar acá y viendo todo lo que pasó.

Interrogado por el Fiscal indica que, la sesión del 29 de enero fue citada por don Guido y fueron citados legalmente. Que salió una resolución que destituida a la alcaldesa, había que elegir alcalde entre los concejales y cree que esa resolución la dictó el TER. Que el TER es donde reciben las quejas de las votaciones, como se eligen los alcaldes. Cree que quien ordenó realizar la reunión del 29 fue el TER, y que si bien a él le pareció esto extraño lo que estaba haciendo el TER, que él reclamó de esta situación pero posteriormente a la sesión del 29 de enero, ya que antes no tenía los antecedentes, ya que antes no se había producido alguna irregularidad. Que el a esa fecha estaba en su segundo periodo de concejal, que fue elegido el primer período fue desde el 2006 hasta el 2009. Que participó en una reunión con el mismo

fin que del 29 de enero, para elegir alcalde en el otro período, para lo cual el secretario municipal los citó con tres o cuatro días de anticipación, y concurrieron a la votación cuando se produjo la vacante de doña María de la Luz. Acudieron a la votación don Miguel Bobadilla, don Carlos Zúñiga, don Froilán Recabal, don Juan Manríquez, doña Nora Latrach y él, todos eran concejales. Las reuniones extraordinarias las citaban antes, las reuniones ordinarias por ley, antes de asumir el día 6 de diciembre se realiza el juramento y ordenaban todas las reuniones del año. Que las reuniones ordinarias están fijadas por ley y las extraordinarios era citado legalmente. Que en otro periodo también había sido citado para elección de alcalde, pero en esa oportunidad estaba citado legalmente. Que, el periodo anterior fue alcalde Manuel Bobadilla y él, que él conoce el artículo 62 de la Ley de municipalidades, pero no recuerda la forma que se señala como se debe citar expresamente. El secretario municipal para la sesión del 29 de enero los citó personalmente, que ese día en esa sesión fueron votando a viva voz y no como se señaló, la diferencia era que fue viva voz y no al mano alzada, el resultado fue que don Diego Clemente votó como dos o tres veces, incluso la última oportunidad pide disculpa al senador, al diputado Urrutia y a don Carlos Zúñiga, ya que antes había votado en dos oportunidades por él y eso el secretario municipal no lo reflejó en el acta. El secretario municipal no tiene derecho a voto, y no puede intervenir en el concejo. Que respecto del vicio en que incurrió el secretario, él reclamó en el concejo,

ya se paró y le dijo que era un fraude, que ese día no reclamó de esto, sino después ante los órganos pertinentes. El resultado de esa votación según el secretario municipal dijo que había un empate, en ese momento se retiran y al otro día sacó el acta señalando esto y que habían votado a mano alzada y no a viva voz como sucedió. Que él se retira de la sala, ya que encontró que habían un fraude en la votación, y él es un fiscalizador de las actuaciones del alcalde y de todo lo que se produzcan dentro del concejo, por eso ha realizado varias denuncias a la fiscalía, a él le pareció que era un fraude, y después a los dos días se enteró del acta quedaba cuenta que habían votado a mano alzada y eso le pareció una falsificación de instrumento público y como concejal tuvo que denunciarlo. Que si ellos hubieran sido citados legalmente, con tres días de anticipación y el secretario hubiese ido a la casa donde vivía o que lo hubiera citado legalmente en una reunión ordinaria, porque siguió asistiendo a las reuniones ordinarias, y hubiese quedado en acta, no hubiera habido ningún problema, sino que andaba tirando sobres por debajo de las casas, a diferencia de cómo lo hizo doña Gerarda Contreras, que sí los citó correctamente. Que el que cometió el error fue el Secretario, y a él lo están acusando. En la Corte Suprema ellos ganaron 3 a 1 en el recurso de amparo interpuesto, y dijeron que el TER no se tenía que involucrar en los temas del concejo. Que ellos reclamaron al TER, después de las votaciones, y como hubo un fraude en las votaciones y por el acta que estaba falsificada, pero éste la declaró inadmisibles por la razón que

era netamente el concejo el que tenía que resolver, esto fue unas semanas después. Que él votó el 09 de junio de 2010, para beneficiar a su comuna, aunque el otro caballero no lo estaba haciendo mal, en esta reunión le fue notificada con anterioridad la que fue en la reunión ordinaria, y él firmó, la señora Gerarda Contreras los citó para el miércoles siguiente, en la reunión participó la subrogante de doña Gerarda, doña Cecilia Peña, y ellos procedieron a manifestar su votación. Que a las anteriores citaciones para elegir alcalde nunca los citaron legalmente, ya que estas fueron seguiditas en el mes de abril, no podía asistir ya que entre cada reunión debía haber tres días, además ellos asistían a las reuniones ordinarias todos los miércoles y ahí perfectamente el secretario municipal los podría haber citado, pero eso no ocurrió. Para que sea válida la citación él entiende que debía ser citado personalmente con tres días anteriores, las que él consideró inválidas, ya que nunca lo citaron correctamente, sino que él se enteró por lo diarios. Que él fue a Santiago en la primera semana de abril, ya que andaba viendo un psiquiatra ya que se sintió mal, además en la provincia de Cauquenes no hay psiquiatra, este médico le dio licencia por treinta días. Esta licencia la hizo llegar a Curanipe.

Interrogado por la defensa indica que, él no es de la misma tendencia política de los otros imputados, que él es de Renovación Nacional y ellos son de la concertación, por lo que no existía ningún interés partidario ni político en común. Su misión principal es ser fiscalizador del alcalde

y de las unidades que correspondan al municipio, que él cree que ha sido fiel a su función y de los duros. Que nunca ha sido sancionado por incumplimiento de deberes, que él pensó que votando se iba a acabar el problema, esa fue la razón que concurrió el 29 de enero, pero siempre tuvo la duda de elegir al alcalde entre ellos, que su postura fue siempre que asumiera la segunda mayoría que era don Nelson Leal, porque ellos fueron elegidos para ser concejales y los otros fueron elegidos para alcalde y que asumiera un concejal como alcalde era una falta de respeto para la comuna, ya que un alcalde saca 1.500 votos los concejales sacan 300 o 400, le resultaba ilógico que ellos los eligiera. En esa oportunidad estaban como candidatos al alcalde doña María Reyes, don Nelson Leal y don Benito Mansilla y él era partidario que se eligiera a don Nelson Leal que era la segunda mayoría. Agrega que, según él don Diego Clemente votó tres veces, pero esto no quedó registrado en el acta, que el leyó el acta como a los dos a tres días siguientes, donde se indicaba que habían votado a mano alzada.

Se le exhibe el acta de sesión de fecha 29 de enero de 2009 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 del Código Procesal Penal, reconociéndola. Explica que ésta dice que por acuerdo unánime se vota a mano alzada, pero eso no es efectivo, ellos presentaron una querrela en el Juzgado de Chanco, por falsificación de instrumento público en contra de Secretario Municipal don Guido Hernández, pero no surtió efecto y después fue presentada al TER y la

declara inadmisibles porque es netamente del concejo municipal y no de los tribunales.

El estuvo con licencia médica en el mes de abril de 2009, la primera semana la que fue por 30 días, esta licencia la prueba de defensa, y la reconoce.

En la oportunidad prevista en el artículo 338 del mismo cuerpo legal, también hicieron uso de la palabra, señalando en primer término doña Raquel Canales Mardones que cuando se dijo que ella se estaba ocultando y no es así, ya que tiene toda su familia fuera de la comuna en que ejerce, por lo que viaja constantemente a Santiago donde tiene su familia, luego agrega a ella nadie se le ha atrevido a ofrecerle dinero jamás, ya que su honestidad es reconocida en su comuna, que ella nunca se ha negado a trabajar.

Por su parte don Manuel Bobadilla manifiesta en esta oportunidad, que está muy preocupado por muchas mentiras que dijeron sus mismos colegas en algunas cosas, pero dada las facilidades que se le han dado en este juicio lo deja conforme.

Por último don Ricardo Arellano Díaz, indica que él está aquí para decir la verdad, por lo que le llama la atención lo señalado por el Secretario Municipal, en cuanto a que se acordaba de todas las fechas, menos de cuando iba a ser formalizado, ya que él sabe que le están pidiendo una condena de seis años por fraude al fisco, lo que lo llena de impotencia ya que él es ministro de fe, y él sabe que no está diciendo la verdad.

SEXTO: La prueba de cargo.- Que, con la finalidad de acreditar los hechos objeto de la acusación y la participación del acusado en los mismos, el Ministerio Público incorporó legalmente al juicio las siguientes probanzas con la finalidad de acreditar sus cargos:

A. Testifical: Consistente en las declaraciones de las siguientes personas, todas debidamente individualizadas y juramentadas, antes de declarar:

- 1.- Carlos Enrique Zúñiga Villaseñor.
- 2.- Diego Juan Clemente Alarcón.
- 3.- Previsto del Carmen Muñoz Vásquez.
- 4.- Roberto Alejandro Godoy Vega.
- 5.- Guido Eduardo Hernández Valdés.
- 6.- Víctor Octavio Hormazábal Gutiérrez.
- 7.- Diego Andrés Valenzuela Avendaño.

B. Documental:

- 1.- Ordinario N°4654 de fecha 03 de abril de 2009.
- 2.- Copias autorizadas de causa ROL N°1534-2009 del Tribunal Electoral Regional Séptima Región del Manuel.
- 3.- Copia autorizada de resolución del Tribunal Electoral Regional Séptima Región del Manuel, de fecha 27 de febrero de 2009.

4.-Copia de falla de la Excma. Corte Suprema, recaído en proceso ROL 2659-2009.

5.- Acta N°08, sesión ordinaria del Concejo Municipal de Pelluhue de fecha 29 de marzo de 2010.

6.- Acta N°13, sesión ordinaria del Concejo Municipal de Pelluhue de fecha 05 de mayo de 2010.

7.- Decreto Alcaldicio N°190, de fecha 9 de junio de 2010.

8.- Acta reunión extraordinaria Concejo Municipal de Pelluhue, de fecha 09 de junio de 2010.

Los documentos signados con los números 5 a 8 fueron incorporados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 336 inciso 1° del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO: Prueba de la Defensa: Que las Defensas de los acusados rindieron las siguientes probanzas:

A. **Testifical:** Consistente en las declaraciones de las siguientes personas, todas debidamente individualizadas y juramentadas, antes de declarar:

- 1.- Alberto Vicente Verdugo Torres.
- 2.- Eduardo Andrés Poblete Aedo.
- 3.- Claudio Andrés Merino Neira.

B. **Documental:**

1.- Copias de licencias médicas de fecha 2 de abril de 2009 extendidas a doña Raquel Canales Mardones, don Ricardo Arellano Díaz y Manuel Bobadilla Fuentes.

2.- Copias de licencias médicas de fecha 03 de mayo de 2009, extendidas a doña Raquel Canales y Manuel Bobadilla.

3.- Copia de acta de sesión extraordinaria de fecha 29 de enero de 2009, y conjuntamente con CD de respaldo que da cuenta del audio e imagen de dicha sesión.

4.- Copia de sentencia de la Exctma Corte Suprema, de fecha 05 de mayo de 2009 dictada en causa rol 5629-2009, sobre Recurso de Amparo.

5.- Carta suscrita por Diego Clemente Alarcón, Carlos Zúñiga Villaseñor y Previsto muños dirigida al Guido Hernández, Secretario Municipal, de fecha 18 de abril de 2009.

6.- Ordinario N°9 de fecha 6 de marzo de 2009, suscrito por don Guido Hernández a don Eduardo Meins Olivares.

7.- Copia de acta N°7 de fecha 7 4 de febrero de 2009 y copia de acta N°10 de fecha 04 de marzo del mismo año.

8.- Sentencia dictada en causa rol N°1563-2009, de fecha 23 de abril de 2010.

9.- Solicitud de certificado de ejecutoriedad de sentencia referida en el número anterior, con la respectiva certificación de aquello.

Los documentos signados con los números 8 y 9 fueron incorporados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 336 inciso 1° del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que, las referidas pruebas fueron legalmente incorporadas al juicio y percibidas en su rendición, de manera íntegra, personal e inmediata, por los Jueces de este Tribunal, quedando el debido y cabal registro de ello, así como de toda la audiencia del juicio oral.

NOVENO: *Hechos acreditados:* Que, tal como ya se comunicó a los intervinientes, estos Sentenciadores, luego del debate de rigor según lo prescrito en los artículos 339 y 340 del Código Procesal Penal y de ponderar la prueba producida en juicio conforme lo dispone el artículo 297 del código referido, lograron adquirir, por unanimidad y más allá de toda duda razonable, la siguiente convicción:

I.- Que, con fecha 27 de febrero del año 2009, en causa Rol N°1534-2009, el Tribunal Electoral de la Región del Maule, dispuso que el Secretario Municipal de la Municipalidad de Pelluhue, para los efectos de llevar a cabo la segunda votación de alcalde conforme lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, citara a la sesión extraordinaria correspondiente a todos los concejales de la comuna, entre ellos, Raquel Canales Mardones, Manuel Bobadilla Fuentes y Ricardo Arellano Díaz, requiriendo el auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario.

II.- Que, conforme a ello, el Secretario Municipal citó a las sesiones de fechas 6 de marzo, 25 del mismo mes, y 3 de abril, todos del año 2009, sin que Canales Mardones,

Bobadilla Fuentes y Arellano Díaz, asistieran.

III.- Que, para la sesión de 3 de abril de 2009, los acusados presentaron licencia médica.

IV.- Que, asimismo, los concejales individualizados, no se presentaron a aquellas sesiones extraordinarias citadas por el Secretario Municipal, para el mismo efecto, con fecha 02, 05, 06, 09 y 27 de febrero del año 2009, y se retiraron injustificadamente de la audiencia de 29 de enero de 2009, la que se había iniciado y no pudo proseguir por la falta de quórum.

V.- Que, lo anterior generó, entre otras consecuencias, mantener por más de un año a Alberto Verdugo Torres como alcalde subrogante, quien desconocía las labores propias de dicho cargo y en cuya administración no se cerró el balance de los años 2008 y 2009, debiendo además asumir conjuntamente sus labores propias de administrador municipal”.

DECIMO: *Valoración de la Prueba.* Que, los hechos descritos en el numeral I del motivo anterior, se han dado por acreditado con lo expuesto en resolución de fecha 27 de febrero de 2009, que consta a fojas 42 a 45 del documento signado como número 2 de la prueba de cargo, denominado copia autorizada de causa rol N°1534-2009 del Tribunal Electoral de la Región del Maule (misma resolución que aquella signado como número 3), que casi de modo literal expresa los hechos en la forma decantada por el Tribunal, ya que en su parte resolu-

tiva señala “Por estos fundamentos y lo expuesto en su inciso penúltimo de la ley 18.593, se accede a la solicitud contenida en lo principal del escrito de fs. 1, en cuanto se dispone que el señor secretario municipal de la Municipalidad de Pelluhue, para los efectos de llevar a cabo la segunda votación, conforme a lo prevenido en el artículo 62 de la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, citara a la sesión extraordinaria correspondiente a todos los concejales, requiriendo el auxilio de la fuerza pública, si necesario fuere.”

Que, para concluir los hechos en la forma señalada en el **numeral II** del motivo anterior, se ha tenido especialmente presente lo declarado **por Guido Eduardo Hernández Valdés**, Secretario Municipal de Ilustre Municipalidad de Pelluhue, quien detalló las oportunidades en que fueron convocados los concejales de la comuna de Pelluhue para los efectos de proceder a la continuación de la sesión del 29 de enero de 2009 y que tenía por objeto, que el Concejo elegirá en segunda votación al alcalde titular, es especial, las fijada para los días 6 y 25 de marzo. Dichos a que en lo medular y pertinente son corroborados por Víctor Octavio Hormazábal Gutiérrez. Por su parte en cuanto a la sesión del 03 de abril de 2009, resultó fundamental para su acreditación lo antecedentes que constan en causa rol N°1534-2009, además de la declaración del funcionario policial, según se detallará

En efecto, **Guido Eduardo Hernández Valdés**, manifestó en lo pertinente y en suma, que por orden del

Tribunal Electoral de la Región del Maule le correspondió citar a los concejales para las sesiones del 6 y 25 de marzo de 2009, a efecto de llevar a cabo la segunda votación para la elección del alcalde de Pelluhue. Explica en términos generales, que las citaciones para la continuación de la sesión del 29 de enero de 2009, eran practicadas a través del estafeta de Municipalidad, respaldadas por cartas certificadas y además, se les daba publicidad a través de la radio de Pelluhue. Luego precisa que, en cuanto a la citación del 06 de marzo de 2009, envió las citaciones a través del estafeta quien con fecha 4 de marzo entregó en forma personal a doña Raquel Canales y firmó el respaldo de la misma; respecto de los señores Babadilla y Arellano, en esa oportunidad no estaba en la comuna, sino en Santiago, por lo que en la casa del señor Bobadilla la recibió la hija y en la casa del señor Arellano se dejó amarrada en el portón. Agrega que para esa oportunidad también recibió un llamado telefónico de Manuel Bobadilla y Ricardo Arellano, quienes se notificaron telefónicamente de esa citación. En lo relativo a la citación para la sesión de fecha 25 de marzo del mismo año, explica que el citó a los concejales Previsto Muñoz, Diego Clemente y Carlos Zúñiga, y respecto de los concejales Canales, Bobadilla y Arellano, debían ser citados por Carabineros, por lo que fue a dejar las citaciones correspondiente, el día 20 de marzo. Coincidente en lo central con este relato, lo que se expresa en el documento signado como número 6 de la defensa, que consiste en ordinario N°9 de fecha 06 de marzo de 2009, suscrito por

Guido Hernández al Presidente del Tribunal Electoral de la Región del Maule, en el que se detallan todas las gestiones relativas a la citaciones para la convocatoria del día 6 de marzo de 2009, esto es, que se les citó por carta llevada a su domicilio mediante estafeta con fecha 4 de marzo de 2009, visitándose cinco veces cada domicilio de los acusados, que en los domicilios de Canales y Arellano se les dejó citación por debajo de las puertas, y en el caso de Bobadilla fue recibida por su hija.

Corrobora en lo medular los dichos del anterior deponente, lo expuesto por **Víctor Octavio Hormazábal Gutiérrez**, quien en lo atinente y en síntesis manifestó que trabaja como auxiliar de la Municipalidad de Pelluhue hace cinco años, y en ese contexto le correspondió entregar las citaciones para la continuación de la reunión del concejo para elegir alcalde, que a él lo mandaba el Secretario Municipal don Guido Hernández. Explica que el transcurso de dos a dos meses y medio –desde que se hizo la reunión y no se eligió el alcalde– le correspondió ir a dejarle citaciones a los concejales, que sin bien no recuerda fechas precisas, en unas diez a quince ocasiones le correspondió llevar las citaciones, y por cada citación iba unas dos o tres veces a los domicilios registrados, que con las citaciones de don Diego Clemente, Previsto Muñoz y Carlos Zúñiga nunca tuvo problemas y siempre se las recibían, sin embargo respecto de las citaciones de los concejales acusados, casi siempre no los encontraba en su domicilio, recuerda que en una oportunidad don Ricardo

Arellano vio de lo que se trataba la citación y no la quiso recibir, y en otra oportunidad se la dejó amarrada en el portón de la casa, ya que no salió nadie. En cuanto a Manuel Bobadilla, indica que prácticamente nunca lo encontró en el domicilio y en una oportunidad se la entregó a la hija quién le firmó la hoja de respaldo. En lo relativo a las citaciones de doña Raquel Canales precisa que, en dos oportunidades se la entregó en forma personal, que en una de esas ocasiones le firmó el libro y en otra no, pero recuerda que una de estas citaciones le fue entregada el mismo día de la reunión. Explica que el resultado de todas sus gestiones se lo informaba al Secretario Municipal, y cuando no encontraba a los concejales que debía citar éste le decía que les dejara las citaciones por debajo de la puerta, lo que hizo en varias oportunidades.

En cuanto a la sesión del 3 de abril de 2009, consta a fojas 75 de causa ROL N°1534-2009 ya referida, que con fecha 25 de marzo de 2009, el Tribunal Electoral de la Región del Maule, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado en resolución de fojas 42 a 45, esto es, aquella referida en el numeral I del motivo anterior, fijó audiencia para el día 3 de abril de 2009, a las 10:00 horas, a la que los concejales acusados de autos, debían ser conducidos arrestado al lugar donde se llevara a cabo la señalada sesión extraordinaria. Para estos efectos se ofició al Secretario Municipal, quién dentro de 24 horas de notificado de esta resolución, debía entregar las citaciones a carabinero para su debido y oportuno cumplimiento. A fojas 78, consta ordinario

N°2 de fecha 30 de marzo de 2009, en que doña Carolina Lara Reyes, Secretario Municipal (s), informa al Presidente del Tribunal Electoral de la Región del Maule, haber enviado las citaciones respectiva a los concejales para asistir a la sesión extraordinaria para el día 03 de abril de 2009, precisando que respecto de las citaciones de los concejales Sra. Raquel Canales, Ricardo Arellano y Manuel Bobadilla, fueron entregadas al comisario de la Segunda Comisaría de de Chanco con fecha 27 de marzo de 2009. Luego, a fojas 87 de dichos autos, consta Informe N°99 de fecha 3 de abril de 2009 emitido por la Segunda Comisaría de Carabineros de Chanco al Tribunal Electoral de la Región del Maule, en que se informa que con fecha 27 de marzo del año en curso, el señor Comisario subrogante recibió en forma personal de parte de Secretario subrogante de la Ilustre Municipalidad de Pelluhue, doña carolina Lara Reyes, el oficio ordinario N°1 de fecha 27.03.2009, mediante el cual entrega tres citaciones para los concejales señores Manuel Bobadilla Fuentes, Ricardo Arellano Díaz y señora Raquel Canales Mardones, con le objeto que sean debida y oportunamente cumplidos por Carabineros de esta unidad. Conforme a lo anteriormente señalado, el citado comisario Subrogante procedió personalmente a citar el día 28 de marzo del año en curso, a las 12:40 horas y 12:55 horas respectivamente a la concejal señora canales Mardones y señor concejal Bobadilla Fuentes, procediendo el día lunes 30 de marzo a las 8:55 horas a notificar en forma personal al señor concejal Arellano Díaz. Esto último además,

fue ratificado ante estrados por el funcionario policial **Diego Andrés Valenzuela Avendaño**, quién en lo pertinente manifestó que los últimos días de marzo a 01 de abril de 2009, participó en un procedimiento de citación a los concejales acusados para la sesión de continuación de elección del alcalde del día 03 de abril de 2009, lo que hizo en forma personal; agregó, que estas citaciones venían con apercibimiento de arresto, por lo que el día de la citación estuvieron fuera de los domicilios, pero no se cumplió la orden de arresto.

En cuanto a la ausencias de los encartados a las sesiones señaladas, se concluye de los atestados de **Carlos Zúñiga Villaseñor, Diego Clemente Alarcón y Previsto Muñoz Vásquez**, quienes en lo pertinente, estuvieron conteste en señalar que los concejales acusados, no asistieron a las sesiones de los días 6 y 25 de marzo y 3 de abril, todas del año 2009. Lo que a su vez, en lo atingente a las sesiones de 6 y 25 de marzo, fue ratificado por el testigo **Hernández Valdés**, en cuanto señaló que para las sesiones referidas sólo asistieron los concejales Previsto Muñoz, Diego Clemente y Carlos Zúñiga, que si bien, para las del 25 de marzo él no estaba presente, ya que había sido suspendido de sus funciones, se enteró que lo subrogó en el cargo doña Carolina Lara.

Para concluir los hechos establecidos en el **numeral III** de motivo anterior, se ha considerado la prueba documental de las defensas signadas con el número 1, correspondiente a tres licencias médicas Nos. 12188968, 25749970 y 25343718, en las cuales

consta que los médicos psiquiatras Alex Oksenber Shorr, Raúl Riquelme Vejar, y Mario Quijada Hernández, otorgaron, respectivamente, a los encartados de autos, licencia médica estableciendo un periodo de reposo por 30 días para cada uno de ellos, a partir del día 2 de abril de 2009. Cabe hacer presente, que dichos documentos fueron reconocidos por los testigos del ente acusador **Carlos Zúñiga Villaseñor, Diego Clemente Alarcón y Previsto Muñoz Vásquez**, como aquellas que le exhibió el día 3 de abril de 2009 la Secretaria Municipal doña Carolina Lara, en razón de lo cual no se pudo realizar la sesión extraordinaria fijada para ese día. Se hace presente, que dio también cuenta de esto último, el funcionario policial **Roberto Godoy Vega**, quién sobre el particular afirmó haber entrevistado a doña Carlina Lara quién le señaló que el día 3 de abril el alcalde señor Verdugo le entregó un sobre con las tres licencias médicas referidas. Por otro lado, también consta de los documentos signados con el número 2 de la prueba de la defensa, que las referidas licencias de Canales Mardones y Bobadilla Fuentes se extendieron por 30 días más a partir del 03 de mayo de 2009, por los mismos facultativos.

En lo referido a los hechos establecidos en el **numeral IV** del motivo anterior, esto es, que los concejales acusados se retiraron injustificadamente de la audiencia de 29 de enero de 2009 la que no pudo proseguir por falta de quórum, y que asimismo, éstos no se presentaron a aquellas sesiones extraordinarias citadas por el Secretario Municipal a efecto de

llevar a cabo la segunda votación de alcalde para los días 02, 05, 06, 09 y 27 de febrero del mismo año, se han acreditado legalmente, con lo señalado sobre el particular por los testigos Carlos Zúñiga Villaseñor, Diego Clemente Alarcón, Previsto Muñoz Vásquez, Guido Hernández Vásquez. Sobre la audiencia de 29 de enero referida, útil también resultó lo expuesto por el testigo Alberto Verdugo Torres, así como la copia del acta de dicha sesión y video de la misma.

Pormenorizando lo precedente, en primer término, en cuanto a la sesión extraordinaria de fecha 29 de enero de 2009, **Guido Hernández Valdés**, en suma manifestó que, el Tribunal Electoral de la Región del Maule, ante la vacancia del cargo de alcalde, ordenó proceder conforme el artículo 52 de Ley 18.695, siendo en consecuencia, responsabilidad del Concejo Municipal elegir al alcalde en una reunión convocada especialmente para ese efecto, la que debía realizarse dentro de período de 12 días y citada con una antelación de tres días, por lo cual procedió a citarlos para el día 29 de enero de 2009, efectuándoles notificación por escrito. Agrega que el día 29 de enero se llevó a cabo la sesión, en la estuvieron presente los seis concejales, es decir, los tres acusados, además de Previsto Muñoz, Diego Clemente y Carlos Zúñiga, procediéndose a realización, votando en primer lugar Diego Clemente quién tenía la votación mayor en la elección popular, y luego les restantes, dando como resulta un empate a tres, entre Manuel Bobadilla y Carlos Zúñiga. Agrega que en cuanto a la votación

del concejal Diego Clemente, éste se demoró en emitir su voto, cómo que le quiso dar una explicación al público que estaba presente, que pidió disculpas ya que él quería votar por él, pero las condiciones no estaban dadas, votando finalmente por Carlos Zúñiga. Explica que luego de concluida esta primera votación no hubo reclamo alguno, sino que después de informales a los concejales que dado el empate se debía proceder a una segunda votación, concediéndoles un descanso de cinco minutos para hacer la nueva votación, los concejales acusados se retiraron de la sesión. Precisa que, doña Raquel canales solicitó una hora de receso, que el concejo esperó una hora, pero no volvieron a constituirse, por lo que con los concejales restantes se acordó que la sesión continuaría el 02 de febrero de 2009.

Corroboran en lo medular los dichos de anterior deponente -otorgándole fiabilidad- lo expuesto por los testigos **Carlos Zúñiga Villaseñor, Diego Clemente Alarcón y Previsto Muñoz Vásquez**, quienes en síntesis refirieron que al producirse la vacancia de la alcaldía de Pelluhue, se procedió por orden del Tribunal Electoral de la Región del Maule a citarlos para nominar dentro del concejo comunal al alcalde, reunión que se convocó para el día 29 de enero de 2009, citándolos para ese efecto el Secretario Municipal. Que ese día asistió el Secretario Municipal y los seis concejales, es decir, Manuel Bobadilla, Diego Clemente, Raquel Canales, Ricardo Arellano, Carlos Zúñiga y Previsto Muñoz. Que en la votación se produjo un empate entre

Manuel Bobadilla y Carlos Zúñiga, y que al indicárseles que debían proceder a una segunda votación, los concejales acusados se pararon de la mesa, que se les otorga un receso de cinco minutos, luego la señora Raquel Canales pidió un receso de una hora, lo que se le concedió, pero se retiraron y no regresaron, en razón de lo cual, debieron suspender la sesión por falta de quórum.

Por su parte, el deponente **Alberto Verdugo Torres**, manifestó en lo pertinente y en suma, que la reunión del día 29 de enero de 2009, se realizó en el salón municipal de la Municipalidad de Pelluhue, que a esa sesión asistió mucha prensa, autoridades, y el también asistió. Que esa sesión era extraordinaria y fue dirigida, tiene la impresión, por el Secretario Municipal don Guido Hernández, por instrucción del Tribunal Electoral de la Región del Maule. Agrega que en la votación don Guido iba preguntado por quién votaban y Diego Clemente fue el que más se explayó, dijo primero que quería votar por él, pidió perdón a Carlos, pero posteriormente votó por Zúñiga. Explicó que las votaciones fueron simples y a viva voz, produciéndose un empate. Finalmente dicho testigo se exhibió el video debidamente incorporado en juicio por la defensa, y manifestó que correspondía efectivamente a lo que había ocurrido el día 29 de enero de 2009, y de esa forma se desarrolló la sesión.

Asimismo, resultó ilustrador y coincidente con lo expuesto por los anteriores deponentes, lo apreciado en el video incorporado por la defensa,

en el cual efectivamente se constata que luego de producirse la primera votación para la elección de alcalde, y de verificado como resultado un empate, Arellano Díaz solicita un descanso, luego Canales Mardones también pide un receso, para posteriormente, los tres acusados hacer abandono de la sesión produciendo desazón en los demás asistentes, no obstante haber sido advertidos por el Secretario Municipal que no podían salir de la sala y que debían proceder a la segunda votación.

Conforme a lo anterior, estimamos que el abandono que hacen los acusados del salón municipal es injustificado ya que de modo concreto no se advierte acciones que justifiquen su actuar, menos conforme a los argumentos que en esta sede han esgrimido como medio de defensa por parte de los encartados, sino más bien se aprecia una suerte de disconformidad con el resultado de la votación.

En lo relativo a la sesiones días 02, 05, 06, 09 y 27 de febrero de 2009, **Guido Hernández Valdés** señaló en lo pertinente y en suma que, en la sesión del 29 de enero de 2009 y luego que los concejales acusados se retiraron de la sesión, acordaron continuarla el día dos de febrero. Agrega, que para la reunión del dos de febrero no hubo quórum, por lo que volvió a citarlos para el día cinco de febrero, citación en la cual además se indicaba que de no haber quórum para esa fecha, se les citaba como nueva fecha para el día seis del mismo mes, de igual forma, indica que luego los citó para el nueve y veintisiete del mismo mes, sin que compareciera,

faltando el quórum para llevar a cabo la sesión. Precisa que las estas citaciones para estas reuniones fueron a través de estafeta, respaldadas por cartas certificadas y se les daba publicidad en la radio de Pelluhue. Luego, requerido por el tribunal aclara que a todas las sesiones posteriores al 29 de enero citó por estafeta, que él le entregaba las citaciones redactadas y firmadas por él, para que el estafeta las fuera a dejar, que éste, en más de una oportunidad regresó y lo hizo volver para hacer una citación dos o tres veces, además de enviar la correspondencia por correo certificado.

Al respecto, es importante tener presente, que estos asertos de Hernández Valdés, son corroborados por los documentos que constan a fojas 29 a 38 de la causa Rol N°1534-2009, esto es, copias de actas de concejo de fecha 2, 5 y 9 de febrero de 2009, en las que se deja constancia que dichas sesiones para dar continuidad a la del día 29 de enero de 2009, sólo asistieron los concejales Zúñiga Villaseñor, Clemente Alarcón y Muñoz Vásquez, levantándose éstas falta de quórum; de igual manera, se consignan copias tres de citaciones para las sesiones antes indicadas, y formularios de envíos registrados. Dichos antecedentes claramente le otorgan estabilidad y fiabilidad al atestado de éste deponente

Concuerda con lo anterior, lo referido por el testigo **Zúñiga Villaseñor**, quien en suma indica que, como no pudo continuar la sesión del 29 de enero de 2009, ésta quedó suspendida y se les procedió a citar en reiteradas ocasiones por los medios

que generalmente se utilizan para las reuniones extraordinarias del concejo municipal, esto es, carta certificada, medios radiales, estafeta y a través de las reuniones ordinarias. Luego precisa que se les citó para las sesiones del día dos, cinco, seis, nueve y veintisiete de febrero, sin embargo sólo llegaban a las citaciones tres concejales, estos, Diego Clemente, Previsto Muñoz y él, no compareciendo los restantes.

Ratifica también lo manifestado por los anteriores deponentes, lo asertos de **Clemente Alarcón**, quién en síntesis afirma que, la primera sesión para elegir alcalde fue para el 29 de enero de 2009, luego se les citó para el dos, cinco, seis, nueve y veintisiete de febrero de 2009. Agrega que estas citaciones se les comunicaban por el estafeta de nombre Víctor, quién era enviado por el Secretario Municipal, además se le daba publicidad en la radio local, y en los concejos él siempre le informaba a los demás concejales que tal día había una sesión de continuidad de la del 29 de enero, pero los acusados manifestaban que no iba a ir, incluso en una de estas oportunidades el encargado del correo fue al concejo a entregarles las cartas certificadas, pero ellos no la quisieron recibir.

De igual forma el testigo **Muñoz Vásquez**, manifiesta en suma que, ante la suspensión de la sesión del 29 de enero de 2009, los volvieron citar según recuerda, para el tres, cinco seis nueve de febrero, siendo notificados en este caso por el estafeta de nombre Víctor, pero lo acusados no llegaban a las sesiones.

Sobre este último testimonio, entendemos que viene a corroborar en lo medular lo manifestado por lo anteriores deponentes, toda vez que si bien, difiere en cuanto a señala, como primera sesiones posterior al 29 de enero la de tres de febrero y no alude a las del veintisiete del mismo mes, a diferencia de los demás, entendemos que corresponde a imprecisiones lógicas atendido el tiempo transcurrido.

Por último, en cuanto a los hechos establecidos en el **numeral V** del motivo anterior, se ha tenido por acreditado más allá de toda duda razonable, principalmente, con los asertos del propio Verdugo Torres en cuanto precisó el periodo que le correspondió asumir como alcalde subrogante, cargo que anteriormente desempeñaba y conocimiento que manejaba. De otro lado, útil también resultó lo expuesto por el testigo Claudio Meriño Neira y Diego Clemente Alarcón, quienes, entre otras circunstancias, dieron cuenta de la situación financiera de la Municipalidad en los años 2008 y 2009.

En efecto, **Alberto Verdugo Torres**, manifestó en suma, que el 20 de noviembre de 2008, fue contratado como administrador municipal de la Municipalidad de Pelluhue, cargo que asumió estando de alcalde Ricardo Arellano. Agrega que ante la destitución de la alcaldesa María Luz Reyes lo correspondió con fecha 6 de diciembre de 2008, asumir como alcalde subrogante o interino, cargo que siguió ejerciendo hasta el 09 de junio de 2010, dado que no se realizaba la elección del alcalde titular. Precisa que en el periodo que se des-

empeñó como alcalde subrogante, no se llenó su cargo de administrador municipal, por lo que durante ese tiempo, fue alcalde y administrador. Agrega, que él nunca se imaginó que iba ser alcalde, ni se lo propuso, sino que estando en el cargo debió leer un poco más, para enterarse de lo que le correspondía.

Avala, la conclusión del periodo de alcalde subrogante del referido, los documentos signados con los números 7 y 6 incorporados por ente acusador, consistente el primero, en acta de reunión extraordinaria del concejo municipal del Pelluhue de fecha 09 de junio de 2010 y que tenía por objeto dar continuidad a la sesión del 29 de enero de 2009, del que se extrae que luego de proceder a la votación a viva voz de los señores concejales Clemente Alarcón, Muñoz Vásquez, Zúñiga Villaseñor y Arellano Díaz, resultó electo por unanimidad de los asistentes el señor Carlos Zúñiga Villaseñor; y el segundo, en el Decreto Alcaldicio N°190 de fecha 9 de junio de 2010, en que consta la asunción del cargo del alcalde de la comuna de Pelluhue, en carácter de titular, por don Carlos Enrique Zúñiga Villaseñor.

Por su parte **Claudio Meriño Neira**, señaló que desde el año 2005 trabaja en la Municipalidad de Pelluhue, y en lo pertinente, que en el tiempo que fue alcalde el señor Verdugo no hubo administrador municipal, y que los años contables 2008 y 2009 no se cerraron, sino hasta este año.

Corrobora lo anterior, los atestados de **Diego Clemente Alarcón**, quién en lo pertinente afirmó que, mientras

estuvo en funciones don Alberto Verdugo como alcalde, él mismo hacía el cargo de administrador municipal, periodo en que además, en que no se cerraron los años contables 2008 y 2009.

Finalmente, se deja constancia que en cuanto a los documentos números 5, 8 y 9 de la defensa, no alteran en nada lo antes decantado, toda vez que el primero, dice relación con concejales diversos a los acusado; en tanto que el segundo y tercero, corresponden a copia de sentencia dictada en causa rol 1569-2009 de fecha 23 de abril del presente, pronunciada por el Tribunal Electoral de la Región del Maule mediante la cual se rechaza la solicitud de declaración de declaración de incapacidad temporal de los señores concejales de la I. Municipalidad de Pelluhue, señores Manuel Bobadilla Fuentes, Ricardo Arellano Díaz y señora Raquel Canales Mardones, y certificación de fecha 2 de junio de 2010 en la cual se certifica por parte del secretario relator del Tribunal Electoral de la Región del Maule que la sentencia definitiva recaída en causa rol N°1563-2009, caratulada “Clemente Alarcón Diego y otros. Solicitud de declaración de incapacidad temporal para el desempeño del cargo concejal” se encuentra firme y ejecutoriada. Sin embargo, entendemos que al no constar en ellos mayores antecedentes relativos a la fecha de inicio de esos antecedentes, que de alguna forma permita vincularlos de modo efectivo a alguna causal de justificación en relación a las insistencias a las sesiones referidas, como pretendía la defensa,

por lo que en ese sentido, no resultan pertinentes al efecto.

UNDÉCIMO: *Calificación jurídica de los hechos.* Que, a juicio del Tribunal los hechos que se dieron por legalmente acreditados en el motivo noveno de este fallo, no son constitutivos del delito de Desacato, previsto en el artículo 27 inciso final de la Ley 18.593 y sancionado el artículo 262 del Código Penal, en razón principalmente a las siguientes consideraciones:

Que, tal como se adelantó en la decisión, en cuanto al delito de quebrantamiento de lo ordenado cumplir previsto en el artículo 27 inciso final de la Ley 18.593, primeramente es menester determinar que es “lo ordenado cumplir” conforme a los hechos propuestos en la acusación. En ella se consigna al respecto, en suma, que el Tribunal Electoral de la Región del Maule citó, por los conductos regulares, a los concejales de la comuna de Pelluhue para determinadas audiencias de fecha 02, 05, 06, 09 y 27 de febrero y 6 marzo, siempre del año 2009, para sesionar el Concejo Municipal de Pelluhue y proceder a la segunda votación para la elección del Alcalde de dicha comuna, conforme a lo previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, sin que los acusados hayan concurrido a ellas, quebrantando así lo ordenado cumplir por el Tribunal Electoral de la Región del Maule. De ello necesariamente se desprende que la orden que se sostiene fue desacatada es la dictada por el referido Tribunal en que dispone la citación para la realización de la segunda votación

a que alude el artículo 62 de la Ley 18.695, y es dicha resolución a la cual debe abocarse este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal so pena de infringir el principio de congruencia traducido positivamente en el artículo 341 del Código Procesal Penal. Cabe recordar que en dicha norma se prohíbe expresamente que la sentencia exceda el contenido de la acusación.

La resolución que coincide con lo expuesto precedentemente es la dictada por el Tribunal Electoral de la Región del Maule con fecha 27 de febrero del año 2009 en la causa Rol N°1.534-2009, y eso es también lo propuesto por el Ministerio Público, tal cual lo corrobora el hecho de que incorporó como prueba de cargo y en lo analizado, copias autorizadas del recién singularizado expediente y, en especial y diferenciadamente, de esa resolución del 27 de febrero del año 2009. En ella, lo ordenado, a la letra, es lo siguiente: “se accede a la solicitud contenida en lo principal del escrito de fs. 1, en cuanto se dispone que el señor secretario municipal de la Municipalidad de Pelluhue, para los efectos de llevar a cabo la segunda votación, conforme a lo prevenido en el artículo 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, citará a la sesión extraordinaria correspondiente a todos los concejales, requiriendo el auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario”. Patente es de la lectura del extracto anterior, que el Tribunal Electoral de la Región del Maule, en la resolución que el Ministerio Público sostiene fue incumplida por los acusados, manda al secretario municipal de la I. Municipalidad de Pelluhue realizar una acción, cual es

citar a los concejales que indica a una sesión extraordinaria para llevar a cabo la segunda votación a que alude el artículo 62 de la Ley 18.695.

Ahora, en cuanto al eventual desacato o incumplimiento de dicha resolución, cabe considerar que se ha resuelto que “la tipificación como delito de la conducta que sanciona al que «quebrante lo ordenado cumplir» se inscribe en la lógica de preservar valores autónomos y trascendentes: la correcta administración de justicia y el imperio de las resoluciones judiciales como intereses sociales relevantes en el orden institucional” (sentencia definitiva dictada el veintitrés de mayo del año dos mil seis por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N°799-2006). En ese sentido, necesario es determinar quién es el destinatario de la singularizada orden del Tribunal Electoral de la Región del Maule, y creemos que la respuesta no puede ser otra que el secretario municipal de la I. Municipalidad de Pelluhue, ya que en definitiva es a él a quien se le ordena hacer algo. A la vez, en mérito de ello, no nos parece razonablemente posible extender ese mandato a los señores concejales de dicha Municipalidad, ya que ellos son mencionados en la resolución analizada sólo para precisar a qué queda obligado el secretario municipal, pero en ningún caso se dispone a su respecto conducta alguna. Estimamos que corolario de lo anterior es que las conductas de los encausados descritas en la acusación como acciones en sentido amplio constitutivas del delito del artículo 27 inciso final de la Ley 18.593, a saber, el no haber con-

currido a las audiencias destinadas a proceder a la segunda votación para la elección del Alcalde de la comuna de Pelluhue, no pueden desde ya ser consideradas como idóneas para quebrantar lo ordenado cumplir en la resolución que nos atañe, esto es, la dictada por el Tribunal Electoral de la Región del Maule con fecha 27 de febrero del año 2009 en la causa Rol N°1.534-2009, ya que en ella no se les ordenó asistir a tales sesiones de Concejo y, en consecuencia, tales conductas no constituyen, en el ámbito fáctico delimitado por la acusación, un quebrantamiento de lo ordenado cumplir que haya menoscabado la correcta administración de justicia o despreciado el imperio de las resoluciones judiciales.

Cabe agregar que nos parece coincidente lo recién razonado con el Oficio N°4.654 de fecha 3 de abril del año 2009, emitido por el Presidente del Tribunal Electoral de la Región del Maule don Eduardo Meins Olivares, en donde, dentro de la misma causa Rol 1.534-2009, pone en conocimiento del Fiscal Regional del Maule que los acusados, al haber impedido que se llevara a efecto a segunda votación que manda el artículo 62 de la Ley 18.695, han actuado en contravención a lo ordenado por dicho Tribunal mediante sentencia ejecutoriada pronunciada en los autos Rol N°1.452-2008, lo que podría constituir el ilícito penal del artículo 27 de la Ley N°18.593. O sea, no se indica por el Presidente del Tribunal Electoral de la Región del Maule como resolución eventualmente quebrantada la dictada con fecha 27 de febrero del año 2009

en la causa Rol N°1.534-2009, sino que otra correspondiente a una causa distinta de ese mismo Tribunal, que no es la que en la acusación, por las razones ya expuestas, se invoca como desacatada y debe ser considerada conforme lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal.

A mayor abundamiento, se ha tenido presente lo razonado por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol N°2.659-09, sobre recurso de amparo interpuesto por los encartados de autos y que a su vez incide en los autos rol N°1.534-2009 antes referidos, en cuanto señala en su considerando octavo “Que, en definitiva, careciendo el tribunal que dictó las órdenes de arresto de competencia para conocer de las materias a que dio origen la causa Rol 1.534-09, las troca en ilegales y extendidas fuera de los casos previstos por la ley, por lo que se debe acoger el recurso de amparo deducido en cuanto se relaciona con el tribunal que las dispuso y adoptar las medidas que sean del caso para restablecer el imperio del derecho”, conforme a lo anterior, entendemos que esto, al menos genera duda respecto de la exigibilidad de la resolución que se habría desacatado.

En cambio, este Tribunal entiende que los hechos asentados en el motivo noveno de este fallo son constitutivos del delito consumado de Abandono de Cargo Concejil, previsto y sancionado en el artículo 254 incisos 1 y 3 en relación con el artículo 260, ambos del Código Penal.

Que, para determinar la concurrencia del ilícito en comento, cabe preguntarnos en primer término, qué

debemos entender por abandono, de lo cual, si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, veremos que dentro de sus acepciones se consulta, como atingente al caso de marras, la de “Descuidar los intereses o las obligaciones”.

De otro lado, para calibrar la entidad de tal abandono, comprendemos que para ello debe estarse a la interpretación que surge del bien jurídico protegido, cual es el buen o correcto funcionamiento de la administración pública y, a partir del mismo, desentrañar si tal dejación o descuido guarda la relevancia jurídico penal para entenderla típica, antijurídica y culpable.

Por otra parte, desde la perspectiva del sujeto activo del ilícito en cuestión, entendemos que los tres acusados afectivamente desempeñan y han desempeñado durante el lapso que abarca el libelo acusatorio, un cargo concejil, función pública o destino de elección popular y remunerado que se encuadra dentro de la norma del artículo 260 del Código Penal, como disposición general para los efectos del artículo que nos ocupa, y que reza que “se reputa empleado, todo aquel que desempeñe un cargo o función pública (...) No obstará a esta calificación en que el cargo sea de elección popular”. Con lo cual, insistimos, no vemos obstáculo histórico, semántico o interpretativo para englobar en tal definición los cargos en que se encuentran legalmente investidos los encartados, quedando incluidos en este concepto amplio los Concejales para los efectos de estimarlos como sujetos activos del tipo penal anali-

zado. En este sentido entendemos que nada hay de aplicación analógica de los conceptos, pues –al contrario– un cargo o función pública remunerada con cargo al erario público o municipal en este caso, lleva un grado de compromiso y responsabilidad mayor y, probablemente, no exigible a quien detente un cargo ad honorem.

Además entendemos que, dada la calidad de funcionarios públicos, pesa sobre estos un deber de actuar mayor, no exigible a un ciudadano común. En el caso de marras, resulta clarificador a la luz de la prueba producida en juicio, que los encartados, en su calidad de concejales, luego de haberse constituido el día 29 de enero de 2009 para realizar la elección de alcalde de su comuna, se retiraron de esa sesión sin justificación, impidiendo de esta forma la elección del alcalde titular, conociendo el efecto de aquello y, por tanto, la necesidad de llevar a cabo una segunda votación. En ese escenario, y sin perjuicio de sus aprehensiones en torno a cómo se les debía realizar la citación para esa segunda votación, los acusados tenían plena conciencia del imperativo de realizar la elección del alcalde y que su comparecía resultaba determinante para la conformación del quórum requerido. Así las cosas, al pesar sobre ellos este deber de actuar, manifestado en el caso sub lite en el deber de concurrir y elegir al alcalde según lo previenen los artículos 62 y 79 letra a) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, su responsabilidad deviene por la sola infracción de este deber de actuar, toda vez que además, no se advirtieron, conforme a

la prueba producida en juicio, acciones tendientes a dar cumplimiento real a dicha obligación (más allá de querer conversar dilatoriamente el asunto), contando con las posibilidades e instancias correspondientes para hacerlo, por cuanto concurrían permanentemente a las demás sesiones ordinarias y extraordinarias en las que tenían contacto directo con el Secretario Municipal y demás concejales que deseaban y expresaban que deseaban continuar con la elección de alcalde, todo lo cual queda de manifiesto con lo declarado por los propios acusados y lo reconocido por los concejales Clemente, Muñoz y Zúñiga, además de lo aportado sobre el particular por el testigo Claudio Poblete, quienes afirmaron que los acusados asistían a dichas sesiones con posterioridad a la sesión del 29 de enero, circunstancia que a su vez resulta ratificada por las actas N°7 de fecha 4 de febrero, acta N°10 de fecha 4 de marzo, y actas N°8 y 13 de fechas 29 de marzo y 5 de mayo de 2010, respectivamente. Destacable es al respecto lo afirmado en juicio por el concejal señor Clemente Alarcón, pues señaló que las citaciones a los concejales para que asistieran a la continuación de la elección de alcalde se les comunicaban por el estafeta de nombre Víctor, quién era enviado por el Secretario Municipal, además se le daba publicidad en la radio local y en los concejos él siempre le informaba a los demás concejales, los acusados, que tal día había una sesión de continuidad de la del 29 de enero, pero los acusados manifestaban que no iba a ir, incluso en una de estas oportunidades el encargado del correo fue al concejo a entregarles las cartas cer-

tificadas, pero ellos no la quisieron recibir. Además, creemos que más allá de la forma en fueron citados, ya sea, por estafeta, medio radial, carta certificada o el simple hecho de haber tomado conocimiento de las sesiones que se iban a realizar a través de los otros miembros del Concejo en las sesiones ordinarias o extraordinarias, -que según Diego Clemente acontecía siempre antes de una sesión fijada para ese efecto- la reprochabilidad de los encartados se funda también en su deber de actuar, en este caso, de concurrir y elegir al alcalde titular. En efecto, el profesor Rodríguez Collao, en su libro “Delitos contra la Función Pública” de la Editorial Jurídica de Chile, año 2005, pág. 108, señala “Los delitos de infracción de deber, en cambio, tienen como fundamento de la imputación de responsabilidad una lesión de los deberes de comportamiento que se exigen a favor de un determinado bien jurídico”, luego agrega “En consecuencia, la autoría se determina por la lesión del deber, en tanto que el dominio del hecho o el ámbito de organización es irrelevante”.

Dicho lo anterior, cabe consignar que para colegir que la inasistencia en las fechas indicadas resultó mucho más que una mera ausencia reiterada a determinadas sesiones, nuestro análisis no se fundó en una circunstancia meramente cuantitativa y/o de comparación con la presencia de estos concejales en múltiples sesiones ordinarias o con su intervención en otras actividades propias del cargo de representación popular, sino que atendimos a la incidencia real, concreta y cualitativa de estas inasisten-

cias en el buen funcionamiento de la administración municipal. A este respecto resulta relevante y decidor que la génesis de todo este decurso desafortunado de hechos se debió a un abandono de facto, no autorizado, inconsulto, por sí y ante sí de una sesión extraordinaria para la elección de Alcalde en pleno desarrollo, una suerte de ruptura por vías de hecho de la juridicidad, legalidad y legitimidad en marcha y que ellos mismos habían concurrido a poner en funcionamiento. Más allá de los motivos que pudieron tener en mente o de las interpretaciones que pudieron subyacer en la conducta adoptada en ese instante, ese abandono de facto se mantuvo desde el 29 de enero de 2009 al 09 de junio de 2010, esto es, largos 16 meses. Las consecuencias de dicha inasistencia, a la par de impedir volver a funcionar por los cauces legales la sesión extraordinaria interrumpida de hecho, impidió la asunción de un detentador legítimo y no sólo legal del cargo de Alcalde, cuestión que no sólo causó desazón en la opinión de los asistentes a la ya aludida sesión de 29 de enero de 2009, sino que repercutió de manera sensible y relevante en la correcta administración municipal. Bástenos para ello y por ahora señalar que hubo dos períodos contables que no se cerraron debidamente, cuestión que afecta -si no el más importante- uno de los más álgidos tópicos en cualquier administración que se precie de eficiente y eficaz, cual es el manejo presupuestario, el uso y aplicación de los dineros, el control y fiscalización adecuada del mismo, la justificación contable de los egresos, etc.; tomando en consideración que se trata de dineros públicos, para

cuya gestión las exigencias de transparencia y fiscalización deben ser superlativas. Lo anterior no es inconexo con la ausencia de un Alcalde titular pues, en este caso específico, no olvidemos que quien debió asumir extraordinariamente y a modo de subrogante, desconocía totalmente las labores del cargo y hubo de imponerse sobre la marcha sobre los quehaceres que le eran propios conforme a la Ley, todo lo cual devino, en evidente daño a la causa o buena administración pública.

Finalmente, entendemos que no concurre respecto de los encartados excusa legítima para retirarse o no concurrir, respectivamente, a las sesiones referidas, conductas que en definitiva constituyeron el ilícito en análisis, ya que, respecto del retiro injustificado de la sesión del 29 de enero de 2009, si bien los acusados esbozaron como medio de defensa que tenían dudas respecto de la validez del voto del concejal Diego Clemente y por tanto, del resultado de la votación, nada de ello se advierte al apreciar el video exhibido de aquella sesión. Por el contrario, en ese registro se observa que luego que los acusados tienen claridad respecto del empate producido y la necesidad de efectuar una segunda votación, se retiran. En relación a las demás citaciones para la continuación de la sesión del 29 de enero de 2009, también según lo manifestado por los encartados y sus defensas, se colige como excusa que legitimaría su actuar que la notificación no se les habría practicado en forma legal, esto es, en forma personal por el Secretario Municipal y con una antelación de tres días. Sin

embargo, entendemos que los incisos 5 y 6 del artículo 62 de la Ley 18.695, que tratan la materia, primero hablan de una sesión continua en la que, de no lograrse la mayoría, se debe proceder a una segunda votación, y es para la sesión como unidad para la cual se establece como exigencia para su citación que el Secretario Municipal cite a los concejales con tres días de anticipación a lo menos. Nada dice la ley respecto de citaciones con determinadas solemnidades ante una eventual suspensión forzada e intempestiva de la sesión, y ello es entendible pues el aviso previo y la solemnidad resulta, explicables por la importancia del objeto de dicha sesión, que amerita obviamente formalidades que den certeza en cuanto a que los concejales tomaron conocimiento de ella y tuvieron tiempo para meditar y preparar su intervención en la misma, pero, una vez cumplidas esas formalidades e iniciada la sesión en comento, ya no se justifica reiterarlas, tal como ocurre, a manera de ejemplo, durante una audiencia de juicio oral, en que, concluida la jornada diaria, simplemente se instruye a los testigos y peritos que deben concurrir al día siguiente a una determinada hora, pero no se les a notifica formalmente y bajo estampado de ello por un ministro de fe. Por otra parte, entendemos que no son dables esas exigencias a que aluden, pues son los propios encartados quienes provocan esta situación y, por consecuencia, la suspensión de la sesión iniciada, en razón de lo cual entendemos no existe la sugerida excusa legítima, más aun considerando el deber de actuar que les es exigible dada su calidad de funcionarios públicos.

DUODÉCIMO: Sobre la participación: Que, conforme a lo asentado en el fundamento noveno del presente fallo, a los acusados Canales Mardones, Bobadilla Fuentes y Arellano Díaz, le ha cabido participación en calidad de autores conforme lo dispone el artículo 15 N°1 del Código Penal.

En efecto, entendemos que en el ilícito antes calificado, la participación del los encartados se determina precisamente en base la infracción del deber de actuar y en consecuencia, lesión del bien jurídico protegido.

Respecto de la individualidad de los acusados en los hechos decantados por el Tribunal, -no obstante no haber sido motivo de discusión- entendemos que se ha acreditado en base a todos testimonios que ha servido para el asentamiento de los hechos según se ha reseñado en el motivo décimo de este fallo, por cuanto en cada uno de ellos, se ha hecho referencia clara y precisa respecto de sus identidades, en efecto, solo a modo ilustrador se señalará que los testigos Zúñiga Villaseñor, Clemente Alarcón, Muñoz Vásquez y Hernández Valdés, en todo momento identifican a los acusados como aquellos que abandonaron la sesión del día 29 de enero de 2009, tantas veces referidas, y que no asistieron a las sucesivas que tenían por objeto dar continuidad a aquella; de igual forma, el funcionario policial Valenzuela Avendaño al detallar sus acciones relativa a la notificación para la sesión del 3 de abril de 2009, reconoce a los acusados en la audiencia, todo ello, sin perjuicio,

de la prueba documental en las cuales se hace referencia a los mismos.

DECIMOTERCERO: Alegaciones de cargo y de defensa: Que, en lo que no obtuvo el Ministerio Público, se refiere básicamente a la configuración y calificación del ilícito Desacato, sin embargo entendemos que en el motivo décimo de este fallo se han señalado razonadamente y pormenorizadamente, los elementos tenidos en vista para absolver a los acusados por este ilícito, en razón de lo cual, para evitar reiteraciones inútiles, nos remitiremos a lo allí señalado.

Que para hacernos cargo de las alegaciones de defensa reseñadas detalladamente en el motivo tercero de este fallo, diremos, que habiéndose decidido absolver a los acusados del ilícito de desacato, resulta inoficioso hacernos cargos de los fundamentos alegados por la defensa para ese mismo fin. En cuanto al ilícito de abandono de cargo concejil, señalaremos en primer término que las alegaciones se han centrado básicamente en afirmar que no les es aplicable el tipo legal a los encartados de autos, principalmente basados en alguna doctrina que entiende que “los cargos concejiles serían aquellos irrenunciables y no remunerados”. Sin embargo, este Tribunal considera que dicha afirmación no es correcta, por cuanto la sanción que en el inciso tercero del artículo 254 del Código Penal se contempla para el que abandona un cargo concejil con o sin alegar excusa legítima no tiene por qué obstar lógicamente la posibilidad de que dichos cargos sean renunciados. Se trata simplemente de una hipó-

tesis de justificación de abandono de función pública distinta de la renuncia de destino a que aluden los dos primeros incisos del artículo analizado, en la que específicamente pueden incurrir quienes ejercen cargos concejiles. Sobre la eventual necesidad de que los cargos concejiles a que hace alusión el artículo 254 del Código Penal no pueden ser remunerados, se trata de una exigencia que no tiene respaldo en la ley ni tampoco, entendemos, en la lógica pues, como se dijo, lo razonable es pensar que el abandono de un cargo resulta más reprochable a quien es remunerado con fondos fiscales que a quien labora sin recibir retribución pecuniaria alguna. Tampoco existe texto legal que así lo afirme y, por lo demás, parece evidente que, actualmente, el cargo concejal por excelencia es precisamente el de concejal municipal.

En segundo término, la defensa basa sus demás alegación en torno a argumentar la falta de acreditación de los otros elementos del tipo. Sin embargo, ya se ha señalado latamente en el motivo décimo de este fallo, los elementos de convicción tenidos en vista por el Tribunal, cuyo análisis conjunto y comparativo logro formar convicción condenatoria respecto a este ilícito y la participación que a los encartados les cupo en el mismo, por lo cual, para evitar dilaciones inútiles, nos remitiremos a lo allí expresado.

DECIMOCUARTO: Debate sobre circunstancias y factores relevantes para la determinación y cumplimiento de pena: Que, en la oportunidad prevista en el inciso cuarto del artículo 343 del Código Procesal Penal, el

Tribunal abrió debate para la discusión pertinente.

El representante del Ministerio Público señala que en cuanto a la pena del delito de abandono de cargo concejal solicita se aplique la ley para su determinación y a la circunstancia atenuante del artículo 11 N°6 reconocida en la acusación para todos los encartados.

Por su parte la defensa del acusado Arellano Díaz, señala que entiende que a su representado le favorecen tres circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, en primer término aquella reconocida por el Fiscal, esto es, la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, asimismo le beneficia la atenuante del artículo 11 N°7 del mismo cuerpo legal, lo que fue reconocido por el propio fiscal en sus alegaciones y a su vez fue reconocido por un sin número de testigos, ya que el concurrió a la votación del día 9 de junio de 2010 que permitió la elección del actual alcalde en mandato y ello ha impedido se prolonguen las perniciosas consecuencias de que la Municipalidad no haya contado con un alcalde titular, asimismo entiende, que la declaración de su representado ha sido fundamenta y para que el Tribunal conozca los contrastes y puedan nutrir su convicción, concurriendo de esta forma a su favor a la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal. Así las cosas, la forma en que establece la pena en el inciso 3 del artículo 254 queda solamente la aplicación de una pena de multa por disposición expresa del artículo 68, por lo que frente al concurso de tres atenuantes de responsabilidad

penal corresponde se rebaje la pena en dos a tres grados, y se le imponga una pena de multa en el mínimo.

A su turno la defensa de los encartados Canales y Bobadilla, invoca a favor de sus representado la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, ya reconocida por el Ministerio Público, asimismo, la atenuante dispuesta en el artículo 11 N°9 del Código Penal, ya que fueron sus representado y defensas quienes acompañaron el video y ofrecieron la declaración del Alberto Verdugo quién fue la persona que finalmente terminó con esclarecer los aspectos que el Tribunal consideró como relevante en la decisión de condena, ello unido a las declaraciones de sus representados es que cree que concurre la atenuante en comento, agrega, además sus representado han obrado por celo de la justicia por lo que concurre a su favor la atenuante del artículo 11 N°10 del Código Penal, puesto que ellos actuaron amparados con la firme convicción de haber actuado acorde al ordenamiento jurídico. De esta forma concurriendo varias circunstancias atenuantes solicita se rebaje la pena al menos en un grado de la pena y al menos lo consagrado en el inciso 3 del artículo 67 del Código Penal en cuanto a imponer la pena en su mínimo, que tratándose de una pena de suspensión en su grado mínimo, finalmente debe resolverse en una multa junto con la de inhabilitación a que alude el artículo 254 del Código Penal, pero teniendo en consideración para la aplicación de la pena de multa lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, en

especial, respecto de doña Raquel Canales en cuanto a su caudal, ya que conforme manifestó en la audiencia producto del maremoto del 27 de febrero pasado perdió su casa en Curanipe, por lo que solicita se aplique en mínimo al igual que respecto de su representado Bobadilla Fuentes, y se les concedan cuotas para su pago.

Al replicar el Fiscal señaló que en cuanto a la atenuante del artículo 11 N°7 del Código Penal solicitada respecto del acusado Arellano Díaz, lo deja a criterio del Tribunal su aplicación; en cuanto a la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal alegada respecto de todos los acusados señala que se opone, ya que no ha aportado antecedente alguno que diga relación con el esclarecimiento de los hechos, por otra parte, las circunstancias modificatorias son propias no se pueden alegar en base a la prueba de descargo que se aportó, además los antecedentes aludidos para su configuración fueron obtenidos por el contrainterrogatorio efectuado por su parte. Finalmente hace presente que el artículo 254 del Código Penal establece una pena compuesta y no sólo de multa como han solicitado las defensas. Solicita no se le condene en costas ya que al obtener un decisión tanto de absolución como condena debe entenderse que ha tenido motivo plausible para litigar.

Por su parte las defensas al replicar reiteran sus alegaciones, y solicitan se les eximan a sus representados en el pago de las costas por el delito que han sido condenados.

DECIMOQUINTO: *Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal:* Que, en cuanto a la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior, existiendo acuerdo entre los intervinientes respecto de su concurrencia, la también venía reconocida en el auto de apertura respectivo, se acogerá.

En cuanto a la atenuante del artículo 11 N°7 del Código Penal, alegada respecto de encartado Arellano Díaz, la estimamos concurrente al efecto, por cuanto entendemos que al concurrir a la sesión del 9 de junio del presente año y cumplir con su obligación como miembro del Concejo en orden a elegir al alcalde titular conforme lo ordena el artículo 52 de la Ley 18.695, constituye una manifestación objetiva de reparación celosa del mal causado por ilícito atribuido, impidiendo extender más allá sus perniciosas consecuencias. Es así que, la actitud asumida por el concejal Arellano además de reforzar el establecimiento de hecho y de Derecho respecto del abandono de cargo concejil, viene a confirmar en términos prácticos y concretos la justeza de nuestra decisión, pues al asistir y dar quórum a la sesión que posibilitó finalmente elegir alcalde titular a la comuna de Pelluhue el día 09 de junio de 2010, lo hace con el fin de “resolver esto” puesto que “su deber es fiscalizar” y de esta forma poner coto a situaciones que –a decir del testigo y Concejal Diego Clemente, quien conversaba permanentemente estos temas con Arellano Díaz- estimó irregulares en el manejo de los recursos municipales (arriendo de camiones

con cánones exagerados, uso ilegal de bienes municipales, etc.), asumiendo que tales irregularidades eran imputables a esta suerte de desgobierno que se generaba con la ausencia de un Alcalde Titular. Ese era el “nudo gordiano” que Arellano debía resolver para abocarse en forma a su labor fiscalizadora, más allá de escudarse en la validez o no de determinada citación. De esta forma entendemos que su actuación al concurrir a dar quórum a la sesión extraordinaria para elección de Alcalde viene a “impedir la ulteriores perniciosas consecuencias” del mal causado con haber impedido de hecho y de Derecho, la asunción de un edil titular, legítimo y legal.

En cuanto a la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal alegada por las defensas respecto de los tres acusados, se dirá en primer término que estos Magistrados entienden que, atendida la ratio legis de esta minorante, referida fundamentalmente a favorecer a quien con su cooperación facilita determinadamente el establecimiento de los hechos, para su ponderación se requiere de una “causa personal” del beneficiario de la misma y no se puede fundar en antecedentes aportados por terceros, como en suma lo sostuvieron las defensas. Por otro lado, la atenuante en comento no sólo exige que el acusado colabore con el esclarecimiento de los hechos, sino que además que esa colaboración sea sustancial, esto es, un aporte considerable a ese efecto. Que en la especie, si bien es efectivo que los acusados al inicio del juicio, declararon -como medio de defensa- y otorgaron su versión sobre los hechos reconociendo, por

ejemplo, haber recibido algunas citaciones para la sesión de continuación, entendemos que sus declaraciones no resultaron sustanciales para el esclarecimiento de los hechos a la luz de los demás medios probatorios aportados en juicio, según se ha detallado pormenorizadamente en los motivos décimo y siguientes de este fallo, en razón de lo cual, entendemos no resulta concurrente al efecto.

Finalmente, en cuanto a la minorante del artículo 11 N°10 del Código Penal alegada respecto de los encartados Canales y Bobadilla, esto es, obrar por celo de justicia, entendemos, conforme a lo razonado en la parte final del motivo undécimo a propósito de la excusa legítima que justificaría su actuar, que resulta improcedente.

DECIMOSEXTO: *Determinación de la pena.* Que, en suma se condenará a los acusados Raquel Canales Mardones, Manuel Bobadilla Fuentes y Ricardo Arellano Díaz, como autores del delito consumado de Abandono de Cargo Concejil, previsto y sancionado en los incisos 1 y 3 del artículo 254 en relación al artículo 260, ambos del Código Penal.

Que, la pena que abstractamente trae aparejada este delito consumado respecto del autor, es, suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial temporal para cargo u oficio en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como ya se expuso, procede respecto de todos los acusados la atenuante

del artículo 11 N°6 del Código Penal, y adicionalmente a Arellano Díaz le beneficia la atenuante del artículo 11 N°7 del mismo cuerpo legal, sin que a los encartados les perjudique agravante alguna.

Así las cosas, siendo la pena aplicable una pena copulativa de una divisible de suspensión a inhabilitación y una pecuniaria de multa. Primero, en cuanto a la divisible, favoreciendo al encartado Arellano Díaz, dos atenuantes sin que le perjudique agravante alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, se rebajará la pena en un grado al mínimo, siendo aplicable en consecuencia, conforme lo dispone el artículo 60 del mismo cuerpo legal, como pena inmediatamente inferior, la de multa. Por otro lado, para determinar la cuantía de la multa aplicable se estará a lo dispuesto en el artículo 25 inciso 6° del Código Penal, conforme a lo cual no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales, por cuanto se trata de un simple delito. Así las cosas, siendo la pena decantada una de multa, y por otra parte, la copulativa pecuniaria también de multa, para su aplicación se regulará una cifra única, cuyo monto se determinará considerando lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal; en especial las minorantes que le favorece, toda vez que no se cuenta con mayores antecedentes relativos a sus facultades económicas, en mérito de lo cual se aplicará una multa ascendente a doce unidades tributarias mensuales, imputando la mitad a la suspensión que devino en multa y las restantes seis, a la multa propiamente tal.

Por su parte, respecto de los encartados Bobadilla Fuentes y Canales Mardones, favoreciéndoles una circunstancia atenuante sin que les perjudique agravante alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 ya referido, no se puede aplicar la pena divisible en su grado máximo, esto es, inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio. De esta forma, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, en especial, la menor extensión del mal causado, por cuanto entendemos que todas las circunstancias relativas al daño a la buena administración o causa pública ya han sido consideradas en la calificación del delito, se aplicará en el mínimo del grado inferior, como se señalará.

En cuanto a la pena copulativa de multa que resulta aplicable, para determinar su cuantía, se estará a lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, junto con la circunstancia minorante que les beneficia se considerará especialmente las facultades económicas de los encartados, sobre el particular, si bien, se ha argumentado por parte de la defensa que doña Raquel Canales habría perdido la casa que habitaba lo cual se sustenta principalmente en base a sus propios dichos, no es menos cierto que ambos encartados ejercen una función remunerada, cual es, la de concejal de Pelluhue que les permitirá por lo menos sustentar el mínimo de su monto, esto es, seis unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la concesión de parcialidades para su pago.

DÉCIMOSEPTIMO: **Costas:**
Que en cuanto a la condena en cos-

tas al Ministerio Público, solicitada por las defensas, dada la absolución de sus representados por el ilícito de desacato, sin embargo, este Tribunal estima que no obstante ello, el ente acusador no ha demostrado una actitud temeraria en la persecución penal de este ilícito, ya que conforme se ha acreditado en juicio, su accionar se inicia con un oficio dirigido a Fiscal Regional en el cual se ponen en conocimiento estos hechos sugiriéndole la existencia de este ilícito, y desde ahí se desarrolla su persecución penal.

Por otro lado, en lo relativo a las costas por el ilícito de abandono de cargo concejil, se les eximirá de ellas a los encartados, por cuanto estima este Tribunal que han tenido motivo plausible para litigar, ya que al menos a nivel doctrinal, es discutible si este ilícito les era aplicable.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículo 1, 5, 11 Nos. 6, 7, 9 y 10, 15, 18, 21, 24, 25, 29, 31, 37, 47, 50, 60, 68, 69, 70, 254, 260, 262 del Código Penal, Ley 18.695, Ley 18.593, artículos 295, 296, 297, 309, 314, 328, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

En cuanto al ilícito de Desacato:

I.- Que, se **ABSUELVE** a los acusados **RAQUEL CANALES MARDONES, MANUEL ENRIQUE BOBADILLA FUENTES** y **RICARDO ÁNGEL ARELLANO DÍAZ**, de los cargos fiscales que los suponían autores del delito de Desacato, previsto en el artículo 27 inciso final de la Ley 18.593 y sancionado

el artículo 262 del Código Penal, que se habría cometido entre los meses de febrero a abril del año 2009, en la comuna de Pelluhue.

II.- Que, se **EXIME** al Ministerio Público del pago de las costas.

En cuanto al ilícito de Abandono de Cargo Concejil.

III.- Que, se **CONDENA**, a la acusada **RAQUEL CANALES MARDONES**, a sufrir la pena de **SESENTA Y UN DÍAS DE SUSPENSIÓN EN SU GRADO MÍNIMO Y MULTA** ascendente a **SEIS UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, como autora **del delito consumado de Abandono de Cargo Concejil**, previsto y sancionado en el artículo 254 incisos 1° y 3° en relación con artículo 260, ambos del Código Penal, cometido en la comuna de Pelluhue entre los meses de enero a marzo del año 2009.

IV.- Que, asimismo se **CONDENA** al acusado **MANUEL BODADILLA FUENTES**, a sufrir la pena de **SESENTA Y UN DÍAS DE SUSPENSIÓN EN SU GRADO MÍNIMO Y MULTA** ascendente a **SEIS UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, como autor **del delito consumado de Abandono de Cargo Concejil**, previsto y sancionado en el artículo 254 incisos 1° y 3° en relación con artículo 260, ambos del Código Penal, cometido en la comuna de Pelluhue entre los meses de enero a marzo del año 2009.

V.- Que, de igual forma, se **CONDENA** al acusado **RICARDO ÁNGEL ARELLANO DÍAZ**, a

sufrir la pena de **MULTA** ascendente a **DOCE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, como autor **del delito consumado de Abandono de Cargo Concejil**, previsto y sancionado en el artículo 254 incisos 1° y 3° en relación con artículo 260, ambos del Código Punitivo, cometido en la comuna de Pelluhue entre los meses de enero a marzo del año 2009.

VI.- Que, la multa impuesta a dichos sentenciados deberá solucionarse mediante pago en la Tesorería General de la República. Si los sentenciado no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución, la pena de reclusión, regulándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual, no pudiendo, en todo caso, exceder de seis meses.

VII.- Que, se autoriza a los referidos acusados, para pagar las multas impuestas en parcialidades mensuales, iguales y sucesivas de una unidad tributaria mensual cada una. El no pago de una sola de esas parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada.

VIII.- Que, estimado que los sentenciados tuvieron motivo plausible para litigar, se les **EXIME** del pago de las costas.

Se ordena la devolución de los documentos incorporado por el Ministerio Público y de las Defensas durante este juicio oral.

Regístrese y comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Cauquenes, para su cumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal

Penal en relación al artículo 113 del Código Orgánico del Tribunales, hecho archívese.

Fallo redactado por la Juez doña Scarlet Quiroga Jara.

Anótese y regístrese.

R. U. C.: N°0900278572-k.

R. I. T.: N°69-2009.

Pronunciada por la Sala Única del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes integrada por los Jueces subrogantes don Christian Aníbal Leyton Serrano, quien presidió, don Víctor Manuel Rojas Oyarce y doña Scarlet Gisela Quiroga Jara.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO CHILENO EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Nicolás Arrieta Concha¹

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto proporcionar una visión cronológica y analítica respecto de la evolución y desarrollo experimentado por nuestra legislación en materia de drogas. Para tal efecto, se efectúa un somero repaso de toda la normativa y de los principales tipos penales e institutos que han regido la materia, como también de la historia fidedigna de la ley: primeramente, se analizan las normas contenidas en el propio código penal de 1874; luego, en la Ley 17.155, de 11 de junio de 1969, donde se incorpora al Código Penal de manera expresa los delitos relativos a estupefacientes; seguidamente, la Ley 17.934 de 16 de mayo de 1973, primer texto que regula íntegramente fuera del ámbito del código penal toda la problemática del tráfico de drogas y delitos relacionados; la Ley 18.403 de 4 de marzo de 1985; la Ley 19.366 de 30 de enero de 1995, para terminar con la Ley 20.000, actualmente vigente y que nos rige desde el día 16 de febrero de 2005.

1. La regulación en el Código Penal hasta 1969

En Chile, como se anticipara, la regulación relativa a las drogas ilegales en un texto específico se contempla sólo a partir de 1969 con la dictación de la Ley 17.155. Sin embargo, esto no significa que con anterioridad no se hubieran considerado delictivas algunas conductas relativas a ellas.

Hasta antes de la Ley 17.155 se entendió que tanto la elaboración como el tráfico de estupefacientes al margen de las autorizaciones pertinentes, o bien con infracción a los reglamentos, se subsumían en los tipos de los antiguos artículos 313 y 314 del Código Penal, en su redacción original de 1874.

Tales normas, en su primitiva redacción, señalaban:

Art. 313 “*el que sin hallarse competentemente autorizado, elabore sustancias o productos nocivos a la salud o traficare con ellos, estando prohibidos su fabricación o tráfico, será castigado con reclusión menor en su grado medio i multa de ciento a quinientos pesos*” (sic).

Art. 314 “*el que hallándose autorizado para la fabricación o tráfico de las sustancias o productos espresados en el artículo anterior, los fabricare o espendiere sin cumplir*

¹ Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, sufrirá las penas de reclusión menor en sus grados mínimo i multa de ciento a trescientos pesos² (sic).

De esta forma, las drogas ilegales se entendían comprendidas entre las sustancias o productos nocivos para la salud, ello conforme a los siguientes textos reglamentarios:

- **Art. 41 inc. 2°** del Reglamento de Estupefacientes N°198 de 31 de marzo de 1936 según el cual *“para los efectos de la aplicación de los Arts. 313 y 314 del Código Penal, quedan incluidos dentro de los productos nocivos a la salud, los estupefacientes que se indican en el artículo 2° del presente Reglamento”*, y posteriormente con
- el **Decreto Supremo 137 de Salud Pública**, de 12 de marzo de 1960, redactado en su Art. 37 en idénticos términos a la norma recién transcrita.

Luego, la legislación chilena anterior a 1969 sancionaba tanto la elaboración y el tráfico de estupefacientes sin autorización por una parte, como la elaboración y el tráfico con autorización, pero sin cumplir con las formalidades reglamentarias.

2. La ley 17.155 de 1969

Fue con ocasión de esta ley de 11 de junio de 1969, que se incorpora al Código Penal la consideración expresa y específica de los delitos relativos a estupefacientes.

Esta ley, en su **Art. 3°** sustituyó todo el párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal referido a los Crímenes o Simples Delitos contra la Salud pública, ello con el fin de adecuar a los nuevos tiempos el régimen de este tipo de ilícitos.

En relación con los estupefacientes, el Mensaje Presidencial señalaba lo siguiente:

“Otro terreno en el cual las disposiciones del Código Penal resultan sobremanera deficientes es en el que toca a las drogas heroicas, estupefacientes y similares. Es por demás sabido que en el mundo entero las actividades relativas a estos productos son objeto de preocupación por las gravísimas consecuencias que el enviciamiento produce en sus víctimas. Organizaciones delictivas internacionales se dedican en gran escala a este repugnante tráfico, con el respaldo de grandes recursos financieros y obteniendo

2 En su redacción original, la Comisión redactora había establecido en los artículos 305 y siguientes como objeto material de las figuras aquí tratadas las *“sustancias nocivas a la salud o productos químicos que pudieren causar grandes estragos”*, frase que a su turno tenía su origen en los artículos 253 y 254 del código penal español de 1850. Posteriormente, dichas normas fueron objeto de revisión y modificaciones en las sesiones 65 de 8 de noviembre de 1871 y 158 de 23 de junio de 1873.

*ganancias elevadísimas. Numerosas convenciones internacionales, a muchas de las cuales ha adherido nuestra patria, obligan a los países signatarios a sancionar con severidad en sus respectivas legislaciones internas todas estas actividades, mas hasta ahora no se ha aprobado en Chile ningún cuerpo legal que establezca sanciones eficaces para las múltiples formas que puede revestir el tráfico de drogas*³.

La tramitación de la ley concluyó con la introducción de los nuevos artículos 319 a) a 319 g), en los cuales se establecieron los delitos especiales sobre estupefacientes. Por tales, se entenderían las que fueran calificadas así por un Reglamento dictado por el Presidente de la República y que podría ser adicionado o modificado por la misma autoridad. Este reglamento fue el **DS 459 de Salud Pública de 8 de agosto de 1969**.

Este mismo Reglamento debería establecer un listado de drogas que no fueran consideradas estupefacientes pero que produjeran efectos de dependencia, sustancias a las cuales se aplicarían los demás preceptos, pero respecto de ellas el tribunal podría rebajar la pena hasta en tres grados.

Entre las principales modificaciones introducidas por el texto en estudio, podemos mencionar las siguientes:

- Se mantienen en lo fundamental los antiguos artículos 313 y 314, pero ahora referidos a estupefacientes;
- Se crearon nuevas hipótesis delictivas como la de *promover o facilitar el enviamiento de terceros*, la prescripción injustificada con abuso de la profesión de médico o la facilitación de un local comercial para que terceros concurrieran a él con el objeto de consumir estupefacientes;

La apreciación de la prueba es en conciencia;

- Se crea la agravante de ser el consumidor menor de 18 años;
- Se establece la pena accesoria para todos los delitos de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el tiempo máximo que determine la ley;
- El consumo personal y la adquisición o tenencia de estupefacientes para dicho consumo no constituían delito;

3. Ley 17.934 de 16 de mayo de 1973

Este nuevo cuerpo normativo derogó los Arts. 319 a) a 319 g) del Código Penal, regulando ahora en un solo texto, fuera del Código Penal, todo lo relativo al tráfico de estupefacientes.

El propio Mensaje Presidencial daba cuenta del aumento notable del consumo de drogas, en especial en la juventud y del hecho que la Ley 17.155 no había

3 Sesión 18 de 23 de noviembre de 1966, p. 1684.

cumplido su cometido, así como de los numerosos vacíos detectados por los magistrados en su aplicación práctica.

Sobre estos aspectos, señalaba el referido Mensaje:

“Por lo que respecta al problema específico del tráfico de drogas y estupefacientes, el Gobierno ha estimado necesario legislar nuevamente sobre él. Durante el Gobierno anterior se dictó la ley N°17.155 relativo a los delitos contra la salud pública, cuya finalidad era precisamente atacar el tráfico de estupefacientes. Por diversas causas esta ley no cumplió su cometido y en su aplicación los magistrados han encontrado numerosos vacíos. Es por esto que con cabal conocimiento y conciencia de los factores que motivan el programa, el Gobierno ha elaborado el presente proyecto de ley que se somete a la consideración de vuestras señorías, incorporándose en él aquellos mecanismos jurídicos que se han considerado más adecuados para su más acertada solución. En este orden, se contemplan nuevas figuras delictivas, se establecen nuevos correctivos penales, se fijan otros grados de responsabilidad, se proveen medidas que tienden a hacer más expedita y eficaz la acción penal y se definen los alcances de algunos preceptos que antes se prestaban a dudosas o equívocas interpretaciones”.

La discusión del proyecto fue intensa y objeto de varias modificaciones, las más importantes introducidas por el propio Ejecutivo y por el Senado.

Las drogas estupefacientes se establecen por Reglamento, ahora en el **Decreto Supremo 535** de 26 de julio de 1973.

Se distingue por primera vez entre sustancias productoras de graves efectos tóxicos o de daños considerables a la salud pública y aquellas que no podían producir tales efectos, respecto de las cuales puede reducirse la pena hasta en tres grados.

Como particularidades de esta ley, podemos destacar las siguientes:

- En general, se mantienen los mismos delitos de su antecesora, pero establece nuevas figuras propias de un derecho penal más severo o autoritario⁵;
- Castiga con la misma penalidad “a los que por cualquier medio induzcan, promuevan o faciliten el uso y consumo de tales sustancias”;
- Se modifica la figura de proporcionar un bien raíz por proporcionarlo para que terceros realizaran en él alguno de los delitos previstos en la ley (Art. 5°);

4 Sesión 8ª de 23 de junio de 1971, p. 285.

5 Una postura crítica a la legislación sobre estupefacientes en Chile, puede consultarse en Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Las Sucesivas Leyes Chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo*, en Seminario Internacional sobre Tratamiento Penal del tráfico ilícito de estupefacientes, (23-27 de agosto de 1999, Talca, VII región), publicado en la obra *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 2000, p. 69 y ss.

- Se establece por primera vez la presunción de autoría en el delito de elaboración, consistente en la tenencia de elementos o instrumentos comúnmente destinados a esos fines⁶ (Art.1° inc. 4°);
- Se castiga expresamente la conspiración y la proposición para elaborar o traficar estupefacientes y se castiga por ese solo hecho la asociación u organización con el objeto de elaborar o traficar estupefacientes (Arts. 7° y 8°, respectivamente);
- Se suprimen las reglas sobre *iter criminis* al señalar que los delitos se castigan como consumados desde que hay principio de ejecución (Art. 9°);
- El consumo sigue siendo atípico pero se establece un procedimiento para el que sea sorprendido consumiendo o en circunstancias que hicieran presumir que acababa de hacerlo o que portara estupefacientes y se acreditara que eran para su exclusivo uso personal: sería puesto a disposición del juez del crimen, quien ordenaría se le practicara un examen médico a fin de determinar si presentaba adicción o no. En caso positivo se le sometería a tratamiento forzado de deshabitación con o sin internamiento. En caso contrario, se le sometería a la medida inédita en nuestro ordenamiento, de colaboración con la autoridad (Art. 10°);
- Se establecen penas alternativas para los menores de 18 años responsables de los delitos de elaboración, facilitación de bienes raíces y tráfico. A ellos se les podría aplicar la pena corriente o bien la de relegación en cualquiera de sus grados o arresto domiciliario, pena inédita en nuestro ordenamiento. En ambos casos también se le podía imponer la pena de colaboración con la autoridad (Art.11° y 12°);
- Se reestablecen dos nuevas agravantes: el ser el autor funcionario de la Dirección General de Investigaciones, del Cuerpo de Carabineros de Chile, del Servicio Nacional de Aduanas o del Servicio Nacional de Salud, y por otro, sólo respecto del delito de promoción, inducción o facilitación, la de realizar el delito respecto de personas que se encontraran a cargo o bajo la dependencia del agente (art. 16 y 2° inc. final, respectivamente);
- La apreciación de la prueba también es en conciencia;
- Se amplía la pena de comiso de los vehículos (Art. 15°), y
- Se elimina la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

6 La norma citada señalaba: “Se presumirá que son autores del delito sancionado en este artículo los que, sin contar con la competente autorización, tengan en su poder elementos o instrumentos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación o extracción de las sustancias estupefacientes a que se refieren los incisos anteriores”. Esta misma presunción fue posteriormente reestablecida en términos muy similares bajo la vigencia de la Ley 19.366.

4. La ley 18.403 de 4 de marzo de 1985

Bajo el gobierno militar, en junio de 1982, el Ejecutivo remitió a la Junta de Gobierno un proyecto de ley que derogaba la Ley 17.934 y la reemplazaba por un nuevo cuerpo legal, sin embargo, este proyecto fue posteriormente retirado de tramitación. Con fecha 10 de noviembre de 1983, mediante Mensaje del Ejecutivo se inicia la tramitación de un proyecto de ley que tenía por objeto introducir una serie de modificaciones a la Ley 17.934, que consistían básicamente en:

- Incorporación de nuevas figuras delictivas previstas en legislaciones extranjeras, tales como: delitos de siembra y cultivo ilegal de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en circunstancias que hagan presumir el propósito de tráfico ilícito; el de la analogía o propaganda⁷, a través de un medio de comunicación o en actos públicos; del uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas capaces de producir dependencia y el de abandono en lugares públicos o de fácil acceso de plantas, florescencias, semillas, rastrojos u otras partes activas de vegetales productores de sustancias estupefacientes;
- Ampliación de algunos verbos rectores de algunos delitos, en consonancia con la terminología empleada por las conferencias internacionales de Nueva York de 1961 y de Viena de 1971;
- Aumento de penas pecuniarias;
- Establecimiento de normas procesales destinadas a dar valor a películas, cintas magnetofónicas, video tapes y otros medios no contemplados en la ley⁸ (Art.20);

7 El artículo 9° de la citada ley regulaba este delito en los siguientes términos: “*Los que hagan la apología o propaganda, a través de un medio de comunicación o en actos públicos, del uso o consumo de las sustancias a que se refiere el artículo 1°, incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a cuarenta ingresos mínimos mensuales. Tratándose de los medios de comunicación social, el Tribunal podrá, además, suspender la publicación hasta por seis ediciones o suspender las transmisiones o exhibiciones hasta por seis días, según corresponda. En caso de reincidencia, tratándose de medios de comunicación social, se impondrá la clausura por treinta días*”. Esta norma fue severamente criticada en la doctrina por importar una forma extrema de control ideológico al no constituir una inducción concreta para la comisión de ninguna conducta, sino más bien el ejercicio del derecho a disentir, de pensamiento o de palabra, con un orden establecido o con algún ámbito de él. De ahí su supresión en las legislaciones posteriores. Sobre este particular tipo penal, puede profundizarse en Hernández Basualto, Héctor. *Las drogas ilegales en el derecho penal chileno, análisis crítico de dogmática y política criminal*, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica, Santiago, Chile, 1992, pp. 302 y ss.

8 El inciso segundo de la citada disposición, al respecto disponía: “Los tribunales podrán admitir como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, sistemas de reproducción de la imagen y del sonido y, en general, cualquier medio apto y conducente para producir fe”.

- En materia procesal, se impide en este delito la acumulación de autos y se establece la obligación para los tribunales de remitirse recíprocamente los autos de procesamiento y de los fallos que se dictaren en sus respectivas causas (Art. 22);
- Se sustituye la denominación de las sustancias por la denominación más amplia de “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, introduciendo los *sicotrópicos*, quedando su determinación concreta a un Reglamento el Decreto Supremo 67 de Salud de 11 de junio de 1985;
- Se mantiene la distinción de drogas según su nocividad;
- Respecto del consumo personal, se mantiene su atipicidad y el procedimiento previsto en la ley anterior, aunque ahora sólo respecto de las drogas “duras”(Art. 12);
- Se elimina la medida de colaboración con la autoridad;
- Se mantiene el tratamiento penal alternativo para los menores de 18 años pero ahora con carácter general, para todos los delitos (Art.13);
- Se suprime la presunción de autoría en el delito de elaboración y el castigo de la proposición o instigación para elaborar o traficar drogas;
- Morigeró la alteración del *iter criminis*, que queda circunscrito a los delitos de elaboración y tráfico (Art. 10);
- Se faculta la rebaja de penas tratándose de la mera tentativa de dichos delitos (Art. 10);
- Se agrupan las agravantes en un solo artículo, se incorporan otras nuevas y se uniforma su efecto (Art. 21);
- Se mantiene la apreciación de la prueba en conciencia (Art. 20).

5. La ley 19. 366 de 30 de enero de 1995

En el mes de abril de 1992 el Gobierno envió al Congreso Nacional un Proyecto destinado a sustituir la **Ley 18.403**. Después de una intensa tramitación y debate es publicada, entrando a regir finalmente con fecha 30 de enero de 1995.

Esta ley incorpora la mayoría de las materias de la ley anterior, pero introduce importantes modificaciones en materia de tipos penales, herramientas y técnicas investigativas hasta ese momento desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, pero que sin embargo ya estaban contenidos en estatutos internacionales, como la Convención de Viena de 1988.

De esta forma, la Ley 19.366 proporcionó los medios e instrumentos que en su momento se consideraron idóneos para combatir el delito de tráfico de drogas en todas las fases o etapas como figura de emprendimiento, concibiéndose así en su momento, como una legislación moderna, completa e integral.

Entre los objetivos de la misma, el manual de la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, elaborado por el CONACE con ocasión de esta ley, cita los siguientes:

a) Adecuar la legislación a las nuevas formas de comisión de delitos

La Ley 18.403 se mostró ineficaz para perseguir y castigar algunas formas nuevas de aparición de delitos como el lavado de dinero o para investigarlos, siendo necesario recurrir a nuevos instrumentos y técnicas de investigación para impedir su impunidad.

De esta forma, se dio cumplimiento a compromisos adquiridos por nuestro país de carácter internacional, en particular, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, más conocida como la Convención de Viena de 1988.

b) Desincentivar la producción y el tráfico de drogas a través de nuevas figuras penales

Se crean nuevos tipos penales como el ya referido delito de lavado de dinero, el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales para la elaboración de drogas y el suministro a menores de edad de hidrocarburos aromáticos.

c) Otorgar más facultades a los Tribunales del Crimen y a las Policías a través de nuevas herramientas de investigación

Entre estas técnicas, cabe mencionar el agente encubierto, el informante y el cooperador eficaz, la interceptación telefónica y la apertura y registro de documentos privados y la vigilancia de personas, entregas vigiladas, todas inéditas en nuestro país.

d) Dar cumplimiento a los compromisos Internacionales, en especial la ya mencionada Convención de Viena de 1988, aprobada en esa ciudad en la Conferencia de la Sexta Sesión Plenaria, con fecha 19 de diciembre del mismo año, incorporando además, la recomendación de la Comisión Interamericana para el Control de drogas de la Organización de Estados Americanos, CICAD.

En virtud de este compromiso, ratificado por Chile en 1990, se introducen estas nuevas formas penales y técnicas de investigación.

e) Desincentivar el consumo de drogas a través de su penalización como falta cuando se realiza en determinados sitios o lugares

Este tema en particular fue objeto de un intenso debate en el Congreso Nacional donde se esgrimieron argumentos a favor y en contra de la penalización del consumo.

Después de varias sesiones se decidió castigarlo como falta penal, no sólo cuando el consumo se producía en lugares públicos o abiertos al público, como se pretendía por el Ejecutivo, sino además cuando dicho consumo se realizaba en sitios o lugares privados, siempre que hubiere existido concierto para ello, iniciativa que fue propuesta por el Congreso y en definitiva acogida por el Gobierno.

Las sanciones para los consumidores bajo la Ley 19.366 consistieron en multas o asistencia obligatoria a programas de prevención, dándole a éste la posibilidad de un tratamiento y rehabilitación.

5.1. Principales innovaciones de la Ley 19.366

- **Incorpora por primera vez en nuestro ordenamiento el delito de desvío de precursores y sustancias químicas esenciales** (art. 6°).

Su tipificación se hacía indispensable, toda vez de que se estaba produciendo un comercio indebido de los precursores y sustancias químicas esenciales elaboradas por nuestro país, desviándolos desde un uso lícito a la producción y elaboración de drogas ilícitas.

- **Se crea la figura del Suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de dieciocho años de edad** (art. 10°).

Ello como una forma de enfrentar el drama poblacional que se vivió en la década de los 80 del consumo o aspiración de neoprén y otros solventes en las poblaciones de Santiago.

- **Se tipifica el delito de lavado de dinero, una de las mayores innovaciones de la ley 19.366.**

Sobre esta nueva figura, el Mensaje Presidencial señalaba que *“la principal motivación de las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico ilegal de estupefacientes lo constituye el interés económico, la obtención de ganancias. Para desalentar tal propósito, al igual que en la mayoría de las naciones desarrolladas y no pocas naciones americanas, se propone sancionar las conductas que tienen por objeto ocultar o encubrir el origen ilícito de los recursos que genera el tráfico ilegal de estupefacientes”*⁹.

Esta ley estableció un procedimiento preliminar de carácter administrativo, a cargo del Consejo de Defensa del Estado, para investigar los hechos que puedan configurar el delito de lavado tipificado en esa ley en el Art. 12.

En virtud de este procedimiento, correspondía a este órgano recibir las denuncias e informaciones que cualquier persona o entidad pueda proporcionarle

⁹ Mensaje de S.E. el presidente de la República de fecha 2 de abril de 1992, Cuenta en sesión 62, Legislatura 323, en Historia de la Ley 19.366, Biblioteca del Congreso Nacional.

acerca de la perpetración de estos delitos, los que se podía ordenar investigar por los 2/3 de sus Consejeros en ejercicio.

Podía requerir la cooperación, asistencia e informes y antecedentes de las autoridades y funcionarios y empleados de cualquiera de los Servicios de la Administración del Estado que consideraren necesarios para dicha investigación, las que se encontraban obligadas a proporcionárselos.

Además, podía realizar actuaciones en el extranjero dirigidas a indagar y acumular pruebas respecto del origen de los bienes, valores, dineros o utilidades provenientes de delitos de elaboración y tráfico de drogas que se intente introducir y utilizar en el país (Art 16).

Para llevar a cabo esta investigación preliminar al juicio criminal, el Consejo de Defensa del Estado requería la autorización judicial previa de un Ministro de Corte de Apelaciones de Santiago, designado por el Presidente de esa Corte, por sorteo.

Entre las atribuciones que tenía el Consejo de Defensa del Estado, podemos mencionar:

- Impedir la salida del país, hasta por 60 días, de aquellas personas de quienes se sospecha fundadamente que se encuentran vinculadas a alguno de los hechos constitutivos del delito de lavado de dinero.
- Disponer, hasta por 60 días, todas las medidas necesarias para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio de valores, dinero o cualquier clase de bienes provenientes de delitos de elaboración y tráfico de drogas, pudiéndose decretar entre otras medidas, la prohibición de celebrar actos y contratos y su inscripción, retener depósitos de cualquier naturaleza en bancos e instituciones financieras e impedir transacciones de acciones y de bonos.
- Recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios necesarios para la investigación en caso de existir indicios graves que con esta medida podrá descubrirse o comprobarse algún hecho importante para la investigación.
- Requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, pertenecientes a personas naturales o jurídicas o comunidades que sean objeto de la investigación, debiendo los bancos y entidades autorizadas para operar en los mercados financieros, de valores y cambiarios, proporcionarlos en el más breve plazo (Art 16).

Para llevar a cabo estas medidas, previa autorización judicial, el Consejo de Defensa del Estado podía pedir auxilio a la fuerza pública.

Estas investigaciones eran secretas y la difusión de la información se sancionaba penalmente (Art 17).

Concluida la investigación administrativa preliminar, el Consejo de Defensa del Estado resolvía por los 2/3 de sus miembros en ejercicio, si ejercer o no la acción penal ante el juez del crimen o con competencia común respectivo, para que éste conociera del delito.

Si decidía ejercer la acción penal se hacía parte en el proceso, en caso contrario, se archivaban los antecedentes.

- **Se crean por primera vez en nuestra legislación, nuevas técnicas de investigación tales como:**

- a) **Entrega vigilada.** Regulada en el Art. 29, que permitía al juez del Crimen autorizar la circulación dentro o fuera del país de los envíos, paquetes o mercaderías sospechosos de contener drogas, materias primas o sustancias químicas para su elaboración, con el objeto de poder individualizar y aprehender a las personas que participen en la comisión de estos hechos.

- b) **Informante y agente encubierto.** Art. 34 definidos en términos muy similares a hoy en día.

Además, respecto de los informantes se contemplaban una serie de medidas de protección, también muy similares a las consagradas hoy en la Ley 20.000, tales como:

- Podían declarar en un lugar distinto del recinto del tribunal.
- Las declaraciones y antecedentes que proporcionaran tenían el carácter secreto desde que se den o entreguen a la autoridad o funcionarios. Se abría un cuaderno especial con estas gestiones al que sólo tenía acceso el juez respectivo y el tribunal superior.
- En caso que otro juez del crimen que investigue algún hecho delictuoso distinto, requiriera estos antecedentes, estos podían o no ser proporcionados por el titular según le pareciera o no conveniente.
- El juez del crimen podía disponer de inmediato todas las medidas necesarias para la protección de los informantes y sus parientes.
- También se autorizaba el uso de nombres y apellidos distintos de los propios y el otorgamiento de nuevos documentos de identidad.
- Todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dieran lugar estas medidas tenían el carácter de secreto.

- c) **Interceptación de comunicaciones y documentos privados y la vigilancia de personas.** Art. 31.

En atención a la entidad de las garantías vulneradas, debían cumplir con ciertos requisitos:

- La resolución que las decreta, debía ser fundada;
- No podía decretarse por más de 20 días;
- El abuso de esta medida se sancionaba penalmente con la inhabilidad temporal para desempeñar cargos y oficios públicos.

d) Cooperación eficaz. Art 33.

Definida también en términos muy similares a hoy en día, permitía al juez rebajar la pena hasta en dos grados. Las declaraciones y antecedentes que se proporcionaban con tal objeto tenían un carácter secreto y para tal efecto, el juez tenía la obligación de formar un cuaderno separado del expediente, que se mantenía en reserva y al cual sólo tenía acceso el juez de la causa y el tribunal superior.

En materia de circunstancias modificatorias, constituían agravantes las siguientes:

- Si el delito se cometiere valiéndose el procesado de personas exentas de responsabilidad criminal;
- Si el delito se cometiere utilizando la violencia o el engaño;
- Si el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social o sitios donde se realizan espectáculos públicos;
- Si se suministran drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a menores de 18 años o cuando se promueva o facilite su uso o consumo a dichos menores;
- Si el delito se cometiere por funcionarios públicos o aprovechándose éstos de su investidura o de las funciones que desempeñen;
- Si el hechor indujere o facilitare el uso o consumo de estupefacientes o psicotrópicos, o hidrocarburos aromáticos u otras drogas o sustancias capaces de producir dependencia, a personas que se encuentran a su cargo o bajo su cuidado.

En todos estos casos, el aumento de un grado en la pena era obligatorio. Art. 23.

Como **rebajas de grado**, se contemplaban:

- Caso de las sustancias estupefacientes o psicotrópicos que no produzcan graves efectos tóxicos en la persona ni daños considerables a la salud

pública. En este caso el juez se encontraba facultado para rebajar la pena hasta en dos grados (Art. 1° inc.2°).

- Tratándose del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la pena asignada al delito, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, podrá rebajarse en un grado, para lo cual el juez debería considerar la gravedad del hecho y las circunstancias personales del inculpado (Art. 2°).
- Caso de la cooperación eficaz, como ya se refirió, hasta dos grados (Art. 33).
- Se estableció la improcedencia de la reparación celosa del mal causado, por estimarse que se trata de un delito de peligro y no de daño (Art. 32).
- La prueba se apreciaba de acuerdo a las normas de la sana crítica (Art. 36).
- En materia de beneficios de la Ley 18.216, se establecía que no procederían la reclusión nocturna o libertad vigilada respecto de los condenados en esta clase de delitos, a menos que les hubiere sido reconocida la atenuante de cooperación eficaz (Art. 40).
- Finalmente, la remisión condicional procedía de acuerdo a las reglas generales.

5.2. Ley 19.806 que introdujo normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforme procesal penal

El art. 4° de la Ley 19.806, publicada el 31 de mayo de 2002 introdujo una serie de modificaciones a la Ley 19.366 con el objeto de adecuar esta ley al nuevo sistema procesal penal, ello teniendo presente que muchas de sus normas resultaban incompatibles con el nuevo código procesal penal y sus instituciones.

Las principales modificaciones introducidas por esta ley fueron las siguientes:

- En el delito de siembras y cultivos no autorizados de especies vegetales productoras de drogas (Art.2°), se reemplazaron expresiones tales como *inculpado, procesadas y auto de procesamiento*;
- En el tipo penal de suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de dieciocho años (Art.10), se sustituyó la expresión *tribunal* por Ministerio Público;
- En lo que respecta a la destinación de bienes (Art. 25), se eliminó la referencia al antiguo Art. 114 del Código de Procedimiento Penal;

- Respecto al análisis y destrucción de la droga incautada (art. 26), se eliminó también la referencia al art. 472 del mismo cuerpo legal, que regulaba el valor probatorio de los protocolos de análisis de droga;
- En materia de técnicas de investigación (Art. 31) sobre retención, incautación de correspondencia o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, de acuerdo a la modificación, se regirían ahora íntegramente por las normas pertinentes del código procesal penal;
- Se derogan los artículos 36, 37 y 38 que contenían normas incompatibles con el nuevo sistema, como la apreciación de la prueba de acuerdo a la sana crítica, la facultad del Director del Servicio de Salud para hacerse parte en estos procesos y el ejercicio de la acción penal por parte del Consejo de Defensa del Estado;
- Respecto de las faltas, se acentúa el carácter rehabilitador de las normas que regulaban esta conducta en la Ley 19.366, disponiendo al respecto el Art. 41 y siguientes que cuando los autores de las faltas no tengan dominio de sus actos y hubiese riesgo que pueda afectar su integridad física o la de terceros, los agentes policiales podrán conducirlos al recinto hospitalario más cercano para que reciban atención de salud. Además, se autoriza al fiscal para que solicite la suspensión condicional del procedimiento y pueda imponerse como condición la asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días o de tratamiento o rehabilitación, por un período no inferior a ciento ochenta días, en instituciones consideradas idóneas por el Servicio de Salud de la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones respectiva;
- Se derogan también los artículos 43, 44, 47 y 48 por contener todos ellos normas incompatibles con el nuevo ordenamiento procesal penal;
- Como novedad, se incorporaron seis nuevos artículos a continuación del artículo 33 que regulaba la cooperación eficaz, referidos a las medidas de protección de testigos;
- Finalmente, se introdujeron también modificaciones a las técnicas de entrega vigilada, agente encubierto, informantes y a la atenuante de cooperación eficaz, todas ellas destinadas principalmente a adecuarlas al nuevo sistema procesal penal.

6. La Ley 20.000

La Ley 20.000 fue publicada el 16 de febrero de 2005 y en ella se castigan todas las actividades relacionadas con las drogas ilícitas.

Las principales motivaciones de su promulgación se encuentran recogidas en el Mensaje del proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso el 2 de diciembre de 1999, las que podemos resumir en los siguientes puntos:

- Necesidad de adecuar la ley a las exigencias de la realidad nacional y al dinamismo a que se vieron enfrentados jueces y policías en su lucha contra este delito.
- Enfrentar la modificación y adecuación del proceso penal imperante en ese entonces, el cambio de paradigma de un sistema inquisitivo por uno de corte acusatorio, como también la creación de un nuevo actor, como fue el Ministerio Público.
- Robustecer las penas contra los responsables de estos delitos, proponiendo un sistema que las haga aplicables plenamente y en forma proporcional a la magnitud, daño y peligrosidad de los hechos.
- En relación a lo anterior, creación de nuevas figuras penales como la del denominado *microtráfico*.
- Igualmente, se contempla una ampliación del ámbito de aplicación de las técnicas investigativas y su mejor regulación.
- Adoptar mejores medidas para que pueda otorgarse una oportuna y real protección al cooperador, y de otros testigos del proceso penal, con el propósito de contar efectivamente con un elemento de gran trascendencia en la prevención de otros delitos similares y la obtención de pruebas sobre el delito y sus partícipes.

Sus novedades en relación con la Ley 19.366

- **6.1.-** Se introduce la figura del **microtráfico** (Art. 4°).

En esta materia, resulta esclarecedor el Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Ley que sustituye la Ley 19.366, el cual señala que al referirse a las “principales falencias y deficiencias” de la citada ley, la Comisión Especial de Drogas de la H. Cámara de Diputados constituida para el período legislativo 1998-2002 “*luego de analizar con el Ministro del Interior y con representantes del Consejo de Defensa del Estado, de los Tribunales de Justicia y de las policías de Carabineros y de Investigaciones las herramientas que la ley otorga para reprimir el consumo y el tráfico de drogas y el lavado de dinero consignó sobre esta materia las siguientes conclusiones...*”

“la totalidad de los representantes de las instituciones escuchadas estuvo de acuerdo en que una de las principales deficiencias que se han detectado en la aplicación de la ley, dice relación con la rigidez de las penas que establece para los traficantes, lo que conlleva a una saturación de las cárceles del país, por la gran cantidad de personas procesadas y condenadas por traficar pequeñas cantidades de drogas, ya que la ley, en

estos casos, no faculta a los jueces para aplicar penas alternativas de cumplimiento de condenas. No existen penas diferenciadas para los traficantes que son sorprendidos con unos pocos gramos de drogas. En algunos casos, según se dijo, para bajar la penalidad se ha tenido que tratar de configurar alguna atenuante para no aplicar los cinco años y un día, que es la pena mínima establecida por la ley para estos delitos. En resumen, se enfatizó el hecho de que la escala de penas que contempla la ley, que va de cinco años y un día a quince años, es muy rigurosa e inflexible, ya que no da al juez la posibilidad de aplicar una sanción menor atendiendo a las circunstancias del delito y a la cantidad de droga decomisada”¹⁰.

Ahora bien, en cuanto a que debe entenderse por *microtráfico* o pequeña cantidad de droga, esta es una tarea que trasciende los objetivos del presente artículo y que será objeto de estudio y análisis en otra oportunidad.

- **6.2.-** Se suprime la restricción a la **Ley 18.216**. No se aplica a los condenados por la Ley 19.366.

Sobre este tema, el mismo proyecto de ley repuso la procedencia de las medidas alternativas al cumplimiento de la pena contempladas en la Ley 18.216, buscando con ello según el propio Mensaje por una parte, obtener una mayor cantidad de condenas y por la otra, *lograr una significativa descongestión de los recintos penitenciarios, para dar lugar a aquellos condenados que deben cumplir efectivamente penas más altas*¹¹.

Sin embargo, el Art. 62 mantiene una limitante a la concesión de estos beneficios respecto de los condenados por alguno de los delitos previstos en la Ley 19.366, en cuanto no proceden, a menos que les sea reconocida la atenuante de cooperación eficaz. Esta limitante, como sabemos, sólo se aplica respecto de la reclusión nocturna, único beneficio que admite condenas previas.

- **6.3.-** Se suprime la circunstancia de la habitualidad del Art. 12 de la ley (en el **delito de omisión**).
- **6.4.-** Se introducen algunas modificaciones y adecuaciones a la figura del **agente encubierto**, ello teniendo en vista el nuevo sistema procesal penal. Así,
 - Se suprimió la frase “debidamente autorizado por sus superiores”, pues ahora es el Ministerio Público quien lo autoriza.
 - Hoy se señala que es aquel que se involucra o introduce en organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones delictuales, para adecuarla a la nueva agravante del Art. 19 letra a).

¹⁰ Mensaje de S.E. el presidente de la República de fecha 2 de diciembre de 1999, Cuenta en sesión 19, Legislatura 341, en Historia de la Ley 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional.

¹¹ Ob.cit. p. 12.

- Actualmente se refiere a “reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación”. Antes la norma señalaba recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal.
- **6.5.-** Se introduce la figura del **agente revelador**, definido como el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga” (Art. 25 inc. 4°).
- **6.6.-** En las **agravantes específicas**, se suprime la de prevalimiento de la posición de garante (Art. 23 N°6 de la Ley 19.366), y se crea la ya citada agravante de pertenencia a una agrupación de delincuentes (Art. 19 letra a).

En el caso de esta última, tal como sostienen los profesores Politoff, Matus y Ramírez¹², su incorporación en la Ley 20.000 obedeció a una finalidad práctica, esto es, lograr la imposición de mayores penas en el caso de comprobarse la existencia de una asociación de personas que no alcance a cumplir con los exigentes estándares que nuestros tribunales tradicionalmente han exigido al tipo penal de la asociación ilícita.

- **6.7.-** Se equipara la pena de **suministro abusivo de drogas** (Art. 7°) a la figura de tráfico y prescripción indebida.

En efecto, la pena prevista en el antiguo art. 7° de la Ley 19.366 de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 40 a 400 UTM hoy en día se ha elevado a la misma de los delitos de tráfico y prescripción indebida, esto es, presidio mayor en su grado mínimo a medio e igual multa.

- **6.8.-** Se introduce un tipo imprudente de **tráfico de precursores** (Art. 2° inciso 2°).
- **6.9.-** Se elimina la posibilidad de pena de prisión en caso de reincidencia por el **consumo de drogas**.
- **6.10.-** Se incorpora la necesidad de determinar la **pureza** de la droga. (Art. 43).

12 Politoff/Matus/Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 614-615.

LA OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DURANTE EL AÑO 2010 EN TORNO AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL TRÁFICO DE DROGAS

Jorge Muñoz Bravo¹

Resumen

El presente artículo reconstruye en rasgos generales la forma en que ha fallado la jurisprudencia durante el año 2010 en torno a la figura de la asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo N°16 de la Ley de Drogas. Para ello recurre a cinco fallos emitidos durante este período, a saber, la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (ECS) dictada en marzo, las sentencias de los Tribunales de Juicio Oral en Lo Penal (TOP) de San Felipe y Talca, de mayo y julio respectivamente, y las sentencias de los TOP 2° y 6° de Santiago, de diciembre. El análisis será realizado recogiendo sus opiniones en torno a tres aspectos: el bien jurídico protegido, los elementos que dan contenido al tipo penal, y la participación.

PALABRAS CLAVE: TRÁFICO DE DROGAS, ASOCIACIÓN ILÍCITA; JURISPRUDENCIA 2010.

1. El bien jurídico protegido

En relación a la pluriofensiva naturaleza del delito de asociación ilícita, la ECS en la sentencia de reemplazo dictada en marzo del presente año, donde es acogida la pretensión de la Defensa en orden a absolver por el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 22° de la Ley N°19.366 (hoy artículo 16° de la Ley N°20.000), se refiere al tema en el número primero de la siguiente forma:

“1°).– Que a los fundamentos anotados en la resolución que antecede y que ya se han dado por expresamente reproducidos, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, se impone agregar que por último, tampoco se observa la necesaria lesión al bien jurídico protegido por el artículo 22, N°2°, de la Ley N°19.366, en la medida que se considere, como lo hace un sector de la doctrina, que ese objeto jurídico amparado es el propio poder del Estado, en otras palabras, “su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político”, dicho de otra manera “con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella, pues la mera “existencia” de una pluralidad de personas que, de forma

1 Abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

“organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado”. De todo lo cual, es lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada” (José Luis Guzmán Dalbora: “Objeto jurídico y acciones del delito de asociaciones ilícitas”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Número 2 (1998), página 158 y 159); aun cuando se estime que es el “orden público” el objeto protegido en la asociación criminal, siendo el conglomerado social en su conjunto, y no el Estado, el sujeto pasivo del delito, tampoco puede entenderse acreditado el ilícito. “La existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido” (Creus: “Derecho Penal”, parte especial, tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1988, página 106); en esta hipótesis, la pretendida organización no alcanzó los ribetes de trascendencia antes reseñados ni menos puso en peligro la institucionalidad, estabilidad o permanencia estatal” (CORTE SUPREMA, 2010).

La Corte en el numeral citado, considera que, ya sea que se estime que el bien jurídico protegido por la figura es el “poder del Estado”, o que se trate del “orden público”; en el caso concreto no existe “la necesaria lesión” para que se tenga por configurada la conducta típica, ya que el conjunto de actividades desplegadas por los encartados no pudo poner en peligro “la institucionalidad, estabilidad o permanencia estatal”.

Sin embargo, el mismo párrafo citado, realiza un segundo alcance que pareciera relativizar esta exigencia al señalar que “la mera “existencia” de una pluralidad de personas que, de forma “organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado”.

De esta forma, bastaría al ente persecutor probar la existencia de la asociación ilícita para que, dicha lesión quede satisfecha.

Al respecto, y adelantándonos al siguiente numeral, el máximo tribunal declara en su considerando décimo tercero lo siguiente:

“La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal” (CORTE SUPREMA, 2010).

No desarrollaremos el punto, puesto que como hemos dicho, ello será tratado en el numeral siguiente, pero queremos destacar que el máximo tribunal pese a

considerar como necesaria para la configuración del tipo en comento “la lesión del bien jurídico protegido”, remite su prueba a la comprobación de la existencia de estos cuatro elementos.

Por su parte, y siguiendo el desarrollo jurisprudencia en torno al bien jurídico protegido por la figura, el 2° TOP de Santiago, en el considerando noveno del fallo señala:

“sosteniéndose por la doctrina mayoritaria, que el bien jurídico en la especie, resulta ser pluriofensivo, al resultar afectados el orden público, en cuanto a tranquilidad o paz social y aquellos bienes protegidos por los delitos objeto del programa criminal, esto es, en la especie, la salud pública. La permanencia en el tiempo de esta asociación y el desarrollo de su quehacer ilícito, importa una evidente lesión al ordenamiento jurídico establecido por nuestra sociedad para garantizar los bienes jurídicos ya indicados” (2° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Sigue a nuestro juicio el razonamiento ya expresado por el máximo tribunal, en el sentido de que el bien jurídico genérico protegido por la figura, resulta lesionado con la sola existencia de la organización, expresada en su permanencia en el tiempo y su quehacer ilícito.

Respecto del punto, el 6° TOP de Santiago hace la siguiente reflexión en el considerando cuadragésimo segundo de la sentencia de diciembre de 2010:

“Por otro lado, los conceptos tradicionales de asociación ilícita no pueden ser tomados en consideración de manera ortodoxa, pues se encuentran asociados más bien a estructuras orientadas en su origen a enfrentar el poder del estado poniendo en jaque a las instituciones estatales, criterio del cual, nuestro legislador penal se ha desprendido en parte, al tipificar específicamente la figura asociativa destinada al tráfico de estupefacientes en que tales consideraciones no resultan del todo aplicables al no ser el objetivo final de los sujetos activos implicados en su comisión” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

De lo anterior podemos deducir que el tribunal descarta en parte, que una asociación ilícita para el tráfico de drogas cuya actividad esté tipificada por el artículo 16° de la Ley de Drogas, pueda tener como objetivo final enfrentar el poder del Estado, ya que ha sido el mismo legislador quien ha establecido la figura en una ley especial.

Resulta interesante respecto del punto, recordar lo que la historia fidedigna de la ley nos dice al respecto.

Quedó registrado en actas de la discusión del proyecto de ley que incorporó por primera vez esta figura (artículo 8° de la Ley N°17.934 de 1972), que el Ejecutivo buscaba crear una figura específica de asociación ilícita para el delito de tráfico de drogas, ya que a su juicio la figura consagrada en el Código Penal

“está limitada a ciertos objetivos, por lo que es necesario incluirla específicamente en esta materia si se quiere sancionar a las organizaciones de traficantes” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1985).

Más allá del debate en torno a la naturaleza del bien jurídico protegido por esta figura, podemos concluir que si bien nuestra jurisprudencia aborda el tema e incluso el máximo tribunal expresa una necesidad de lesión del mismo, según se desprende de las citas realizadas, dicha lesión es producida con el solo hecho de constituirse la asociación ilícita, por lo que su prueba se remite a la comprobación de la existencia misma de dicha organización, punto que abordaremos a continuación.

2. Los elementos que permiten configurar el delito

Si tenemos como referencia las primeras condenas que se dictaron en la materia en los inicios de la reforma procesal penal en el país, es posible constatar que el número de elementos necesarios para dar contenido al tipo penal de la asociación ilícita para el narcotráfico –siguiendo la forma en que la ECS de refiere al punto– se ha ido reduciendo gradualmente.

En la revisión que realizaremos a continuación, presentaremos su comportamiento durante el año 2010 y lo haremos en la forma en que han sido tratados en las respectivas sentencias, sin hacer una revisión por separado de sus aspectos objetivos y subjetivos, sino que siguiendo el listado de elementos que el tribunal estimó como necesario para configurar el delito, y agregando en el elemento respectivo su faz subjetiva cuando así lo hubiera referido el tribunal.

2.1 Desarrollo

En la sentencia de marzo del presente año, la ECS señaló en el considerando décimo tercero –también citado en el número anterior– que los elementos necesarios para configurar el delito en comento eran: “la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal” (CORTE SUPREMA, 2010).

La enumeración realizada por la ECS será seguida con mínimas diferencias por toda la jurisprudencia posterior durante el año 2010, como podremos apreciar en los párrafos siguientes.

El TOP de San Felipe en junio del presente año, en el considerando vigésimo, considera que el delito en comento se configura con los siguientes elementos:

“Que los hechos precedentemente expuestos fueron calificados por estos jueces como constitutivos del delito de asociación ilícita para el narcotráfico descrito y sancionado en el artículo 16 de la ley 20.000, figura delictiva que sanciona la confabulación encaminada a montar una actividad delictiva por

un sistema de crimen organizado, lo que hace punible esta conducta sólo por constituirse, independiente de la realización efectiva de los delitos para cuya comisión una pluralidad de sujetos se ha concertado formando una agrupación o cuerpo organizado jerárquicamente, con tareas planificadas y distribuidas entre sus miembros, con reglas o directivas acatadas por éstos, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno más delitos contemplados en la Ley de drogas número 20.000”(TOP DE SAN FELIPE, 2010).

Luego resume en cuatro los elementos necesarios:

“(a) Participación concertada de varias personas, elemento que se da en la especie habiendo resultado acreditado que (...) el concierto de los acusados fluye de las distintas funciones, y la comunicación que entre ellos se producía a fin de coordinar estas actividades con el claro propósito de constituir una agrupación tendiente a cometer el delito de tráfico ilícito de estupefacientes en sus distintas modalidades.

(b) Jerarquía que se manifiesta dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento, supuesto que concurre en la especie, pues resultó acreditado que la agrupación era liderada por A.C.C., quien realizaba los contactos para adquirir la droga y entregaba ésta a los siguientes eslabones de la distribución de la droga, (...), quienes ejecutaban labores de recopilación, recaudación de dinero y traslado de la droga desde el norte hasta el centro del país, donde E.C.C. y J.M.M., miembros del grupo, recibían la droga para su venta y distribución.

(c) Permanencia en el tiempo, en cuanto se pudo determinar por la Policía de Investigaciones que los encartados formaban parte de este grupo durante el año 2008, desplegando desde el inicio de la investigación hasta su detención actividades destinadas al tráfico de droga, constituidas por múltiples hechos delictuosos tendientes a obtener ese fin.

(d) Misma finalidad ilícita, habiendo resultado acreditado que todos los encartados poseían un dolo común, reflejado en las múltiples acciones ejecutivas desplegadas por éstos en el lapso investigado, distribución de roles que tuvo por objeto el tráfico de pasta base de cocaína proveniente del norte del país hacia la zona central, en especial a las ciudades de San Felipe, y Santiago” (TOP DE SAN FELIPE, 2010).

Podemos apreciar en la cita realizada, que el TOP de San Felipe hace una enumeración muy similar a la ECS, pudiendo constatarse que en su aplicación al caso concreto, el tribunal alude en los elementos de concertación y finalidad, tanto a aspectos objetivos como subjetivos.

Es así como al referirse el tribunal al elemento de concertación, ella es entendida como la existencia de un propósito común entre los encartados, de constituir una organización para el tráfico ilícito de sustancias prohibidas.

Algo similar sucede respecto del último de los elementos mencionados por el tribunal, la finalidad, la que identifica con la existencia de un “dolo común”, respecto del cual el tribunal cita a Mario Patricio Ruiz Zurita, en su libro “El delito de Asociación ilícita”, Ediar Editores Ltda, año 2009, página 121, de la siguiente manera:

“El delito prevé la integración de dos o más personas en el cometimiento de los hechos. A la par de la permanencia y del acuerdo de voluntades tendiente a la ejecución de planes para cometer delitos determinados, resulta importante analizar el grado de pertenencia que tienen hacia la sociedad criminal todos y cada uno de sus miembros. Ello no exige por sí una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado; o sea coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos”. Afirmando que formar parte de la asociación ilícita significa “estar en el concierto delictivo, a partir de su formación o en cualquier momento ulterior. La participación como coasociado presupone la conciencia del objeto del pacto y la voluntad de ligarse con él” (TOP DE SAN FELIPE, 2010).

De esta forma el TOP de San Felipe coincide con lo señalado por la ECS, en torno a los cuatro elementos ya mencionados, agregando que el dolo de la figura se materializa en la existencia de un propósito común de constituir una organización, existiendo por lo tanto un concierto delictivo y una coincidencia en la finalidad ilícita de cometer delitos de la Ley de Drogas.

Por su parte el TOP de Talca, en el considerando décimo quinto de la sentencia en comento, podemos apreciar que continúa en una línea similar a la seguida por el máximo tribunal y el TOP de San Felipe:

“De este modo, podemos concluir que lo que sanciona el precepto en comento es la organización de dos o más personas, con estructura y mandos, cuyas voluntades convergen para constituirla, con cierta permanencia en el tiempo y con el propósito de cometer uno o más de los delitos que contempla la Ley N°20.000” (TOP DE TALCA, 2010).

Luego indica en su considerando décimo sexto:

“En efecto, los agentes formaban parte de una organización que tenía una estructura funcional y jerárquica, con cierta permanencia en el tiempo, cuya finalidad era cometer uno o más de los delitos que contempla la ley N°20.000; en la que uno de los acusados ejercía el mando e impartía instrucciones, que el otro enjuiciado cumplía y coordinaba con los demás miembros; todos los cuales se sentían partícipes de dicha organización, tenían conciencia de su existencia como tal; además, conocían y procuraban el cumplimiento de los objetivos ilícitos, mediante distribución de funciones, las que eran dirigidas por quien ejercía el mando” (TOP DE TALCA, 2010).

Podemos identificar en la cita, los cuatro elementos mencionados por la ECS y el TOP de San Felipe, a saber, jerarquía y funciones, concertación, permanencia en el tiempo y finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas, agregando el TOP de Talca en relación a la faz subjetiva del tipo que todos tenían conciencia de la existencia de esta organización criminal, se sentían partícipes de ella y compartían su finalidad.

Por su parte, el 2° TOP de Santiago en el noveno considerando de la sentencia analizada, se refiere así a los elementos necesarios para tener por configurado el delito:

“para que exista el delito de asociación ilícita los hechos deben corresponderse con los requisitos que han dado tanto jurisprudencia como la doctrina es decir, la presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, con una división de funciones, con permanencia en el tiempo y un objeto determinado. En otros términos, la asociación debe estar constituida por dos o más personas cuyas voluntades convergen para constituir un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que se deben acatar y hacer cumplir disciplinadamente, incluso con sigilo, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer delitos” (2° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Distinguimos en el párrafo citado los elementos de convergencia de voluntades, jerarquía, permanencia y finalidad.

En el siguiente párrafo del considerando décimo, el tribunal profundiza sobre la convergencia de voluntades e incluye en su análisis la posibilidad de existir dolo eventual:

“De esta manera el acuerdo de voluntades debe ser auténtico, aunque no requiere ser expresado verbalmente y con precisión, sino que se admite el acuerdo explícito y el implícito, derivado de actos concluyentes ejecutados en ese sentido, como ofrecer comprar las cosas que permitan desarrollar una actividad ilícita y facilitar los medios para ello, aún cuando la situación de acuerdo se efectúe con dolo eventual, esto es, que consista en la simple aceptación de la comisión del hecho al que se concurre” (2° TOP DE TALCA, 2010).

La sentencia dictada en diciembre del año 2010 contra la organización liderada por A.C. por el 6° TOP de Santiago², consigna en el considerando cuatragésimo segundo, los elementos que habrá que considerar para tener por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas:

“A partir de estos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios y recogiendo además las características ambientales dentro de las cuales se desarrollan normalmente las actividades de estos grupos orientados, como en el caso que nos

2 Se trata de sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que a la fecha de redacción de este artículo, aún no se encuentra firme y ejecutoriada.

convoca, al tráfico de estupefacientes, dentro de unidades territoriales limitadas como villas o poblaciones y básicamente enfocadas a consumidores finales o traficantes más pequeños, es que en resumen, estimamos concurrentes como criterios de base para establecer la existencia de la figura penal analizada los siguientes:

1°) un centro de poder que asigna tareas, se reserva la toma de decisiones y maneja y centraliza la información sensible para el funcionamiento de la organización;

2°) un grupo de sujetos que cumple las funciones y tareas asignadas por el núcleo decisor;

3°) una relativa estabilidad en el tiempo;

4°) el fin de ejecutar delitos de la Ley de Drogas y obtención de lucro” (6° TOP DE SANTIAGO).

Podemos apreciar que a diferencia del resto de la jurisprudencia del año 2010, el 6° TOP de Santiago no incluye entre los elementos concurrentes para la configuración del tipo la “convergencia de voluntades”.

En relación a los aspectos subjetivos del tipo penal en comento, estos son abordados a propósito de uno de los puntos alegados por la Defensa:

“CUADRAGESIMOCUARTO: Que, sin perjuicio de los elementos objetivos mencionados en el considerando precedente, algunas de las defensas han hecho referencia a un elemento que resulta de especial relevancia para establecer la participación de un individuo en este tipo penal cual es, el sentido de pertenencia a la asociación ilícita. Y es que en el ámbito de lo puramente subjetivo, el dolo en este tipo penal está dado por la conciencia de pertenecer, de ser parte de un grupo, sumado al conocimiento de la ilicitud de las actividades de esa agrupación y la voluntad de actuar en pro de la concreción del plan delictivo de la organización al cual se adhieren expresa o tácitamente a través de su comportamiento. Es del caso tener presente que a criterio de estos juzgadores el alcance de este conocimiento no abarca necesariamente el identificar a todos y cada uno de los miembros del colectivo, ni los roles que cada uno de ellos cumple en la estructura, incluso podría darse que no mantuvieran contacto alguno entre ellos, pese a lo cual saben que forman parte de ella. Y es este uno de los elementos que por excelencia se verá acreditado a través de la interpretación de comportamientos o conductas de los agentes a partir del tamiz de las máximas de la experiencia o en base a la observación de la conducta del hombre medio” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

A continuación, y a partir de la determinación de la participación de dos de los acusados, el tribunal vuelve a referirse al tema resultando interesante el tipo

de actitudes y acciones que toma como base para inferir la existencia de estos elementos subjetivos:

“En este sentido la reflexión formulada por la defensa de F.O. en cuanto a la ausencia de un sentido de pertenencia y de que éste no se sujetaba a ninguna “férrea disciplina” de la supuesta organización, no resulta atendible, pues aún cuando pudiese desprenderse una cierta actitud de descuido o desidia de parte de O. en el cumplimiento de sus obligaciones para con su jefe A.C., ello no fue óbice como para que se observara que A.C. lo sigue llamando y le llama permanentemente la atención por sus retrasos, lo que denota que a pesar de todo sigue trabajado para él (...) En el caso particular de los acusados A.M. y D.S., el sentido de pertenencia al colectivo no está dado por la ejecución de actos típicamente propios del “giro” o de la “agenda delictiva” de la asociación, sino por la ejecución de actos de favorecimiento de la actividad de aquélla, cada uno dentro de la esfera de sus competencias, tendiendo a pasar inadvertidas por desarrollarse en el ámbito de lo legalmente aceptado, como lo es la actividad mercantil o de la abogacía. (...) en otras palabras esta clase de partícipe advierte la idoneidad de su aporte en la producción del resultado delictivo” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Por lo tanto, podemos decir que el tribunal en el párrafo citado, deduce la existencia del dolo de dos acciones: la jerarquía (primer elemento), expresada en el acatamiento de normas y en la colaboración a la finalidad delictiva (cuarto elemento), esto es la comisión de delitos sancionados por la Ley de Drogas, ambos aspectos incluidos en los propuestos mencionados en el considerando cuadragésimo tercero.

A continuación, el tribunal hace un ejercicio inverso y descarta la participación de dos de los acusados por la ausencia de dolo, aplicación que también nos ayuda a comprender mejor el concepto de dolo que aplica el tribunal:

“En el caso de estas encausadas si bien algunas de las acciones precedentemente descritas fueron acreditadas, éstas sólo derivaron de su condición de familiares del principal ejecutor de los delitos de tráfico, H.M.D. y del hecho de vivir en el inmueble de María Auxiliadora XXX en un momento determinado, motivo por el cual se vieron inmersas en las actividades de M.D., pero más bien de manera circunstancial a consecuencia del vínculo que las une con dicha persona. Es por lo mismo, que no se puede considerar que concurra a sus respectos el elemento subjetivo propio de este delito, cual es el sentido de pertenencia a la agrupación delictiva, por lo que no el tipo penal. En otras palabras, si bien quedó acreditado en autos que las acusadas incurrieron en conductas de tráfico, por la cuales resultaron condenadas en definitiva y que en tales acciones se vio involucrado H.M.D. al ser el dueño de las sustancias incautadas en poder de aquella, no se acreditó que R.L. y N.M. hubiesen obrado en el marco del programa delictivo de una estructura jerárquicamente organizada, con reglas y

códigos de comportamiento a los cuales ajustarse en pro de la concreción del objetivo del cuerpo colectivo”(6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

2.2 Conclusión.

Durante el presente año es posible constatar, respecto de los elementos que la jurisprudencia considera como necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, un relativo consenso encausado por lo señalado por la Corte Suprema en marzo, en torno a considerar como tales: primero, la convergencia de voluntades; segundo la existencia de una jerarquía y asignación de funciones; tercero, una relativa estabilidad en el tiempo y cuarto y último, la finalidad de cometer delitos materia de la Ley de Drogas.

Si bien podemos apreciar que no existe un tratamiento uniforme respecto del concepto de la faz subjetiva del tipo, es posible concluir que ella se resume en la conciencia de existir como organización, un sentido de pertenencia a la misma y el consentimiento en su plan delictivo, sin perjuicio de hacer las debidas diferencias cuando se trata del número 1° o 2° del artículo 16°.

Sin perjuicio de lo anterior y sin dejar de participar en la tendencia general por reducir los elementos necesarios para configurar el delito en comento, podemos advertir que el 6° TOP de Santiago da por configurado el delito en función de la existencia de una jerarquía o centro de poder, de una distribución de funciones, estabilidad temporal y una finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas, excluyendo el elemento convergencia de voluntades.

Sigue en este sentido, como veremos en las conclusiones finales de este artículo, la concepción original del legislador cuando estableció la figura genérica de la asociación ilícita en el proyecto del Código Penal.

3. La participación

Abordaremos este aspecto de la figura en comento, en el análisis de la discusión realizada en torno al N°2 del tipo penal del artículo 16°, puesto que creemos que es sobre este punto donde se concentró la discusión jurisprudencial en torno al tema durante el año 2010, sin perjuicio de entender que la participación en general es un punto muy discutido por la doctrina y la jurisprudencia en el delito en comento, donde por ejemplo, Claus Roxin ha realizado un significativo aporte a la comprensión de la participación de quienes el autor denomina como “los hombres de atrás en los delitos de aparatos organizados de poder”, con el desarrollo de la teoría del dominio de la organización.

Las citas que realizaremos a continuación tienen relación con los problemas en la determinación de la participación de quienes poseen respecto de la organización criminal, una posición más bien periférica quienes incluso se valen de

cierta calidad jurídica para disfrazar su participación, problemática que alguna doctrina ha denominado como “ignorancia deliberada”.

3.1 Desarrollo

Citaremos en primer lugar lo señalado por la ECS en su sentencia de marzo del año 2010, donde en su considerando décimo se refiere en general al tema:

“DÉCIMO: Que la ilicitud de la organización criminal es un injusto autónomo, independiente del propio de los delitos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella, lesionando la seguridad general y la paz pública, por lo que la conducta a sancionar del miembro activo de la asociación debe apreciarse en su dimensión de conducta funcional al referido ilícito, es decir, si partiendo de la organización criminal como sujeto–sistema que lesiona objetos de protección del derecho penal como la paz y la seguridad pública, es posible fundamentar convincentemente la atribución de responsabilidad penal por dicha lesión a cualquier persona que realice una conducta funcional a aquel método” (CORTE SUPREMA, 2010).

La cita del máximo tribunal, propone a nuestro juicio un enfoque de la organización criminal, como un sistema compuesto por varios sujetos, cuyas relaciones entre sí son funcionales a su plan delictivo. Desde este punto de vista, la participación y en definitiva la responsabilidad penal que le cabe en la misma a cada sujeto, podrá ser determinada en función de la conducta desplegada y de la funcionalidad que ella posee para llevar a cabo la finalidad delictiva de la organización.

Al respecto el TOP de San Felipe, citando a Ruiz Zurita (2009) agrega en el considerando vigésimo de su sentencia de junio, elementos subjetivos a lo expresado por la ECS:

“El autor, Mario Patricio Ruiz Zurita, en su libro “El delito de Asociación ilícita”, Ediar Editores Ltda, año 2009, página 121, señala que (...) formar parte de la asociación ilícita significa “estar en el concierto delictivo, a partir de su formación o en cualquier momento ulterior. La participación como coasociado presupone la conciencia del objeto del pacto y la voluntad de ligarse con él. El hecho de formar parte de la asociación, constituye un delito por sí mismo. La persona es punible por el sólo hecho de ser miembro de aquella, independientemente de que, llevándose a ejecución el pacto, se consumen o se intenten los delitos que constituyen su objeto”(TOP DE SAN FELIPE, 2010).

Es dable recordar que la figura del artículo 16° considera dos formas típicas de participación. El número 1°, para aquellos que financien de cualquier forma, ejerzan mando o dirección, o planifiquen el o los delitos que se propongan, y el número 2°, para quienes suministren vehículos, armas, municiones, instru-

mentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

A continuación destacaremos dos casos que ilustran el punto en cuestión: el primero abordado por el TOP de Talca; y el segundo, por el 6° TOP de Santiago.

El primer caso, se refiere a la situación de la acusada S.R., que conociendo de la existencia de la organización, del origen ilícito del dinero, acepta colaborar en una posible guarda de dinero, situación de la que luego rinde cuenta a otro de los encartados y miembro de la organización.

El segundo caso, trata del acusado D.S., el que poseyendo un negocio establecido legalmente para la venta de armas, proporciona de dichos elementos a la organización criminal bajo la cobertura formal del giro de su negocio, consciente de la existencia de la organización y de que ello contribuiría al plan delictivo de la misma.

Al respecto el TOP de Talca, en su considerando décimo sexto y décimo séptimo, discriminan sobre la participación de los encartados –incluyendo a la referida acusada– de la siguiente manera:

“DECIMOSEXTO: (...) Por su parte, la acusada S.R., colaboró en la recepción de algunos pagos y rindió cuenta de ello a P.L., consciente de su procedencia y existencia de la referida organización, haciendo, de este modo, más expedita la ejecución del hecho(...).

DECIMOSEPTIMO: Que conforme a lo razonado en el motivo anterior, la actuación que ha correspondido en dicho ilícito a P.L., se encuadra en el N°1 del artículo 16 de la Ley N°20.000, y se califica como autoría, en los términos previstos en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Mientras que la intervención de S.B. y S.R., se enmarca en la hipótesis del N°2 del citado artículo 16 de la Ley N°20.000; en el primer caso, como autor ejecutor, según lo establecido en el artículo 15 N°1 del Código Punitivo; y en el segundo, en calidad de cómplice del mismo, acorde con lo estatuido en el artículo 16 del citado Código” (TOP DE TALCA, 2010).

De acuerdo a lo expuesto, el tribunal pese a estimar que S.R. colabora con la organización, tiene conciencia de la existencia de la misma y de la procedencia de los dineros, resuelve condenarla como cómplice.

El 6° TOP de Santiago, en el considerando cuadragésimo tercero de la sentencia declara:

“De estas llamadas podemos desprender claramente que D.S. efectivamente provee de armas A.C.; que, afloran dudas respecto a la transparencia de los procedimientos de adquisición de las armas atendidas las palabras que emplea

S. tales como “cahuín” o “hacer como que los compraron 0 km” o bajar claramente la voz cuando le ofrece un fusil AK-47. Asimismo, llama la atención que el señor S. le diga a A.C. que hay cosas que no puede hablar por el teléfono sino sólo por celular, lo que tal como refiere el testigo C., induce a pensar en un deseo de proteger el contenido de las comunicaciones, lo que aporta otro indicio probado de que S. sabía de las actividades ilegales de C. Cabe agregar que existen llamadas que dan cuenta de que S. mantenía contacto con otros sujetos relacionados con actividades ilícitas como K.B., D.G. o un tal “Chocolo” respecto del cual manifestó al Tribunal no conocer, sin embargo, del tono de la conversación 1169 con A.C. impresiona como que si lo identifica perfectamente” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

En el cuadragésimo noveno considerando el tribunal concluye respecto de las funciones del acusado:

“En cuanto a D.A.S.O., este colabora al cumplimiento de los fines de la organización criminal, aportando las armas que ésta requiere para brindarse protección revistiendo de legitimidad la adquisición de las armas de A.C. y C.T.” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Y luego resuelve:

“CUADRAGESIMO SEXTO: Con respecto a (...) D.A.S.O. (...), los hechos acreditados se encuadran en el delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO del artículo 16 N°2 de la Ley N°20.000, en relación a los artículos 3° y 1° de la misma” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

El tribunal resuelve en definitiva, condenar al acusado como autor del delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, previsto y sancionado en el N°2 del artículo 16°.

Conclusiones

Respecto del bien jurídico protegido por la figura del artículo 16° de la Ley de Drogas, existe en parte de la jurisprudencia del año 2010, la inclinación a considerar como tal –junto al bien jurídico específico, salud pública- el poder del Estado o el orden público, y la necesidad de su lesión como condición para la configuración del delito en comento. Ello sin embargo, no produce en la práctica un aumento del baremo probatorio de la figura, puesto que dicha lesión es vista como consecuencia de la sola existencia de la organización criminal, la cual habrá de probarse con la concurrencia de una convergencia de voluntades, jerarquía y distribución de funciones, estabilidad temporal y finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas, elementos que son señalados por el máximo tribunal en su sentencia de marzo, y que serán el marco de referencia que asumirá en adelante la jurisprudencia durante todo el año 2010.

En relación a la participación, podemos constatar que no existe un comportamiento uniforme en la jurisprudencia analizada, especialmente en aquellos casos que podríamos encuadrar en el número 2° del artículo 16°, y que dicen relación específicamente con quienes prestan ayuda a la organización, poseyendo en los casos analizados conocimiento de la existencia de la misma y conciencia de que su acción contribuye a la realización del plan delictivo de la asociación. De acuerdo a lo resuelto por el tribunal ello constituiría complicidad para el TOP de Talca, y autoría para el 6° TOP de Santiago.

Hemos dejado intencionalmente para el final de estas conclusiones, el comportamiento jurisprudencial en torno a los elementos necesarios para dar por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, puesto que nos parece que pudiera resultar interesante el referirnos brevemente al modelo que subyace en el análisis de una organización en función de sus elementos internos y a su posible revisión.

Lo primero que podemos advertir respecto del comportamiento de la jurisprudencia durante el año 2010 en torno a los elementos necesarios para dar por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, es la continuidad de una marcada tendencia a disminuir dichos elementos.

Al respecto podemos distinguir al menos tres respuestas posibles para explicar esta tendencia:

La primera, interpreta esta tendencia jurisprudencial, como un gradual retorno a la visión que originalmente inspiró a nuestro legislador y que podemos ver plasmada en la siguiente cita de la Sesión 157°, durante la discusión del proyecto de Código Penal:

“pidió el señor Gandarillas que se suprimiera la palabra “partida” con que termina el artículo 292°, que decía: “Por el solo hecho de organizarse la partida”, porque la finalidad de la disposición es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las penas asignadas en el Libro I. No basta, por consiguiente, que se forme una partida de criminales, para que tenga aplicación este artículo; es necesario, además, que esa partida constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias. La Comisión aceptó estas consideraciones, acordando suprimir la palabra en cuestión” (VERDUGO, 1986).

Podemos distinguir en la cita la alusión al concurso de cuatro elementos: existencia de una jerarquía, reglas de funcionamiento (idea muy cercana a la actual “definición de funciones”), estabilidad en el tiempo y finalidad de cometer ilícitos, donde podemos apreciar una notoria similitud con el planteamiento del 6° TOP de Santiago.

Una segunda respuesta, interpreta esta reducción como un gradual abandono de aquellas concepciones que equiparan la asociación ilícita para el tráfico de drogas con una organización de corte mafioso o terrorista, tendencia que cede en favor de aceptar una visión de la organización criminal más cercana a nuestra realidad nacional.

En este sentido se pronuncia el 6° TOP de Santiago en el siguiente párrafo correspondiente al considerando cuadragésimo segundo:

“Conceptos como los de una “férrea disciplina”, “estructura jerarquizada en términos estrictos”, “compartimentación de tareas” o “corrupción de funcionarios públicos” introducidos por alguna jurisprudencia que a su vez los recoge de la doctrina, nos parecen elementos que se ven morigerados a la luz de la realidad en la que se desarrollan estas unidades a lo menos en nuestro país, los que por cierto podrían ser considerados como plenamente vigentes en los casos de estructuras de mayor entidad o envergadura vinculadas más bien a la actividad “mafiosa” más cercana a la realidad internacional. En este sentido, estas últimas características deben ser vistas y analizadas con mayor flexibilidad o laxitud a la hora de emitir un pronunciamiento judicial al nivel que nos atañe al existir una mayor cercanía personal entre los asociados, muchas veces a nivel familiar y doméstico. Por otro lado, los conceptos tradicionales de asociación ilícita no pueden ser tomados en consideración de manera ortodoxa, pues se encuentran asociados más bien a estructuras orientadas en su origen a enfrentar el poder del Estado poniendo en jaque a las instituciones estatales, criterio del cual, nuestro el legislador penal se ha desprendido en parte, al tipificar específicamente la figura asociativa destinada al tráfico de estupefacientes en que tales consideraciones no resultan del todo aplicables al no ser el objetivo final de los sujetos activos implicados en su comisión” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Y una tercera y última opción, que sostiene a título personal quien suscribe el presente artículo, interpreta esta gradual reducción de los elementos necesarios para dar contenido al tipo, como el reflejo de un agotamiento en la forma de analizar una organización a través de sus elementos internos, modelo por cierto ya desechado en el desarrollo teórico en torno a las organizaciones humanas (ESPINOZA, 2010).

Un enfoque más actualizado, supone una mirada que excede la simple enumeración de sus elementos internos para describir la identidad de una organización. En este sentido, quien suscribe cree que un enfoque sistémico –por ejemplo– podría adecuarse mucho mejor como herramienta de análisis.

La idea de una organización criminal como un sistema, importa la necesaria conclusión de que una asociación ilícita puede contener esos elementos u otros, pero su identidad radicaré en las relaciones que establecen sus partes en función de la finalidad (MATURANA Y VARELA, 1996), que en este caso es la de cometer delitos de la Ley de Drogas.

Dicho de otra manera, puede haber un centro de poder, pero también puede haber otra forma de tomar las decisiones; puede haber distribución de funciones, pero también pueden ser compartidas, difusas o variar dinámicamente en el tiempo; puede existir estabilidad temporal, pero ella puede ser interrumpida cuantas veces la organización lo requiera; pero lo que debe existir siempre es un sistema que conformado por distintos individuos, se organiza y establece relaciones entre sí acordes a su fin delictivo, por todo el tiempo que ellos o las circunstancias lo definan.

En este sentido, Maturana y Valera (1996), van más allá en la descripción de las organizaciones, y desarrollan el concepto de “autopoiesis”, que es la característica que alcanzan algunas organizaciones humanas consistentes en ser capaces de suprimir algunos de sus elementos internos, con el fin de lograr una mejor adaptación frente al medio y sin perder su identidad.

Este es una conducta que hemos visto reiterada en el devenir de muchas de las organizaciones investigadas, donde la supresión de funciones, de integrantes, incluso de jefaturas, es implementada sin mayor dilación con el fin de permanecer en el tiempo y de seguir ejecutando su plan delictivo.

Un ejemplo paradigmático en este sentido, lo constituye la organización liderada por A.S. y condenada por el 2° TOP de Santiago, la cual estaba integrada por sólo cuatro sujetos, y donde las jefaturas intermedias y el reparto de funciones, fueron varias veces alteradas en función de la subsistencia de la organización y de la realización de su plan delictivo.

Desde este particular punto de vista, nuestros tribunales no podrían esperar siempre la existencia de una jerarquía o de una distribución de funciones en la organización delictiva, sin embargo tampoco podrían desconocer que la existencia de un sistema construido por un conjunto de sujetos, y caracterizado por el establecimiento de una red de relaciones funcionales al fin de traficar, no podría ser otra cosa que una asociación ilícita para el narcotráfico (ZUÑIGA, 2010).

Referencias Bibliográficas

- CORTE SUPREMA. Sentencia Rol N°7712-08, de 15 de marzo de 2010.
- TOP DE SAN FELIPE. Sentencia RUC: 0800989323-8, RIT: 4-2010, de 5 de febrero de 2010.
- TOP DE TALCA. Sentencia RUC: 0700910245-5, RIT: 87-2009, de 1 de julio de 2010.
- 2° TOP DE SANTIAGO. Sentencia RUC: 0700818345-1, RIT: 139-2010, de 2 de diciembre de 2010.

6° TOP DE SANTIAGO. Sentencia RUC: 0700500869-1, RIT 236-2010, de 11 de diciembre de 2010.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°17.934. Diario de sesiones del Senado, 3 de Abril de 1973, p. 3306.

VERDUGO, Mario. Código Penal. Concordancias. Antecedentes históricos. Doctrina. Jurisprudencia. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica, 1986. Tomo II. p. 683 y ss.

MATURANA, Humberto. y VARELA, Francisco. Los fenómenos sociales. En su: El Árbol del Conocimiento. 13ª ed. Santiago, Editorial Universitaria, 1996. pp. 121-135.

ESPINOZA, Heisbell. Teoría de la contingencia. <http://www.monografias.com/usuario/perfiles/Heisbell_espinoza> [Consulta: 6 de diciembre de 2010].

ZUÑIGA, Laura. Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de “participación en organización criminal”. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_52.pdf [Consulta: 21 de enero 2010].

DELITO DE ELABORACIÓN ILEGAL DE DROGAS

Lorena Rebolledo Latorre¹

Resumen

Este artículo pretende mostrar la descripción típica del delito de elaboración ilegal de drogas, su faz objetiva y la autorización competente, como elemento negativo del tipo. Asimismo, revisaremos la faz subjetiva de esta figura penal, su objeto material, penalidad, y el análisis de una sentencia condenatoria, por los delitos de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.000 y de tenencia de elementos comúnmente destinados a la preparación de drogas, productoras de dependencia física o síquica, sin la debida autorización, descrito en el artículo 1° inciso final del mismo cuerpo legal.

1. Tipo objetivo

1.1. Artículo primero, inciso 1°

El inciso 1° del artículo 1° de la Ley N°20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas castiga a “los que *elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan* sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas”.

Si nos remontamos a la anterior Ley de Drogas N°19.366² y aún más, a su precedente, N°18.403³, podemos verificar que los verbos rectores alternativos son los mismos. Al respecto, concordamos con lo dicho por Politoff, Matus y Ramírez en el sentido de poder reducirse la descripción típica al primero de los verbos empleados “elaborar”, sin que por esta razón se altere su sentido⁴.

Por “elaborar” entendemos “todas las operaciones realizadas sobre una materia prima para obtener, normalmente a través de procesos químicos, drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o bien sobre estas últimas para obtener productos más diferenciados⁵”.

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de enero de 1995.
- 3 Publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de marzo de 1985.
- 4 Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile. 2005, p. 602.
- 5 Hernández Basualto, Héctor. *Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno, Análisis Crítico de Dogmática y Política Criminal*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, Chile, 1992, p. 236.

Nos queremos detener en la última parte de la definición entregada “o bien sobre estas últimas (drogas) para obtener productos más diferenciados”. Es común encontrar en la prensa artículos que se refieren al hallazgo o la desarticulación de laboratorios clandestinos de elaboración de sustancias estupefacientes. Señalan por ejemplo, que en el sitio del suceso se han encontrado insumos químicos y/o elementos⁶ destinados a la adulteración o aumento⁷ de la cocaína base; o que mediante procesos químicos se realizaba purificación de pasta base, para lograr su transformación en clorhidrato de cocaína. En otros casos también la información periodística se refiere al descubrimiento de “laboratorios” de cultivo y secado de marihuana, en los que se han incautado: focos de alógenos, ventiladores, termómetros, extractores de aire, tijeras de podar, maceteros con plantas, y cannabis en proceso de secado.

Sin perjuicio que la información entregada en el acápite anterior apunta claramente a la realización de actividades dirigidas a la elaboración o producción de drogas -según la definición que hemos analizado, estimamos que es necesario aclarar que en Chile no hemos encontrado laboratorios que se enmarquen dentro de la primera parte del concepto que se empleó anteriormente para la elaboración, es decir “todas las operaciones realizadas sobre una materia prima para obtener, normalmente a través de procesos químicos, drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, como es el caso por ejemplo de México, país productor de metanfetaminas, o el caso de nuestros vecinos limítrofes: Perú y Bolivia, dos grandes productores de cocaína en el mundo.

Adicionalmente, es necesario recalcar que no debemos confundir la obtención de materias primas, a través de la acción de cultivo de especies vegetales, con la de elaborar drogas. Es así como el artículo 8° de la Ley N°20.000 prescribe “El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”.

1.2. Artículo primero, inciso final

El inciso final del artículo 1° de la Ley de Drogas establece que “Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores”.

6 Las sustancias químicas que se han hallado en este tipo de lugares son: ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, acetona, bicarbonato de sodio, hipoclorito de sodio, alcohol metílico, amoníaco y soda cáustica. Y, los elementos o instrumentos encontrados, ya sea para aumentar o adulterar una droga, o para transformar la misma son por ejemplo, bidones o envases plásticos contenedores de químicos, cocinillas, prensas, guantes quirúrgicos, etc.

7 Al “aumento o adulteración” de la droga, se le llama también “cortar” o “estirar” la misma. Por ejemplo, en el caso de la cocaína se utiliza lidocaína, lactosa, almidón, talco, etc.

La norma castiga la conducta de la simple posesión de los elementos, instrumentos ordinariamente destinados a la producción de drogas en forma ilícita.

La antecesora Ley de Drogas N°19.366 contemplaba la expresión “*Se presumirán autores del delito* sancionado en este artículo”. Esta redacción fue reemplazada en la actual Ley de Drogas por “*Incurren también en este delito*”.

La doctrina nacional ha estimado que la intención del legislador al establecer esta modificación fue la de adecuar el estilo de la redacción al nuevo sistema procesal penal, “pues tanto si se afirma que “se presume” (legalmente) la comisión de un delito como que se “incurre” en él en determinadas circunstancias que no son las de su descripción típica, habremos de concluir que una prueba contraria permitirá desvirtuar la “presunción” de que se haya “incurrido” en tal delito”⁸.

La aludida posición se comparte, pues dicha presunción nunca significó que el órgano encargado de dirigir la investigación, pudiera prescindir de acreditar los elementos que configuran el tipo penal en comento.

Así también se ha considerado que con esta modificación se eliminó la presunción de responsabilidad que contemplaba la Ley N°19.366, creándose por consiguiente una nueva figura penal: “la tenencia de elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas”.

2. Autorización competente

La norma en comento exige además que las conductas descritas sean ejecutadas –sin la debida autorización– lo que constituye un elemento negativo del tipo.

En Chile, la autorización para elaborar una droga debe ser otorgada por el Instituto de Salud Pública. Deberemos entonces dar revista a los Reglamentos de Estupefacientes N°404 y de Sicotrópicos N°405⁹, pues son éstos los que regulan dicha autorización.

El inciso 1° del artículo 4° del Reglamento de Estupefacientes dispone:

*“Corresponderá al Instituto de Salud Pública de Chile el control de la importación, exportación, tránsito, extracción, producción, fabricación, fraccionamiento y distribución de los productos estupefacientes”*¹⁰.

8 Politoft/Matus/Ramírez, 603 y 604.

9 Ambos Reglamentos fueron publicados en el Diario Oficial, el 20 de febrero de 1984.

10 Ver artículo 5° del Reglamento de Sicotrópico N°405.

A su turno, el inciso 1° del artículo 16 establece:

“La extracción, producción, fabricación, fraccionamiento o preparación de estupefacientes sólo podrá llevarse a efecto en laboratorios de producción químico farmacéutica, farmacias y otros establecimientos autorizados.

Para estos efectos, el propietario del establecimiento solicitará autorización al Instituto de Salud Pública de Chile, antes del 1° de septiembre de cada año, indicando la cantidad de estupefacientes que se propone extraer, producir, fabricar, fraccionar o preparar durante el año calendario siguiente, la que podrá ser objetada por ese Organismo dentro de los treinta días siguientes a su presentación, vencidos los cuales se entenderá aprobada”.

En términos idénticos aparece redactada esta disposición en el Reglamento de Sicotrópicos N°405 (para este tipo de sustancias).

En síntesis, cuando esta producción de drogas recaiga sobre las sustancias contempladas en el Reglamento de la Ley 20.000 (N°867), y se haga sin la debida autorización, podría configurar el delito de elaboración ilegal de drogas.

3. Tipo subjetivo

La figura en comento requiere dolo, por la naturaleza de las acciones descritas. Es decir, conocimiento de la fase objetiva, del elemento negativo consistente en la “competente autorización”, y la voluntad de realización del verbo rector.

3.1. Autoconsumo

De comprobarse que la única finalidad de la elaboración o producción es el autoconsumo, lo correcto sería concluir que dicha conducta sería atípica por ausencia de un elemento del tipo. Sin embargo, distinta sería la situación en el caso de elaboración individual pero para un consumo compartido, caso en el cual a nuestro juicio estaríamos ante un supuesto de promoción o facilitación al uso o consumo de drogas, previsto en el artículo 3° de la Ley N°20.000, esto es, de tráfico en sentido amplio y en consecuencia, una conducta típica.

4. Objeto material y penalidad

El objeto material del delito de elaboración ilegal de drogas está constituido, según lo que describe el mismo artículo 1° de la Ley de Drogas, por sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, según se trate de las llamadas drogas “duras” o “blandas” respectivamente.

Sobre la materia, nos parece interesante destacar que el 19 de febrero de 2008 se publicó en el Diario Oficial el nuevo Reglamento de la Ley de Drogas,

Decreto N°867, en el cual se incluyeron una serie de modificaciones a los listados de sustancias estupefacientes y sicotrópicas contenidas en el antiguo Reglamento (Decreto Supremo de Justicia N°565/1995), entre las cuales destacamos: la introducción de diversas benzodiazepinas de frecuente uso médico, tales como Alprazolam, Bromazepam, Clonazepam, Clordiazepóxido y Diazepam; de la Ketamina¹¹ (fármaco anestésico de uso humano y veterinario); de la Sibutramina¹² (supresor del apetito), y el cambio de lista de la Cannabis, desde el artículo segundo del Reglamento, al artículo primero, integrándose de esta forma a las llamadas “drogas duras”, es decir, aquellas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Posterior a esta modificación se incorporó al citado Reglamento, en lista 1, al “Spice¹³”, que corresponde al nombre comercial otorgado al grupo de compuestos sintéticos de estructura similar a los cannabinoides presentes en la Cannabis Sativa y que presentan efectos similares al Delta-9-Tetrahydrocannabinol, pero mucho más potentes¹⁴.

Esta droga también se ha hecho conocida, como una mezcla exótica de hierbas o incienso aromático, cuya forma de consumo se verifica mediante el fumado o la inhalación.

4.1. Ley penal en blanco

La antedicha descripción, no indica qué sustancia o droga puede estar sujeta a sanción penal. En efecto, el artículo 63 de la Ley 20.000 remite a un Reglamento (N°867) la determinación de las sustancias, en este caso, del artículo 1°. Vale decir, utilizándose la técnica de la ley penal en blanco, el legislador establece listados taxativos de sustancias estupefacientes y sicotrópicas que pueden ser objeto de castigo.

4.2. Penalidad

En cuanto a la penalidad, la ley contempla la sanción de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades mensuales. Así también, dispone la rebaja de un grado en caso de que la droga no

11 “La sobredosis de este fármaco se caracteriza por la presentación de los siguientes síntomas: convulsiones, polineuropatía, incremento de presión intracraneal, paro respiratorio, paro cardiaco, palpitaciones, taquicardia e hipertensión, mareos, ansiedad, confusión, sueños vívidos, y delirio. Informe del Centro Nacional de Información de Medicamentos y Farmacovigilancia – CENIMEF. Instituto de Salud Pública de Chile. 9 de febrero de 2009.

12 Véase la Resolución Exenta N°2993, del Instituto de Salud Pública de Chile, de fecha 19 de octubre de 2010, en virtud de la cual se determina la suspensión de importación, exportación, venta, comercialización, elaboración y distribución de productos farmacéuticos que contengan el principio activo sibutramina.

13 Mediante el Decreto N°324, de fecha 23 de abril de 2009.

14 Información entregada por el Instituto de Salud Pública de Chile.

genere graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Luego, si se trata de una “droga blanda¹⁵” el tribunal se encuentra facultado para rebajar la pena, según lo consigna la propia ley.

Igual pena privativa de libertad se contemplaba en la Ley N°19.366, y en la anterior a ésta, N°18.403.

5. Comentario sobre una sentencia condenatoria por la figura penal del artículo 1°, inciso final de la Ley de Drogas¹⁶

Sobre el particular, nos parece interesante comentar la sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, dictada con fecha 14 de abril de 2007, que condena a uno de los acusados por tráfico ilícito de drogas, infracción contenida en el artículo 3° de la Ley N°20.000, y por el delito descrito en el inciso final del artículo 1° del mismo cuerpo legal: *“la tenencia de elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la preparación o transformación de sustancias o drogas productoras de dependencia física o síquica, sin la debida autorización”*.

Previo a tratar esta última figura penal, creemos necesario mencionar brevemente en qué consiste el delito de desvío de sustancias químicas controladas, descrito y sancionado en el artículo 2° de la Ley de Drogas, según la siguiente redacción:

“La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio”.

La conducta contempla varias hipótesis; la producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, etc.

Su objeto material lo constituyen los precursores y las sustancias químicas esenciales¹⁷ contempladas en el artículo 2° del Reglamento de la Ley N°20.000, sobre Medidas de Control de Precursores, Decreto N°1358.

15 El artículo 1° y 2° del Reglamento de la Ley de Drogas N°867, publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 2008 contiene respectivamente los listados de “drogas duras y blandas”.

16 R.U.C. 0500602093-5, R.I.T. 19-2007.

17 El artículo 1° del Decreto 1.358 define a los *Precursores* como “Las sustancias que pueden utilizarse en la producción, fabricación y/o preparación de drogas estupefacientes o

El tipo penal doloso contiene dos elementos subjetivos: a) el sujeto activo debe actuar con el objetivo de destinar los precursores y sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas; b) para ejecutar dentro o fuera del país alguno de los hechos considerados como delitos en la Ley de Drogas.

La descripción típica posibilita la “comisión culposa o imprudente”, esto es, desconociendo el sujeto activo, el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley de Drogas, por un lado, sanciona la elaboración ilegal de drogas, es decir, la producción de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, sin autorización; y por otro, con igual pena, a quienes tengan en su poder, elementos usualmente destinados a la elaboración de drogas. Cosa distinta sucede con la descripción típica del artículo 2°, en que por ejemplo, una persona puede “poseer” elementos (sólo sustancias químicas – objeto material) destinados a la elaboración de droga, con la finalidad de perpetrar delitos de la Ley N°20.000.

Es dable entonces concluir que, perfectamente podrían confluir en forma simultánea, las infracciones del artículo 1° y 2° de la Ley de Drogas, aplicándose por consiguiente, las reglas concursales según el caso concreto.

5.1. Hechos acreditados¹⁸

El Tribunal determinó, más allá de toda duda razonable, los hechos contenidos en la acusación fiscal, consistentes en que:

“el 30 de noviembre de 2005, siendo aproximadamente las 18:15 horas el acusado L.Y.N.M. fue sorprendido en forma flagrante a la altura del peaje de Lampa, comuna de Colina, Región Metropolitana transportando en el vehículo placa patente PZ-7850, ocultos en compartimientos especialmente diseñados al efecto 45 paquetes enhuinchados en cinta adhesiva color café contenedores de pasta base de cocaína, la que arrojó un peso bruto de 45.383,5 gramos, droga que había sido adquirida en el norte del país por los acusados C.E.F.N. y J.E.M.C., procediéndose a la detención de estos últimos, quienes se movilizaban en el automóvil patente TN 7164, prestando protección y vigilancia al vehículo que transportaba la droga.

Además, en el inmueble de calle Dublé Almeyda N°1550, depto. 907, comuna de Ñuñoa arrendado por el acusado C.E.F.N. como casa de almacenaje y eventualmente de elaboración de clorhidrato de cocaína, se incautó la cantidad de

sicotrópicas, incorporando su estructura molecular al producto final, por lo que resultan fundamentales para dichos procesos”. Así también, describe a las *Sustancias Químicas Esenciales* como “Las sustancias químicas que no siendo precursores, tales como solventes, reactivos o catalizadores, pueden utilizarse en la producción, fabricación, extracción y/o preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas”.

18 Se utilizaron abreviaturas para individualizar a los imputados.

27.124,5 gramos de clorhidrato de cocaína de alta pureza, divididos en 27 bolsas transparentes, 109 gramos de marihuana prensada, un arma de fuego marca Walter modelo PPK, con su número de serie borrado, transformada para uso con silenciador sónico, vainillas sin percutar, 2 balanzas digitales para el pesaje y dosificación de la droga y gran cantidad de precursores o sustancias químicas esenciales, tales como ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, acetona y amoniaco, destinados a la elaboración de clorhidrato de cocaína. Asimismo, se incautó la cantidad total de \$3.318.000 en dinero efectivo, producto de la actividad ilícita de tráfico de drogas como también diversas especies utilizadas para la comisión del ilícito”¹⁹.

Estos elementos fácticos fueron constitutivos de los delitos de tráfico ilícito de drogas, y de tenencia de elementos comúnmente utilizados en la fabricación de estupefacientes o sicotrópicos.

5.2. Configuración del delito y faz subjetiva

Por ser objeto de este artículo, únicamente nos detendremos en el delito del artículo 1°, inciso final de la Ley de Drogas.

Argumenta el Tribunal que el hecho de tener (el acusado), gran cantidad de sustancias químicas controladas tales como ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, acetona y amoniaco, además de baldes, recipientes de plástico, cucharas y prensas, ello constituye la figura penal descrita en el inciso final del artículo 1° de la Ley 20.000, “puesto que la conducta desplegada por el sujeto consistió en estar en posesión de elementos, instrumentos, materiales o equipos, aptos y comúnmente utilizados en la elaboración fabricación, preparación, transformación o extracción de sustancias estupefacientes productoras de dependencia física o psíquica, **propósito que puede presumirse con fundamentos sólidos**²⁰, como lo son, la presencia de ácido clorhídrico en el departamento de uno de los acusados, sustancia insustituible en la elaboración de cocaína clorhidrato; la existencia de envases vacíos de Acetona; la presencia la gran cantidad de cocaína clorhidrato ya refinada y con un alto grado de pureza, 99% guardada en un bolso; el hallazgo de otra cantidad de clorhidrato de cocaína, 338 gramos de 42% de pureza, en un recipiente de plástico rojo, presumiblemente en proceso de refinamiento, y la presencia de restos de pasta base de cocaína adherida a baldes, recipientes y cucharas²¹”.

Recordemos que la mera tenencia clandestina, no autorizada, de los instrumentos que se utilizan usualmente en la elaboración de drogas constituye, salvo prueba en contrario, el delito previsto en el inciso final del artículo 1° de la Ley de Drogas.

19 Considerando undécimo.

20 La parrilla es nuestra.

21 Considerando duodécimo.

5.3. Determinación de la pena

La sentencia en comento, condenó a uno de los imputados (C.E.F.N.²²) por los delitos de tráfico de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.000 y tenencia de elementos destinados a la elaboración de drogas del artículo 1°, inciso final de la misma ley.

El Tribunal aplicó –por resultar más favorable al acusado– la norma del concurso ideal de delitos, contenida en el artículo 75 del Código Penal. Es decir, la pena mayor asignada al delito más grave. Recordemos que “por delito más grave debe entenderse aquel que tiene la sanción más elevada entre los distintos tipos penales en juego²³”.

22 Condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

23 Garrido Montt, Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 351.

RECHAZA RECURSOS DE NULIDAD DEDUCIDOS POR LAS DEFENSAS. REGISTRO DE INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS. FILMACIÓN O GRABACIÓN DE IMÁGENES EN LA VÍA PÚBLICA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La autorización judicial para la verificación de una actuación policial como la interceptación telefónica no es una prueba independiente de aquella a que accede. El debate sobre esta prueba se construyó a la necesidad de dotar al tribunal oral de la materialidad de la autorización otorgada para la realización de la diligencia, pero no de la prueba misma que, no fue contradicha.

La interceptación incluye siempre el registro, y su transcripción dependerá de la conveniencia que el Ministerio Público le asigne, por lo tanto tampoco puede decirse que estas extensiones de la misma probanza envuelvan un atisbo de ilicitud.

En la vía pública no existe una afectación del derecho a la intimidad y de la privacidad, al menos en lo relativo a la imagen. Quien se encuentra en un lugar público no puede tener una pretensión de privacidad que el mismo espacio no le puede proporcionar. En consecuencia, no se precisa de autorización judicial para la realización de una diligencia de grabación de imágenes que no es atentatoria de garantía alguna.

Se reitera que 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, como parece sugerir la defensa de los enjuiciados, 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.

Texto completo:

Santiago, a ocho de octubre de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos rol único 0900040845-7 e interno del tribunal 122- 2010, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Iquique, de catorce de julio de dos mil diez, que en lo decisorio condenó a Enrique Hernán Huerta

Meneses a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y multa de 10 unidades tributarias mensuales, como autor del delito consumado de tráfico de estupefacientes, cometido el 26 de agosto de 2009; condenó a Eddy Marcel Díaz Benavente a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos

y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y multa de 10 unidades tributarias mensuales, como autor del delito consumado de tráfico de estupefacientes, cometido el 26 de agosto de 2009; condenó a Daniel Francisco Castillo Cepeda a cuatro años y a Juan Javier Hermosilla Aguilar a tres años y un día, ambas sanciones de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de una multa de 40 unidades tributarias mensuales el primero y 10 unidades tributarias mensuales el segundo; por último se ordenó el comiso de las especies y dinero indicados en el motivo 25° del fallo.

No se otorgó ninguno de los beneficios establecidos en la Ley Nro. 18.216 a Huerta Meneses, Díaz Benavente y Castillo Cepeda; a Hermosilla Aguilar se le concedió la medida alternativa de Libertad Vigilada.

En contra de esa decisión, el defensor penal particular, señor Julián Febrero Moscoso, en representación del imputado Enrique Huerta Meneses, dedujo un recurso de nulidad fundado en las siguientes causales, interpuestas en forma conjunta:

La prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, en conexión con el artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República, esto es, infracción a la garantía del debido

proceso, en relación con los artículos 340, inciso segundo y 297, del Código Procesal Penal; la contemplada en el artículo 373 letra b) del mismo texto y, por último, la del artículo 374, letra e) todos de la recopilación legal citada. A su turno, el mismo arbitrio y por idénticas causales, formuladas también en forma conjunta, interpuso el defensor del condenado Díaz Benavente, abogado señor Iván Oyarzún Acuña.

Este tribunal estimó admisible los recursos y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la de ellos, como aparece a fojas 63.

La audiencia pública se verificó el veintiuno de septiembre último, con la concurrencia y alegatos de los defensores penales Julián Febrero Moscoso e Iván Oyarzún Acuña, por los sentenciados Huerta Meneses y Díaz Benavente, y el abogado Jaime Lizama, por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 69.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que los recursos de nulidad interpuestos en los libelos de fojas 33 a 40 y 41 a 48 de estos antecedentes, se apoyan, en su primer segmento, en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, concretando el defecto en la inobservancia al artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República, y en conexión, además, con lo preceptuado en los artí-

culos 297 y 340 del Código Procesal Penal.

Aseguran los comparecientes que la causal se concreta luego de la incorporación y posterior valoración de una prueba ilícita que ha sido determinante en la dictación del fallo condenatorio. Explican que cuando la sentencia en su fundamento 8° reseña los medios de prueba material de que se vale el Ministerio Público, identifica un disco compacto con grabaciones de monitoreos telefónicos y otro que contiene los dos videos reproducidos en la audiencia, medios respecto de los cuales se rechazaron las alegaciones de ilicitud formulados por la defensa, otorgándoseles pleno valor probatorio.

Refieren que en la audiencia de preparación del juicio oral se planteó un incidente para la exclusión de estas probanzas, en atención a lo estatuido en los artículos 225 y 226 del Código Procesal Penal; sin embargo, el tribunal desestimó esta petición en consideración a lo que regula el artículo 181 del mismo cuerpo legal, “es decir porque aquellas actuaciones se encuentran consignadas como aquellas posible e incluso necesarias para el propósito de la investigación”. Contra esa determinación se dedujo un recurso de reposición, que también fue rechazado.

No obstante lo resuelto, estiman que el artículo 181 no quita fuerza alguna a la necesidad de autorización judicial previa para las mencionadas pruebas, de manera que resulta un contrasentido que el tribunal oral señale que si se aceptó su inclusión por el tribunal de garantía en la audiencia de prepa-

ración de juicio, resulte palmario que medió autorización.

Al efecto, y en aval de sus asertos, citan una decisión del Tribunal Oral de Arica, dictada en la causa RUC 0800274026-6, que niega todo valor probatorio a fotografías obtenidas sin que se haya acreditado que se hubiere obtenido autorización judicial previa, aún cuando no fueron objetadas por la defensa en la preparación del juicio, pues se trata de un requisito de validez de la prueba.

Exponen en que en el juicio renovaron la alegación en la oportunidad en que se incorporó el soporte material de la prueba cuestionada, pues entienden que el juez de garantía no emite un pronunciamiento definitivo sobre la misma.

Refieren que las escuchas telefónicas infringen lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Agregan que en nuestro derecho procesal penal están contempladas las escuchas telefónicas, pero con autorización judicial.

Sobre este tópico, hacen presente que el tribunal aduce que vincula las escuchas telefónicas con lo observado por los testigos, lo que resulta concordante con las acciones desarrolladas por los supuestos interlocutores (motivo 5°, párrafo 10°), “sin embargo la única situación que coincide con ello es cuando filman a don

Eddy Díaz cruzando A PIE la Plaza Prat en dirección a la notaría, situación que de suyo demuestra que iba a firmar los documentos que en definitiva firma con mi representado”. Precisan que en todo caso, tales afirmaciones no están avaladas por ningún instrumento de reconocimiento de voces aceptados por los conocimientos científicamente afianzados.

En definitiva, reclaman que se condenó a Huerta Meneses y a Díaz Benavente a partir de una prueba ilícita, en tanto careció de autorización judicial “para suspender lo dispuesto en el artículo 19, N°4, de la Constitución Política de la República y lo prescrito en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)”; y que además no ha podido en si misma probar nada.

SEGUNDO: Que, en forma conjunta, los recursos se asientan en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea calificación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Argumentan que de manera errónea se atribuye a las acciones desarrolladas por Huerta Meneses y Díaz Benavente el carácter de delito, en circunstancias que lo único que realizan son actos lícitos, como concurrir a una notaría con el fin de comprar dos automóviles, lo que se concreta mediante la suscripción de los contratos respectivos, que al día siguiente deciden resciliar. Llamam la atención sobre el hecho de que incluso el notario sostuvo que ni

siquiera el trámite de la venta estaba concluido, pues faltaba el pago de los impuestos de transferencia.

Aseveran que resulta indiciario que los policías declaren en juicio que no se encontraron en el local comercial ni en la casa de Huerta Meneses elementos relacionados con el tráfico de drogas; no existen teléfonos interceptados, ni conversaciones de las que se pudiese desprender que estuviere vinculado a operaciones de tráfico. No existe relación entre el valor de la droga incautada y el precio de los autos.

Refieren que el único sorprendido en delito flagrante es Hermosilla y quien reconoce participación a su turno es Castillo. “solamente por la supuesta entrega de unas llaves que corresponderían precisamente al Hyundai blanco, supuestamente avistado en Caleta Riquelme y desde donde es sacada la droga para ser puesta en el vehículo de Hermosilla”

Al final destacan que influyen en la errónea aplicación del derecho, las declaraciones prestadas por Hermosilla, quien es premiado con el artículo 22 de la Ley N°20.000, precisamente porque involucra a Enrique Huerta Meneses, declaración que se enmarca en el artículo 98 del Código Procesal Penal, es decir, como medio de defensa “y en este contexto por cierto puede para liberar parte de su responsabilidad o ser funcional a los intereses de la fiscalía declarar lo que quiera”.

TERCERO: Que, por último, también en forma conjunta, los libelos descansan en el artículo 374, letra

e) del Código Procesal Penal, motivación por la que se reclama infracción al artículo 342, letras c) y d), lo que se materializa al no desarrollar la decisión de manera clara y lógica la ocurrencia de los hechos y cómo ellos han sido acreditados, pues nadie declara haber visto a Eddy Díaz entregar llaves a Huerta Meneses ni a alguno de ellos subir droga al vehículo, porque la resciliación de los contratos de compraventa no se condice con una conducta delictual y, finalmente, porque se otorga valor a las declaraciones del imputado Castillo Cepeda prestadas en dependencias de la policía.

CUARTO: Que, en la parte petitoria, instan porque se acojan una, dos o las tres causales de nulidad invocadas y que, en consecuencia, se anule el juicio y el fallo, debiendo retrotraerse la causa al estado que se determine conforme a derecho, debiendo conocer de ella el tribunal no inhabilitado que corresponda.

QUINTO: Que en el otrosí de los escritos de nulidad, ambos reclamantes ofrecieron prueba de audio consistente en el registro de la audiencia de preparación de juicio oral en que constarían las alegaciones acerca de la exclusión de prueba; no obstante, esta Corte, por resolución de nueve de septiembre último, a fojas 63, la desestimó, por incumplir tal ofrecimiento lo dispuesto en el artículo 359 del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que, en su primera sección, los recursos de nulidad descansan en la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Estatuto procesal del ramo, esto es, cuando en

cualquier estado del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, centrando sus reclamos en la vulneración al derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos, afectación que se origina con la incorporación y posterior valoración de pruebas que tachan de ilícitas, en particular, un disco compacto que contiene grabaciones de monitoreos telefónicos y otro que contiene dos videos que fueron reproducidos en la audiencia.

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

En este orden de ideas, las circunstancias precisas que originarían el motivo de nulidad pretendido por la defensa de los enjuiciados, ponen de manifiesto que el vicio del que hoy se reclama, se produjo en la audiencia de preparación de juicio oral, es decir, la eventual trasgresión a las garantías que se reclaman surgen con la

aportación de prueba de cargo que se tacha de ilegal.

De acuerdo a lo que disponen los artículos 272 y 276 del Código Procesal Penal, la audiencia de preparación de juicio oral es la instancia procesal pertinente para reclamar y debatir acerca de las pruebas ofrecidas por las partes, oportunidad en que cada una podrá formular las observaciones relevantes para efectos de discutir su eventual exclusión para la audiencia del juicio oral. Es esta etapa intermedia el momento idóneo para depurar la prueba producida, la que, según se argumenta en este caso, habría sido obtenida con infracción a garantías fundamentales y sin autorización judicial.

El mérito de los antecedentes y lo alegado en estrados revela que en dicho momento procesal no se ejercieron los mecanismos adecuados para reclamar el vicio esgrimido como fundamento de la nulidad consistente en la incorporación de las interceptaciones telefónicas por falta de autorización, de modo tal que en esta parte se ha incurrido por la defensa en la falta de preparación del recurso en la sede correspondiente como lo exige la ley, circunstancia que autoriza al tribunal para no dar acogida a un extemporáneo reclamo sobre la rendición de una particular prueba de cargo, conforme lo dispone el artículo 377 de la referida compilación procesal.

OCTAVO: Que, en efecto, en lo atinente a este medio de convicción, no fue cuestionado por las defensas la existencia de dichas autorizaciones, lo que se discutió fue la falta de incorporación material de ellas, resolvién-

dose, tras el debate, que la resolución judicial que autoriza la interceptación no es un medio de prueba.

NOVENO: Que el razonamiento de los jueces acerca de este extremo del recurso, contenido en la reflexión 16^a, explica que: “En cuanto a que no se acreditó en juicio que las interceptaciones telefónicas estuviesen autorizadas por el Juzgado de Garantía, tal alegación debe ser rechazada, por cuanto desde el momento en que se autorizó su incorporación como prueba por el juez ante quien se realizó la audiencia de preparación de juicio oral, resulta palmario que tenía su autorización”. Añade el motivo 18°: “se tenían referencias previas de que Enrique Huerta de (sic) dedicaba al tráfico de drogas, antecedentes en (sic) su oportunidad fueron ponderados por el Juez de Garantía, al autorizar en su contra y de su secuz las intervenciones telefónicas que dieron origen a una larga investigación en la que finalmente se estableció la efectividad de las sospechas”.

DÉCIMO: Que, como se aprecia, el debate sobre esta prueba se construyó a la necesidad de dotar al tribunal oral de la materialidad de la autorización otorgada para la realización de la diligencia, pero no de la prueba misma que, como se adelantó, no fue contradicha. La autorización judicial para la verificación de una actuación policial no es una prueba independiente de aquella a que accede.

En la misma perspectiva, de acuerdo al artículo 223 del Código Procesal Penal, la interceptación incluye siempre el registro, y su transcripción dependerá de la conveniencia

que el Ministerio Público le asigne, por lo tanto tampoco puede decirse que estas extensiones de la misma probanzas envuelvan un atisbo de ilicitud.

UNDÉCIMO: Que en lo que toca a los videos cuestionados, el artículo 226 del Código Procesal Penal está concebido en el contexto de una afectación del derecho a la intimidad y de la privacidad, que ciertamente no existe en la vía pública, al menos en lo relativo a la imagen. Quien se encuentra en un lugar público no puede tener una pretensión de privacidad que el mismo espacio no le puede proporcionar. En consecuencia, en la especie, no se precisa de autorización judicial para la realización de una diligencia que, como acontece, no es atentatoria de garantía alguna.

DUODÉCIMO: Que, por último, parece necesario enfatizar que el tribunal oral no puede excluir pruebas, si ello no se hizo en sede de garantía, así como tampoco puede dejar de valorar legalmente la producida e incorporada en la audiencia de juicio oral, como parece sugerir la defensa de los enjuiciados, 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)

DÉCIMO TERCERO: Que como corolario de lo sostenido, no puede decirse que el dictamen de marras conculque la garantía del racional y justo enjuiciamiento, pues es de toda evidencia que en la recolección de las pruebas cuestionadas se observaron

las formas procesales atinentes a la materia que aseguran el respeto de los derechos que se dicen amagados. En efecto, fluye de manera inequívoca que el veredicto impugnado no vulneró los principios invocados; la decisión no se sustenta en una prueba incriminatoria que encuentre su origen en diligencias o actuaciones declaradas nulas u obtenidas sin respetar garantías constitucionales, por lo que resulta inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en la causal impetrada aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente al rechazo del recurso por esta fracción inicial.

DÉCIMO CUARTO: Que, enseguida, la asistencia letrada de los encartados se asila en la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, para demandar la nulidad del juicio y la sentencia. Aseguran en esta parte que los sucesos en que sus poderdantes intervinieron sólo pueden ser calificados como actos lícitos, porque se refieren únicamente a la decisión de vender, por una parte, y comprar, por otra, dos vehículos motorizados, actuación que no envuelve ilicitud.

DÉCIMO QUINTO: Que, para estos efectos, es menester consignar, previamente, los hechos que el tribunal ha dado por comprobados en el pleito.

Considerando 15°: “en virtud de antecedentes reunidos por la BRIANT de la PDI, se pudo determinar que el imputado Enrique Huerta Meneses efectuaría la compra de una importante cantidad de droga que pagaría con la transferencia de dos

vehículos motorizados, para lo cual actuaba conjuntamente con el imputado Daniel Castillo Cepeda. A fin de acreditar lo anterior, se realizaron diversas diligencias de investigación como vigilancias, seguimientos e interceptaciones telefónicas, en virtud de las cuales se pudo establecer, que el día 26 de Agosto de 2009, aproximadamente a las 18:00 horas, el imputado Enrique Huerta Meneses llegó hasta la Notaría Araya ubicada en calle Serrano N°386 de Iquique, acompañado de Daniel Castillo Cepeda, encontrándose en el lugar con el imputado Eddy Díaz Benavente, a quien dio en pago a cambio de droga los automóviles Chrysler, modelo Touring 300, Placa Patente Única BV FF 54 y PT Cruiser Placa Patente Única BD WS 36.

Estando en dicho lugar, Castillo Cepeda, por instrucciones de Huerta Meneses, se comunicó telefónicamente con el imputado Juan Hermosilla Aguilar, a quien le indicó que lo fuese a buscar en un vehículo, llegando éste a los pocos minutos conduciendo la camioneta Nissan Terrano PPU XT 2341, quien se estacionó en el frontis de dicha Notaría, reuniéndose con Castillo Cepeda, acercándose a ambos Huerta Meneses quien le entregó a Castillo Cepeda las llaves del vehículo Hyundai, Placa Patente Única BL IV 94, que se encontraba en un estacionamiento de las cercanías, hasta donde se dirigió Castillo Cepeda y lo trasladó hasta el frontis de la Caleta Guardiamarina Riquelme, desde donde se comunicó con el imputado Hermosilla quien se dirigió a ese lugar. Allí, Castillo Cepeda, con las

mismas llaves que le entregó instantes antes Huerta Meneses, abrió el portamaletas del vehículo Hyundai y sacó de su interior un bolso grande de color negro y dos bolsas que subió a la camioneta Nissan Terrano donde esperaba el imputado Hermosilla Aguilar, abordando también Castillo Cepeda dicha camioneta y emprendieron la marcha. Todo lo anterior era observado por funcionarios policiales, quienes al tener la certeza que lo cargado era droga, se acercaron a efectuar un control de identidad, situación que provocó que Hermosilla Aguilar y Castillo Cepeda emprendieran la huida a gran velocidad por diversas calles del sector céntrico, logrando en definitiva escapar de la policía.

Posteriormente, a raíz de diversas diligencias se ubicó en horas de la noche la camioneta Nissan Terrano abandonada en la población Jorge Hinostroza, aportando vecinos datos que permitieron dar con el domicilio del imputado Hermosilla Aguilar y posteriormente con el lugar donde estaba oculta la droga con la que había huido horas antes, la cual se encontraba escondida en el taller mecánico ubicado en calle Oscar Bonilla 733, incautándose en ese lugar el bolso negro que contenía en su interior 16 paquetes enhuinchados con cinta adhesiva de color café y dos bolsas negras contenedoras cada una de 15 paquetes de iguales características, totalizando 46 paquetes de pasta base de cocaína, con un peso bruto total de 46 kilos 255 gramos.”

Tales acontecimientos, como con-
signa el basamento 17° de la decisión,

conllevar la realización de actividades que configuran un delito de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo tercero, en relación al primero, de la Ley N°20.000.

DÉCIMO SEXTO: Que a efectos de determinar la intervención que cupo en estos sucesos a los impugnantes, el sentenciador recurre a la prueba indiciaria, profusamente analizada en el considerando 18° del dictamen atacado, desde donde fluye su intervención como autores, en los términos del artículo 15, N°1°, del Código Penal. En líneas generales, resuelve que Juan Hermosilla Aguilar y Daniel Castillo Cepeda reconocen su participación en el delito; los otros, (recurrentes) la niegan. Si bien a Eddy Díaz Benavente y a Enrique Huerta Meneses no se les encontró droga en su poder y, en relación a este último, en el allanamiento a su domicilio no se hallaron elementos vinculados al tráfico de drogas, se recurre a los indicios y al aporte de datos por los otros dos acusados. Sostiene el tribunal que tales declaraciones pueden valorarse positivamente, teniendo en cuenta la univocidad, espontaneidad, coherencia lógica y credibilidad del relato y, sobre todo, cuando es posible su corroboración con elementos probatorios externos que permiten superar la desconfianza que genera un testimonio realizado sin la obligación de decir la verdad. Tal es el caso de Juan Hermosilla Aguilar.

En el caso del imputado Daniel Castillo Cepeda, consignan los jueces dos versiones de los hechos, una en la policía en presencia de su defensor y la otra en juicio. El tribunal resta todo

valor a esta última, en que exculpa a Huerta Meneses, toda vez que este relato final es ostensiblemente mendaz y contrario a la lógica. Los jueces restan credibilidad a los dichos de Castillo en el juicio, pues aparece evidente su ánimo de exculpar a un tercero, Enrique Huerta Meneses, asumiendo toda responsabilidad en un delito que, conforme a la prueba, no sólo a él le corresponde. Su actitud de sacrificio en beneficio de su jefe sólo puede ser explicada por una lealtad a toda prueba o por miedo a las consecuencias de la delación.

Por lo tanto, el tribunal finalmente considera la declaración entregada por Castillo a la policía, incorporada al juicio a través de los dichos de aquellos funcionarios ante quienes se prestó.

Respecto de la participación específica de Díaz y Huerta, se les imputa una operación de tráfico consistente en la venta por el primero y su pago por parte del segundo con dos vehículos.

Al efecto el tribunal reproduce parte del relato incriminatorio dado por Castillo en sede policial y dice que es coincidente con lo apreciado por los funcionarios y lo que arroja el mérito de las interceptaciones telefónicas. Avala lo anterior la exhibición de un video en que se ve a Huerta entregar las llaves a las que se ha hecho referencia - aludiendo a las del vehículo donde se trasladó la sustancia prohibida

Juan Hermosilla también dice que Huerta le pidió que le guardara unos bolsos. Añade que Huerta entregó

unas llaves a Castillo y con él van en busca del auto desde donde se extraen los bolsos con droga. Herмосilla dice que Huerta fue al taller donde trabajaba para intimidarlo con el fin que le entregara los bolsos, declaración que se complementa con aquella dada por el dueño del mismo taller, que conocía a Huerta.

Razona el tribunal que el intento de resciliar los contratos obedece a que Huerta no había recibido la droga.

Contra Eddy Díaz están los dichos de Castillo, ante la policía, donde lo sindicó como la persona que iba a comprar dos vehículos a Huerta entregando droga a cambio, ya que este mismo se lo manifestó. El mayor indicio de participación es su vinculación con el automóvil, desde el cual los policías ven a Castillo sacar los bolsos contenedores del estupefaciente que traslada a la camioneta de Herмосilla. El propio Díaz se vincula a ese vehículo, pero su relato resulta inverosímil e ilógico, pues teniendo varios móviles a su disposición, incluso uno de lujo, pide uno viejo, según relata, para trasladarse a la localidad de Alto Hospicio. Lo cierto es que ese auto estaba a su disposición y desde ahí se extrae la droga.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en tal escenario, y en lo atingente a lo resuelto por los Jueces del Tribunal del Juicio Oral en la sentencia, resulta inconcuso que los comportamientos que se atribuyen a Huerta Meneses y Díaz Benavente no se agotan a la compra y venta, respectivamente, de unos vehículos motorizados, sino que, como consignan los jurisdicentes,

esa operación obedece o se enmarca dentro de otra, de la que no es ajena, cual es la adquisición de sustancias estupefacientes, delito que específicamente sanciona la Ley N°20.000.

DÉCIMO OCTAVO: Que para el éxito de este nuevo motivo de invalidación se precisa una contravención formal del texto de la ley o una vulneración del verdadero sentido y alcance de la norma que sirve de sustento al fallo. Sin embargo, basta un somero análisis que la realidad fáctica que se ha dado por justificada para sostener que tal yerro no existe.

Pero a pesar de ello, sin extremar el formalismo que arranca de los artículos 378 y 383 del Código Procesal Penal, es menester, al menos, explicar por qué, en concepto de los recurrentes, la conducta atribuida a los imputados no se ajusta a la descripción típica, más bien porque se aleja del derecho.

Es manifiesto en esta parte que la particular apreciación de los oponentes sobre la prueba rendida en juicio deriva en conclusiones diversas de las alcanzadas por los jueces, pero este reproche no pasa de ser una desavenencia entre el criterio del juzgador y la parte perjudicada, contradicción que no basta para fundar un recurso de esta clase. El análisis de la prueba rendida corresponde a una de las manifestaciones de la jurisdicción en la resolución del conflicto, labor que están llamados a cumplir con libertad pero sin apartarse de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Nada de ello ocurre en la especie.

DÉCIMO NOVENO: Que, por último, se esgrime por las defensas como motivo absoluto de nulidad el previsto en el artículo 374, letra e), en relación al artículo 342, letra c) del Estatuto procedimental criminal, centrando sus reproches en la equivocada e incompleta valoración de la prueba rendida y la ausencia de fundamentación acerca de la forma en que el tribunal alcanzó su convicción.

VIGÉSIMO: Que, en rigor, los comparecientes critican la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo motivada en la presunta falta de reflexiones en la decisión, lo que, en su concepto, deviene en la infracción impetrada.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, para resolver este último extremo, cabe recordar que la falta de conformidad entre el criterio del juzgador y la particular apreciación de los hechos por la parte interesada, que la lleva a concluir en sentido diverso del tribunal, no se traduce por sí sola en una contravención al artículo 297, como asegura el oponente, sin que sea suficiente para fundar la nulidad por la causal intentada, el solo hecho de no estar de acuerdo con lo determinado en el veredicto, pues no puede afirmarse con seriedad en este caso que los cuestionamientos estén dirigidos a la contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en todo caso, si lo que se ataca es la falta de fundamentación, ya que expuso

latamente todas las reflexiones que condujeron inequívocamente al tribunal al establecimiento del delito y a la participación que se atribuye a los acusados, -considerandos 16°, 17° y 18°-, motivaciones que se explayan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del estatuto procesal penal, entonces, la tacha consistente en la ausencia de fundamentación no existe. Lo razonado por los jueces para dar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia del juicio, en desmedro de la teoría del caso de la defensa, no se traduce, por sí solo, en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, en los términos que alude al artículo 297 del Código Procesal Penal. El dictamen cuestionado aporta los motivos y expresa con claridad cómo y por qué arribó a una determinada conclusión. Ese propósito se logra a partir del razonamiento y se revela por medio de los argumentos.

En el caso en estudio, los jueces han exteriorizado las razones que justificaron su decisión.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en tal virtud, contrariamente a lo aseverado por el impugnante, los jueces dieron cumplimiento a las exigencias del artículo 342 del Código Procesal Penal, en particular su literal c), y al artículo 297 del mismo cuerpo legal, siendo irrelevante para el examen que corresponde a esta Corte, que la defensa no esté de acuerdo con los

razonamientos del fallo impugnado, como tantas veces se ha resuelto.

VIGÉSIMO CUARTO: Que como resultado de estas consideraciones, resulta inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en las causales impetradas aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente al rechazo del arbitrio de nulidad, en todos sus acápites.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342, 372, 373, letras a) y b), 374, letra e), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **se rechazan** los recursos de nulidad interpuestos por los defensores penales particulares Julián Febrero Moscoso, en representación del imputado Enrique Huerta Meneses, e Iván Oyarzún Acuña, por el condenado Eddy Díaz Benavente, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Iquique, el catorce de julio

de dos mil diez, declarándose que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro señor Carlos Künsemüller L.

Rol N°5507 - 10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C. No firma el Ministro Sr. Ballesteros, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

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

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

REFLEXIONES SOBRE EL PARRICIDIO POR OMISIÓN

Andrés Pacheco Bastías¹

Introducción

A raíz de un caso investigado en la Fiscalía Local Talcahuano, se me solicitó buscar argumentos para sostener la posibilidad que un parricidio pueda cometerse por omisión. Así, examinando la doctrina nacional, se pudo constatar que la mayoría no lo acepta, salvo algunos autores como Garrido Montt y Francisco Grisolia, que están por la posición minoritaria. Sin embargo, y no obstante lo que se dirá de estas posiciones, dada la particularidad de los hechos, se abrió una nueva vertiente para examinar y calificar los hechos, esta es, la de considerar la conducta de la imputada no como una omisión, sino como una acción.

En efecto, se trata de una investigación en que los hechos por los cuales se formalizó son los siguientes: *“El día 23 de mayo de 2010, aproximadamente a las 20:00 horas, la imputada..., salió de su domicilio ubicado..., dejando en el interior del inmueble solamente a su hija menor, lactante de dos meses de vida, ...sin el cuidado ni atención de ninguna persona, regresando posteriormente al mismo inmueble, el martes 25 de mayo del año 2010, aproximadamente a las 19:00 horas, encontrando en el interior de inmueble el cuerpo sin vida de su hija, fallecida por asfixia por sofocación, agravado por la inanición prolongada a que estuvo expuesta la menor...”*.

El parentesco como fuente de la posición de garante en el parricidio por omisión

A diferencia de lo que ocurre con el homicidio, en el parricidio la posibilidad de cometerlo por omisión, es un punto que divide a la doctrina, pues un amplio sector sostiene la imposibilidad de un parricidio por omisión, ya que se infringiría el non bis in idem. En efecto, sostienen que para estimar que hay parricidio por omisión se debe considerar dos veces el parentesco, una para determinar la posición de garante y otra para agravar el hecho: de homicidio a parricidio. Así, para estos autores², el parentesco es la fuente de la posición de garante, por lo que si esta fuente es usada para la atribución del resultado (muerte), no podría volver a considerarse como fuente de la agravación.

1 Abogado Asesor de la Fiscalía Regional del Bío-Bío, Ministerio Público.

2 Vivian Bullemore-John Mackinnon. Curso de Derecho Penal, tomo III, p. 25. Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, p.71.

Esto, porque en la estructura del delito omisivo, el sujeto activo no puede ser cualquiera, sino aquel que se encuentra en posición de garante, esto es, aquel a quien se le puede exigir que actúe para impedir la afectación del bien jurídico puesto en peligro. Además, debemos apuntar que en la omisión impropia, la demostración de una relación de causalidad entre omisión y resultado es una pretensión vacía, ya que la omisión nada causa, desde un punto de vista natural. El resultado antijurídico se atribuye normativamente al comportamiento del actor, debiendo estimarse causal (hipotética) su conducta conforme a esa atribución.

Sin embargo, como dijimos, esta atribución no puede pretenderse respecto de cualquier sujeto, sino que debe ser uno que tiene la posición de garante respecto de la víctima, esto es, aquellos que tenían la obligación de actuar para evitar el resultado lesivo.

El profesor Juan Bustos³ señala que la omisión es un concepto en referencia, ya que no existe una omisión en sí, sino siempre en relación a una determinada acción. Por eso, detrás de la estructura típica de omisión hay siempre una norma de mandato (preceptiva) que obliga a una determinada acción que no es realizada por el sujeto. Así, la omisión se define siempre en referencia a una determinada acción, de otro modo se vulneraría el principio de legalidad. En el mismo sentido se plantea Garrido Montt⁴, para quien la omisión no es un simple no hacer algo, es no hacer aquello que se tiene el deber jurídico de realizar, pudiendo hacerlo, presupone la existencia previa de una acción mandada o esperada por el ordenamiento jurídico.

En cambio, si se trata de delitos de acción la referencia normativa, como es obvio, no será una norma de mandato, sino una norma prohibitiva, esto es una norma cuya infracción presupone la vulneración de una prohibición que sí estará determinada.

Para determinar la posición de garante, o dicho de otro modo, para determinar si el sujeto tenía la obligación de actuar para evitar el peligro, tradicionalmente se ha recurrido a fuentes formales: la ley, el contrato, el hacer precedente⁵ y la comunidad de peligro de ciertas actividades riesgosas. Otros, postulan las fuentes materiales, pues las formales pueden conducir a paradojas, tales como la obligación de actuar del cónyuge separado de hecho hace muchos años o, por el contrario, la no obligación del tío respecto del sobrino que ha criado y vive con él.

Por lo mismo, las fuentes materiales buscan la posición de garante a partir de la vinculación real concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro. Es decir,

3 Obras Completas, Tomo I, Derecho Penal, Parte General, p. 974. Ara Editores, Distribuidor Especializado en Libros jurídicos. Colección Iustitia.

4 Derecho Penal, parte general, tomo II, p. 182.

5 Cuestionada por algunos, como Garrido Montt, ob. cit., p. 188.

se pone el énfasis no en las vinculaciones formales, sino en aspectos de carácter material, procurando determinar con criterios generales materiales las circunstancias en que una persona está obligada, frente a un bien jurídico en peligro, a actuar para que no se produzca su afección. Para el caso en estudio, la posición de garante de la madre la adquiere en razón de las relaciones familiares de cuidado de los padres con los hijos, pues en el caso concreto la madre vivía con su hijo y éste, evidentemente, no estaba en condiciones de subsistir por sí mismo. De esta forma, tanto con los criterios de las fuentes formales como materiales, la madre tiene la posición de garante respecto de su hijo menor de edad.

En consecuencia, para los que sostienen la imposibilidad del parricidio por omisión, la conclusión en este caso sería que no podemos considerar dos veces el parentesco entre la imputada y la víctima, pues se considera para poner a la imputada en posición de garante de la víctima y luego, lo volvemos a ocupar para considerar que no se trata de un homicidio, sino de un parricidio.

En contra, podemos citar a Garrido Montt⁶, quien no comparte el criterio de estos autores, pues para él, el parentesco no se ocupa para agravar la responsabilidad en el parricidio, sino que es un elemento del tipo. Así, este autor sostiene: *“Este criterio no puede compartirse en atención a que el parentesco en el parricidio no es una circunstancia de agravación, sino un elemento del tipo penal. Son cosas distintas, la obligación civil de actuar que tiene su origen en un contrato o en la relación parental –en la cual no interviene la ley penal–, y el estado civil mismo como hecho verificable que conforma el elemento normativo del tipo, de modo que no hay violación del principio non bis in idem, porque la fuente de la atribución de la muerte al agente incide en la violación del deber civil que tenía de actuar, y no el matrimonio, el parentesco o el contrato, de modo que no hay una doble valoración penal de una misma circunstancia”*.

El profesor Francisco Grisolia⁷ plantea una postura similar a la de Garrido Montt, pues señala que el parentesco es un hecho complejo, que provoca un doble efecto: crea un deber de garantía y llena el extremo objetivo del tipo de parricidio en relación al sujeto activo. Así, no puede pretenderse desconocer alguno de estos efectos del parentesco, que son inseparables. No se comprendería porque la madre que mata a su pequeño hijo mediante estrangulamiento comete un parricidio, en cambio, aquella otra que, con crueldad, lo deja morir de hambre ha de ser tratada con mayor benevolencia. Ciertamente, no se advierte cual es la diferencia real entre una y otra conducta que justifique tan disímil tratamiento. Agrega, que la misma ausencia de diferencia radical, que funda el homicidio por omisión y permite sancionarlo como un homicidio cualquiera, supuesta la posición de garante y los demás requisitos de toda omisión, es la

6 Derecho Penal, t. III, pp.76-77.

7 Citado por Bullemore, ob. cit., p. 25. También citado por Sergio Politoff, Francisco Grisolia, Juan Bustos, Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Editorial Jurídica Congreso p. 118, nota al pie número 6.

que debería conducir a la conclusión de que en los dos casos descritos existe parricidio, y no sólo en el primero.

Otra mirada: Conducta omisiva versus acción

Otra forma de ver el problema, es determinar si realmente se trata de un delito por omisión, o se trata de uno por acción. En efecto, la doctrina está conteste en que hay situaciones en que es complejo determinar si se trata de una acción o una omisión. Así, Mir Puig⁸ señala que la diferencia entre los delitos de acción y de omisión se halla en la naturaleza de la norma, prohibitiva o preceptiva respectivamente. Pero a veces sucede que una misma conducta parece infringir a la vez ambas clases de normas. Debe entonces decidirse si nos hallamos frente a un delito de acción o de omisión, lo que no deja de ser relevante, pues los delitos de omisión exigen un requisito adicional, esto es, la posición de garante.

Juan Bustos⁹ señala que la identificación en un caso dado de un comportamiento activo o de uno omisivo, si bien puede ser fácil en algunos supuestos, en otros puede verse dificultada al aparecer entremezcladas acciones y omisiones. Para este autor, lo que importa establecer en estos casos no es la existencia o ausencia de una acción u omisión en sí misma, sino la existencia o ausencia de una acción u omisión típica, esto es, de una acción u omisión con todos sus condicionamientos objetivos (dolosa o culposa) que conforman dicho ámbito situacional. Continúa este autor: *“Con respecto al desvalor situacional típico en los delitos omisivos, sin embargo, hay que hacer alguna precisión. En los delitos de acción, el desvalor situacional típico, como hemos podido apreciar anteriormente, tienen su fundamento en la creación de un riesgo para el bien jurídico provocado dolosa o imprudentemente por el autor. En cambio, en los delitos omisivos, la situación desvalorativa se configura de forma diferente. La situación de riesgo para el bien jurídico en estos delitos ya existía al momento en que surge para el autor el deber jurídico de actuar y no puede serle imputado al autor, bien porque proviene de un hecho de la naturaleza, como el ataque de un animal salvaje, de una responsabilidad ajena, como el ataque fortuito de un tercero y con mayor razón doloso o imprudente, o de la propia víctima. Luego, en los delitos omisivos, el desvalor situacional típico tiene su fundamento no en la creación del riesgo para el bien jurídico, sino en la infracción del mandato de actuar con el objeto de neutralizar o disminuir un riesgo que sobreviene o ya existía. No es, en consecuencia, un problema naturalístico previo al derecho penal determinar la existencia de una omisión en sí, sino puramente normativo en que se trata de valorar en el momento de la determinación de la tipicidad si el sujeto cumplió o no correctamente con el mandato, esto es, si realizó o no la acción específica a la que estaba jurídicamente obligado para evitar la afección del bien jurídico”*.

8 Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, sexta edición, p. 304.

9 Ob. cit., p. 975.

Lo que plantea este autor tiene mucha lógica, pues si la creación del riesgo no permitido para el bien jurídico puesto en peligro, ha sido creado por quien tiene la obligación de impedirlo, estaríamos más bien en presencia de una acción. Pensemos en este caso: la madre, quien tiene la obligación legal de criar y cuidar de su hijo de dos meses de edad, lo deja solo en una habitación, la cual cierra con llave y no encarga el cuidado de su bebé a ninguna otra persona. En el momento que la madre decide dejar solo a su hijo en esas condiciones, está evidentemente, poniendo en riesgo la vida de su hijo, pues una criatura de dos meses de edad no puede sobrevivir por sí misma. Entonces, perfectamente podemos sostener que la acción homicida consiste en dejar a un lactante de dos meses de vida, solo en una habitación cerrada y sin una persona que lo cuide. Respecto del dolo, este lo acreditaremos por su conducta posterior, esto es, el transcurso del tiempo, pues es evidente que esta criatura iba a morir si no se le prestaba ayuda. Pero esta “conducta omisiva” no es la omisión típica, sino que es un antecedente que acredita el aspecto subjetivo de la conducta, el dolo homicida. Lo que hay, es una acción típica: dejar solo y encerrado a un lactante de dos meses de vida. Es una forma, al decir del profesor Grisolia, más cruenta de causar la muerte.

Lo que se quiere graficar, es que la madre, al decidir dejar a su hijo solo y encerrado, sabía que transcurrido cierto tiempo este moriría, pues para un lactante de dos meses de edad es imposible sobrevivir por sus propios medios, ni puede pedir ayuda. Esto lo sabe cualquier persona y es absolutamente representable. Otro ejemplo pudiera aclarar más el punto en discusión: supongamos un asesino sofisticado que para matar a su víctima, la pone en una situación en que esta cuelga por sus propios medios de un trapezio a 100 metros de altura y la deja ahí. El sujeto sabe que en algún momento la víctima se agotará y se soltará, lo que implicará su muerte. En este caso, no se discutiría que fue un homicidio por omisión, por no haberle prestado la ayuda necesaria después de haberlo colocado en esa situación, pues claramente se trata de una acción homicida, que por su naturaleza, causará el resultado en un tiempo posterior. El problema, será determinar el dolo del sujeto activo al momento de ejecutar su acción, pero creemos que en ambos casos, surge con meridiana claridad que ambas víctimas puestas en esas circunstancias perecerán de no haber una desviación del curso causal.

En el caso de la madre, habrá que probar que al salir no le encargó a nadie el cuidado de su hijo y que durante su ausencia no avisó ni realizó ningún intento por hacerlo, pues en caso contrario, creemos que nos encontraríamos ante un caso de abandono, pues dichas conductas serían prueba que no aceptaba en su voluntad el resultado muerte.

Por último, y relacionado con este punto, también podríamos alegar un caso de *omissio libera in causa*. Se trata de aquellos casos en que el sujeto, con ante-

rrioridad a que se produzca el peligro real, destruye o se pone en situación de no poder cumplir con su obligación de actuar e impedir el peligro para el bien jurídico. Así, Bustos¹⁰ pone el ejemplo de la enfermera que destruye todos los medicamentos que debe dar al paciente cuando sufre los síntomas de ahogo. Ella ha provocado la situación que le impide cumplir el mandato. Según este autor, lo que compartimos, en estos casos no hay una omisión, sino una acción que ejecutó en el momento que arrojó los medicamentos. Pues bien, en el caso de estudio, como ya se dijo, estimo que es sostenible la tesis que se trató de una acción homicida previa, la de dejar sola y encerrada a una criatura de dos meses de edad, sin encargarla al cuidado de alguna persona. Esta conducta es la que pone en riesgo el bien jurídico vida y la omisión posterior, -entendiendo una en que la madre no realizó ninguna conducta destinada a evitar o impedir el resultado esperable-, no hace sino develar el aspecto subjetivo del tipo penal, esto es, que sabía y quería causar la muerte.

Parricidio y la figura penal del abandono

Otro aspecto sobre el que pudiera existir discusión, dice relación con la figura del abandono de un niño menor de siete años por parte de la madre con resultado muerte, sancionado en el artículo 348 del Código Penal con una pena de presidio mayor en su grado mínimo. También pudiera aplicarse el artículo 352 del Código Penal, entendiendo que al tratarse de un lactante, éste se encuentra imposibilitado, pues evidentemente se trata de personas absolutamente dependientes para su subsistencia. En todo caso, la discusión podría resultar bizantina para efectos de pena, pues en ambos casos es la misma. Las diferencias son que el artículo 352 no exige límite de edad, lo que también es irrelevante para el caso concreto (víctima tenía dos meses), y la relevancia del lugar, que tampoco tiene mayor importancia, por razonar sobre la base de un lugar no solitario el referido artículo 348.

Entonces, lo que tenemos que determinar, es si la imputada, al dejar a su hijo lactante, solo en la habitación, con la puerta cerrada con llave y sin encargarlo a alguna persona, lo está abandonando o derechamente es una acción homicida. Esto, porque la diferencia no sólo debe buscarse en los aspectos objetivos de la conducta, sino también en el aspecto subjetivo. De esta forma, si la “acción de abandono”, dada las circunstancias concretas del caso, es suficiente e idónea para causar la muerte, y esto lo sabía y era lo querido por el sujeto o, al menos, se lo representó y lo aceptó, estimamos que no es procedente hablar de abandono, sino derechamente de una acción homicida.

No entenderlo así llevaría a conclusiones absurdas y no queridas por el legislador, pues y suponiendo un ejemplo extremo, debería sancionarse con una pena considerablemente menor (artículo 348) a la madre conocedora del derecho y sus paradojas, que decide matar a su hijo, pero para evitar incurrir en el parricidio.

10 Ob. cit., p. 982.

dio, opta por causar la muerte por medio de la acción de abandonar a su hijo, de escasos meses de edad, en un lugar donde sabe no será socorrido ni encontrado, contando igualmente, con que no podrá pedir él la ayuda correspondiente, atendida su edad.

En un sentido similar, Politoff, Matus y Ramírez¹¹, señalan que los casos que más han planteado problemas, son aquellos en que debe distinguirse entre abandono y homicidio, extrayendo como conclusión que cuando el abandono supone el medio controlado por el agente para la producción de la muerte del abandonado, entonces estaremos ante un delito de homicidio (infanticidio); y, en cambio, habrá simple abandono cuando, a pesar del peligro corrido por el ofendido (peligro que puede derivar en su muerte), han existido potenciales cursos salvadores que el autor del delito no ha excluido o impedido deliberadamente.

Conclusiones

Creemos que es posible sostener en este caso concreto -que actualmente se encuentra con imputada formalizada y plazo de investigación vigente- en que la madre deja solo a su hijo de escasos dos meses de edad, en una habitación cerrada con llave, sin encargar su cuidado a persona alguna, sabiendo por la edad de la víctima, que ésta estaba imposibilitada absolutamente de pedir ayuda o de subsistir por sí misma por más de 48 horas, se trataría de una acción homicida, en que el resultado se producirá en tiempo diferido, salvo interrupción del curso causal. En cuanto a la conducta posterior, esto es, la inactividad de la madre en orden a preocuparse por su hijo durante dicho plazo, no es sino la prueba que demuestra que su voluntad, al momento de cerrar la puerta, no era otra que causarle la muerte (o al menos se lo representó y aceptó), lo que diferencia su conducta homicida de la descrita en el delito de abandono.

11 Ob. cit., p. 160.

¿EXISTE EL DELITO DE *GROOMING* O CIBER ACOSO SEXUAL INFANTIL?: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ÓPTICA JURÍDICO-PENAL (ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 366 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL)

*Luis Torres González*¹

Sumario:

I. Introducción

II. Aproximación: ¿existe el delito de *Grooming*?

II.1 Los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito

II.2 El Derecho Comparado: breve acercamiento

II.3 El nuevo tipo penal del artículo 183 bis del Código Penal Español

III. La situación en Chile

III.1 La Jurisprudencia: algunos casos de “*Grooming*”

III.2 El proyecto de ley que modifica el artículo 366 quáter del Código Penal

IV. Bibliografía citada

I. Introducción

El fenómeno del *Grooming* es una realidad que se ha propagado rápidamente entre nosotros. La irrupción de las nuevas tecnologías y el acceso masivo a la red Internet han permitido la proliferación de conductas tendientes a contactar a menores de edad para involucrarlos en situaciones que atentan contra su indemnidad sexual. Como era de esperar, se ha reaccionado frente a este nuevo peligro con demandas de mayor control y regulación para prevenir su proliferación. La intervención del derecho penal en este ámbito ha sido una de las principales herramientas a que ha echado mano la comunidad internacional, tipificando las conductas que encierran esta práctica. En nuestro país no se ha estado ajeno a esta nueva forma de abuso sexual virtual, contándose con numerosos casos que presentan estas características. Por ello, es que desde hace un par de años se han originado una serie de iniciativas legales² que han

1 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Entre ellas, se han materializado en propuestas de regulación distintos proyectos de ley desde el año 2004 a la fecha, destacándose el Boletín N°5573-07, que modifica el Código Penal para sancionar el acoso sexual infantil; Boletín N°5751-07, que introduce modificaciones al Código Penal para sancionar la seducción de menores y otros abusos

buscado proponer una eficaz regulación jurídico-penal al respecto, existiendo actualmente en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que sanciona, entre otros, el acoso sexual infantil a través de medios tecnológicos e Internet.

Por otra parte, en el panorama internacional, varios países ya han dado respuesta a esta problemática elevando los actos que la constituyen a la categoría de delito³. Esta opción político criminal no está fuera de controversias en la doctrina, especialmente en lo que refiere a la legitimación de adelantar la intervención penal y la consecuente creación de nuevos tipos de peligro⁴. No obstante lo anterior, la elevada necesidad de protección de los bienes jurídicos involucrados, junto con la obligación de dar un efectivo cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por los Estados⁵, han prevalecido en la idea de penalizar todas estas conductas como delitos independientes⁶.

El presente trabajo se propone explorar, desde una óptica jurídico penal, el conjunto de elementos que componen esta nueva realidad, analizando si ellos se encuentran amparados y de qué manera en nuestro ordenamiento positivo. También se intentará una aproximación a la regulación que han efectuado las legislaciones comparadas en la materia, en particular, respecto de la reciente

contra menores por medios virtuales; actualmente ambas iniciativas se contienen en uno solo de ellos, BOLETÍN 5837-07, Proyecto de ley que “*sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil*”.

- 3 Entre los países que han adoptado medidas penales para hacer frente al grooming, podemos mencionar a Alemania, Australia, Estados Unidos, Escocia, Inglaterra, y recientemente también España, MAGRO (2010) p. 8. En este mismo sentido, también ver Boletín 5837-07.
- 4 En palabras de Puschke, “*El Derecho penal de peligro constituye un ámbito difícil, sin contornos claros, siendo sus conceptos, su sistemática y los límites de su legitimidad altamente controvertidos*” (PUSCHKE, 2010, p. 4).
- 5 En este sentido, interesante resulta observar lo sostenido por Künsemüller, quien refiere que: “*la presión de la normativa internacional se ha hecho sentir en la evolución legislativa de diversos países, tanto europeos, como americanos. En Italia, Alemania y España, las autoridades políticas han emprendido una vasta tarea de adecuación de sus códigos a las nuevas exigencias derivadas del consenso supranacional a que se ha llegado respecto de la necesidad ineludible de revisar—en términos de incrementar la severidad de la respuesta penal— el tratamiento tradicional dado por los Códigos a los hechos de abuso o explotación de niños con fines sexuales y divulgación o tráfico de ellos, tema éste, que de cara a los impresionantes avances tecnológicos, como por ej., las redes de Internet, enfrenta al Derecho Penal clásico, regido por principios tan esenciales como los de intervención mínima, última ratio, subsidiariedad, cuya precisa y conveniente solución no se divisa como algo fácil de lograr*” (KÜNSEMÜLLER, 2003, p. 8).
- 6 COX (2005) p 148 y ss., quien en alusión a la creciente expansión del Derecho Penal, señala que: “*es claro que se ha venido generando en estas décadas un aumento de la demanda social por más protección, lo que ha redundado en una impresionante ampliación del aparato penal, no siempre coincidente con las necesidades de la “autocomprensión social”, lo cual encontraría en los delitos sexuales, uno de sus mayores referentes, especialmente en el caso chileno, en el cual las reformas de las Leyes 19.617 y 19.927, han incorporado nuevas figuras penales a nuestro sistema.*”

reforma al Código Penal Español, que introdujo en su ordenamiento la nueva figura penal que sanciona y proscribire el grooming. Todo lo anterior permitirá ilustrar el panorama internacional y el contexto en el cual se origina la propuesta de reforma al Código Penal contenida en el proyecto de ley actualmente en tramitación.

II. Aproximación: ¿existe el delito de *Grooming*?

De partida, el “Child grooming”, como se conoce⁷, no es una terminología recogida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, se trata de una expresión que describe principalmente un nuevo fenómeno criminológico. En términos generales, su denominación alude principalmente al conjunto de acciones desplegadas por un adulto, para tomar contacto con un niño, a través de cualquier medio tecnológico con el objeto de entablar una relación con él, ganarse su confianza y en definitiva determinarlo a involucrarse en situaciones de carácter sexual. Las conductas realizadas por estos adultos, en sí mismas, son atípicas y, mientras no traspasen los límites de cualquiera de los delitos que protegen la indemnidad sexual, no son punibles. Su naturaleza, más bien, se corresponde con actos preparatorios para la comisión de alguno de los ilícitos ya contemplados en nuestro ordenamiento penal sexual, no existiendo entonces, como una figura autónoma propiamente tal⁸.

Sentado lo anterior, en el sentido que, como tal, no existe en nuestro Derecho ninguna figura penal que regule estas conductas como un delito independiente, conviene entonces centrarse en la naturaleza de estas acciones, que como dijimos, constituyen verdaderos medios de acercamiento para la comisión de cualquiera de los ilícitos que forman parte del mecanismo de protección frente a cualquier atentado contra la esfera sexual de menores de edad, contenidos en el Código Penal. La regulación de los actos preparatorios en el Derecho Penal no es pacífica, en el sentido de si deben o no, ser castigados. Sin embargo, en el panorama internacional, en atención a la función de protección de bienes

7 La palabra *grooming* proviene de un vocablo de habla inglesa, en referencia al verbo *groom*, que alude a “conductas de acercamiento, preparación, acicalamiento de algo” (INOSTROZA, MAFFIOLETTI, CAR, 2008, p. 230). Por su parte, la expresión “*Child grooming*”, en el uso dado por los anglosajones consiste en “*las acciones deliberadas que toma un adulto para crear una relación de confianza con un niño, con la intención de tener contacto sexual con posterioridad*” (Ibid, p. 219).

8 Vid. Infra III, en cuanto a que los delitos que se encuentran en el Código Penal Chileno, que abarcan las conductas ejecutivas, que coinciden con la etapa final del grooming, se encuentran: Abuso sexual impropio, contemplado en el artículo 366 quáter; Producción de material pornográfico infantil, contenido en el artículo 366 quíntes; Distribución de material pornográfico infantil, artículo 374 bis, inciso primero y Almacenamiento de material pornográfico infantil previsto en el inciso segundo del mismo artículo, todos del CP. Asimismo, en estos casos también se pueden configurar otros delitos, siendo los más frecuentes, las amenazas de los artículos 296 y 297 del CP y, especialmente, atendido los medios tecnológicos empleados, el delito contenido en el artículo 2° de la Ley 19.223.

jurídicos por parte del Derecho Penal, se ha impuesto la idea de elevar los actos preparatorios a la categoría de delito.

II.1. Los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito

Los actos preparatorios, por regla general, son impunes⁹. Sin embargo, existen tipos penales que elevan los actos preparatorios a la categoría de delito¹⁰, los cuales si bien no lesionan un bien jurídico por sí mismos, constituyen la preparación de una futura lesión dolosa que afecta bienes jurídicos individuales o colectivos¹¹. Lo anterior es consecuencia de una opción política criminal, cuya decisión por adelantar la intervención penal para ciertos casos ha devenido con la aparición de nuevos tipos de peligro abstracto, en atención a la innegable peligrosidad de las acciones de que se trata¹². Si bien, en principio, lo anterior se deduciría en la propia misión del Derecho Penal, cuya función principal es la protección de bienes jurídicos¹³, esta conclusión es altamente controvertida¹⁴.

La tendencia a adelantar la tutela penal, característica principal del llamado fenómeno de la expansión¹⁵, se puede organizar positivamente, principalmente, mediante dos criterios¹⁶: por una parte el emplazamiento del iter crimi-

-
- 9 En las fases de desarrollo del delito, se suele distinguir entre una fase interna y otra externa. En la fase interna, aquella que se produce en la mente del autor, no puede ser objeto de castigo por el Derecho (*cogitationis poenam nemo patitur*), mientras que la fase externa, se encuentran los actos preparatorios por una parte, y los actos ejecutivos, por la otra. Ahora, bien, estos últimos son por regla general aquellos que interesan al Derecho Penal, MIR PUIG (2007) p. 337.
 - 10 En algunos casos la ley castiga expresamente conductas que no realizan parte alguna del tipo del delito consumado, CURY, (2005) p. 560, quien señala que de esta forma se está adelantando la protección penal del bien jurídico.
 - 11 PUSCHKE, (2010) p. 5, señala que la justificación de esta punición radica en la existencia de la peligrosidad de la conducta, que sería el resultado entre la acción preparatoria y la acción lesiva futura, sustentándose esta relación, tanto en elementos objetivos como subjetivos.
 - 12 La cuestión que suscita problemas respecto de estas figuras, es la fundamentación de su injusto, pues todos los delitos de peligro tienen el elemento negativo común de que su injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico, KINDHAÜSER (2009) p. 3.
 - 13 Es oportuno referirse a la fuerte discusión que existe en la doctrina penal sobre este punto, ya que no todos consideran que el fin del Derecho Penal sea la protección de bienes jurídicos, ni consecuentemente, que el referente material de la actividad penal legítima sea la afectación material de un bien jurídico, por todos FUENTES, (2006).
 - 14 Así, para muchos este adelantamiento es considerado un modo de actuación ilegítimo del Derecho Penal, porque no respeta los límites impuestos por el principio de ofensividad, previéndose una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado, FERRAJOLLI (2001) p. 464.
 - 15 SILVA (2001), autor que acuñó esta expresión para denominar la creciente tendencia del Derecho Penal a expandirse a intervenir en áreas que el Derecho Penal clásico estimaba que debían quedar fuera de su regulación.
 - 16 Cfr. CURY (2005), p. 561, refiere respecto del adelantamiento de la protección penal, la forma técnica como ello se realiza puede consistir en diferentes procedimientos: 1) extensión expresa y directa del tipo y establecer una pena para el que prepara su ejecución. 2) elevar a la categoría de delito ciertas conductas más o menos específicas que

nis (delitos preparatorios y tentativas de participación) y por la otra, el juicio de peligro (delitos de peligro abstracto), estando ambos criterios necesariamente vinculados, así entonces, los delitos de *iter criminis* serán siempre una clase de delitos de peligro, mientras que los delitos de peligro ocuparán siempre una posición en el proceso delictivo¹⁷.

Si bien es cierto, como se ha dicho, la consideración por parte del Derecho Penal de estos mecanismos es fuertemente discutida, su aplicación no puede estar al margen de los principios y limitaciones propias del control punitivo. En efecto, frente a la constatación de la creciente introducción de tipos penales que tipifican actos preparatorios, la frontera de legitimidad se concluye, en primera línea, de principios constitucionales, de los cuales se desprende que el objeto de protección de estos tipos penales sólo puede ser un bien jurídico concreto, con un contenido estrechamente limitado. Asimismo, sólo el castigo de conductas realmente peligrosas, es decir, con una concreta intención de lesionar, resultan acordes con el principio de proporcionalidad¹⁸.

II.2. El Derecho Comparado: breve acercamiento

En diferentes países ya se ha reconocido el grooming como delito autónomo. Así, el conjunto de acciones que le caracterizan han sido elevadas a esta categoría en forma independiente. Ello, además de las razones de política criminal que así lo justifica, ha sido también impulsado por la exigencia del cumplimiento por parte de los Estados, de los compromisos derivados de distintos tratados internacionales¹⁹. En Alemania está prohibido ejercer influencia sobre un menor por medio de exhibición de pornografía o por conversaciones en el mismo sentido²⁰. Por su parte, en la Criminal Code Act Australian de 1995, se prohíbe el uso de un servicio de telecomunicaciones para procurar la seducción de menores a través de estos medios²¹. En el caso de Estados Unidos, la legislación federal en United State Code, establece penas para quien utilice el correo electrónico o cualquier otro medio, para persuadir, inducir, incitar o coaccionar a un menor para ejercer la prostitución o cualquier actividad sexual

preceden a su ejecución. 3) situaciones en que se sancionan formas anticipadas de participación: la proposición y la conspiración para delinquir.

17 FUENTES (2006).

18 PUSCHKE (2010), p. 12 y ss.

19 MAGRO (2010), p. 8.

20 Artículo 176 del Código Penal Alemán, el cual sanciona “...a quien ejerza influencia sobre el menor por medio de la exhibición de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido...”.

21 Secciones 474.26 y 474.27, contemplan castigos para aquel que mediante la utilización de transmisión electromagnética comunique a un menor la intención de que el receptor se someta a una actividad sexual, como asimismo cuando la comunicación incluya material indecente. (Biblioteca del Congreso Nacional).

delictual²², existiendo además diversas disposiciones en el mismo sentido en algunos estados²³.

En España, la reciente reforma al Código Penal Español²⁴, ha introducido novedosos cambios en el ámbito de los delitos sexuales. La decisión de castigar el grooming como delito es uno de ellos. La opción del legislador hispano se tradujo finalmente por abarcar todas las conductas que pudiesen estar encaminadas –haciendo uso de cualquier tecnología de la comunicación– a la perpetración de cualquier delito de los descritos en los artículos 178 a 183 y 189 del Código Penal peninsular. La fundamentación político criminal de lo anterior²⁵, estriba por una parte en contribuir al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas más desvalidas y, por la otra, la necesidad de trasponer la Decisión marco 2004/68/JAI del consejo de Europa, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Para el legislador español resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Asimismo, se justifica que la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por todo lo anterior, es que se determinó introducir un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado “Child grooming”, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño²⁶.

II.3. El nuevo tipo penal del artículo 183 bis del Código Penal Español:

El nuevo artículo 183 bis del Código Penal Español, dispone que *“el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en*

22 Título 18, secciones 1591, 2421, 2422 y 2423 (Ibid).

23 MAGRO (2010) p. 8.

24 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, entrada en vigencia a partir del día 22 de diciembre de 2010.

25 Mensaje de la ley 5/2010, publicado con fecha 23 de junio en el Boletín Oficial español (BOE).

26 Ibid.

su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

En lo que respecta al tipo objetivo del nuevo ilícito antes mencionado, resulta interesante destacar algunos aspectos. En primer lugar, la elevación a la categoría de delito de un conjunto de acciones -en sí atípicas- que se encuentran encaminadas a perpetrar algún delito que proteja la indemnidad sexual de menores de edad.

De otro lado, se consagra que estas conductas deben realizarse a través de cualquier medio de comunicación tecnológico, el cual debe ser el vehículo -medio- por el cual debe materializarse la propuesta de concretar un encuentro con el propósito lesivo. Esta propuesta, eso sí, debe acompañarse de actos materiales encaminados al acercamiento. Lo anterior sugiere la duda de si en este último caso (actos materiales) coincidirían con cualquier acto ejecutivo (principio de ejecución) de alguno de los tipos penales ya existentes en materia de protección de la indemnidad sexual y libre desarrollo de la personalidad de los menores involucrados en el Derecho Español. En el evento que así fuese, estaríamos frente a la figura del concurso aparente de leyes penales, que se resolverá de acuerdo a las fórmulas generales dispuestas para ello.

Ahora bien, en cuanto al tipo subjetivo, surgen algunas interrogantes respecto a la naturaleza que presenta la actual exigencia de “*a fin de cometer cualquiera de los delitos...*”, donde no queda del todo claro si se está aludiendo al dolo o algún otro elemento subjetivo distinto de éste. Pareciera ser, que tal exigencia, de acuerdo a la estructura del tipo, que se hace referencia al dolo (un dolo de grooming) el cual debe abarcar toda la faz objetiva indicada inicialmente. Es decir, se exige el conocimiento acerca que los actos ejecutados estén encaminados a preparar la realización de cualquiera conducta, que desplegada en el futuro, involucre a un menor de edad en una situación sexual prohibida por cualquiera de los tipos penales contenidos en los artículos 178 a 183 y 189 del CP Español.

III. La situación en Chile

Según se señaló al comienzo de este trabajo²⁷, en Chile no existe una regulación autónoma de los actos constitutivos de grooming. Por lo tanto, las acciones que le caracterizan no son típicas. No obstante, en el momento que cualquiera de las conductas que sean perpetradas con el propósito de atentar contra la indemnidad sexual de algún menor, constituyan un principio ejecutivo de cualquiera de los delitos establecidos en el Código Penal para protegerlos, la conducta es punible conforme las reglas generales.

27 Supra II.

De acuerdo a la naturaleza de estas conductas, que se desarrollan a través de cualquiera de las tecnologías de las comunicaciones existentes, los tipos penales que pueden verse afectados son principalmente los siguientes²⁸:

- 1) El delito de abuso sexual impropio, previsto en el artículo 366 quáter del CP.
- 2) El delito de producción de material pornográfico infantil, contenido en la norma del artículo 366 quinquies del CP.
- 3) El delito de distribución de material pornográfico infantil, establecido en el artículo 374, inciso primero.
- 4) El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, sancionado en el inciso segundo del artículo 374 bis del CP.
- 5) El delito de amenazas de los artículos 296 y 297 del CP.
- 6) Y por último, el delito de apropiación de clave, establecido en el artículo 2 de la Ley 19.223.

Estos son, en principio, los tipos penales contenidos en nuestro ordenamiento que permiten hacer frente y neutralizar las conductas cúlmines del desarrollo del grooming, sin perjuicio también, que pudiesen configurarse otras hipótesis ilícitas.

III.1. La Jurisprudencia: algunos casos de “grooming”

Los tribunales nacionales han conocido de varios casos²⁹ en que han concurrido este tipo de conductas, las cuales antecedieron al perfeccionamiento de algunos de los delitos recién enumerados. Destaca por ejemplo, la sentencia de 17 de noviembre de 2008, dictada por el Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago³⁰, la cual tuvo por establecido como hechos probados que: *“Durante el mes de Febrero de 2008 el acusado José Arturo Duarte Caroca desde su domicilio ubicado en calle Los halcones N°7423 Pudahuel, mediante la utilización de las cuentas de correo electrónico karlitiss@hotmail.com y trust.no1@hotmail.com y simulando ser menor de edad tomó contacto vía MSN con la menor de iniciales N.V.D.R de 13 años de edad a esa fecha, específicamente utilizando la primera cuenta y mediante el nick de “Karlita” fingiendo ser mujer, de ese modo logró hacerse amigo de la menor para luego presentarse a sí mismo a través del mismo programa MSN como un menor de 16 años de nombre “Pedro” utilizando la segunda cuenta indicada.- Con este segundo nick y cuenta, primeramente sedujo a la menor propo- niéndole una relación sentimental vía MSN, luego una vez ganada su confianza*

28 Cfr. Duque (2010) p. 125.

29 Vid. También Sentencia del Juzgado de Garantía de Villa Alemana, causa RUC 0800420830-8, RUC 2964-2008; Sentencia del Juzgado de Garantía de Rancagua, RUC: 0700934563-3, RUC: 5435 – 2008.

30 Causa RUC 0800205760-4, RIT 111-2.008.

procedió a exigirle mediante amenazas que posara desnuda frente a la cámara web y exhibiera sus genitales, todos estos hechos aptos para procurar su excitación sexual. Debido a esas presiones, la menor accedió a lo exigido por el acusado a través de este mismo medio.....Luego el acusado guardó en su computador las impresiones de pantalla que contenían las imágenes de los genitales de la menor". El tribunal en virtud de estos hechos condenó al acusado por los delitos de abuso sexual impropio del art. 366 quater, producción de material pornográfico infantil del 366 quinquies y almacenamiento de material pornográfico infantil, del inciso segundo del art. 374 bis, todos del Código Penal.

En el mismo sentido, la sentencia en juicio abreviado dictada por el Tribunal de Garantía de Loncoche³¹, de fecha 31 de mayo de 2010, condena al acusado por los delitos previstos en los artículos 374 bis inciso segundo y 296 N°2 del CP, en virtud de hechos que consistieron en "*Que el día 24 de marzo 2010 en horas de la tarde mientras las menores de iniciales J.C.S.B de 14 años de edad; V.B.P de 14 años de edad y M.S.A de 15 años de edad, se encontraban en el domicilio ubicado en Pasaje Amanecer de esta comuna y se mantenían conectadas a través de la red social Facebook, se contactó con ellas el imputado quien comenzó a entablar conversación con ellas y ante la negativa de las menores a conversar con el, este procedió a enviar mensajes amenazando a las menores, señalándoles que si no mantenían relaciones sexuales con él o en su defecto le enviaban fotografías desnudas, el haría que las echaran del colegio...*".

Como se puede advertir en ambos casos referidos, es posible encontrar el uso de acciones que definen las conductas de grooming. Así pues, la utilización de medios tecnológicos para establecer contacto con los menores, ganarse su confianza, seducción, amenazas y posteriormente el requerimiento de acciones sexuales con ellos, permiten confirmar la estructura y dinámica de esta nueva forma de preparar el camino del abuso sexual, quedando de manifiesto el real y efectivo peligro de estos actos preparatorios, que amenazan seriamente con lesionar un bien jurídico concreto.

Si bien en estos casos ha sido posible arribar al castigo de estas conductas, por haberse realizado parte de algún tipo penal, en un gran número de ellos estas acciones preparatorias que no alcanzan a cumplir su objetivo, pese a su real peligrosidad, siguen siendo impunes. Por lo anterior, es que se ha instalado el debate pertinente a fin de la conveniencia de incriminarlas directamente, según veremos.

III.2. El proyecto de ley que modifica el artículo 366 quáter del Código Penal

Existe actualmente en el Congreso, la tramitación de un proyecto de ley que, entre otros, pretende sancionar el acoso sexual de menores³². En él se

31 Causa RUC 1000285761-3, RIT 183-2010.

32 Proyecto de Ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, que se encuentra contenido en el

han reunido distintas iniciativas que anteriormente fueron impulsadas en el mismo sentido³³. Ahora bien, respecto al tema que nos ocupa, el presente proyecto informa que atendido que el acceso masivo a los recursos informáticos, especialmente a la red Internet ha dado lugar también a nuevas amenazas, especialmente para los menores de edad, permitiendo que pedófilos y pederastras puedan, aprovechándose de los vacíos legales existentes, aproximarse a los menores. Agrega que esta práctica, conocida en el Derecho anglo-sajón como “Child grooming”, ha sido tratada en distintos países, como Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, por lo que con el objeto de afrontar la situación mencionada, el proyecto modifica los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal³⁴.

En cuanto a la propuesta concreta contenida en el actual proyecto (Boletín 5857-07), en relación a la regulación de las conductas de grooming, esta consiste en la modificación del artículo 366 quáter del CP (abuso sexual impropio), proponiendo agregar en el inciso segundo, las acciones de “*enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona, con significación sexual*”³⁵. Por otra parte, se reemplaza el inciso tercero del mismo artículo, por otro que agrega, en caso de los mayores de catorce pero menores de dieciocho años, las amenazas de los artículos 296 y 297 del CP., las que se suman a las circunstancias del artículo 361 N°1 y las del artículo 363 del mismo texto, que actualmente contempla el actual inciso tercero de dicha norma.

Es importante destacar, que en el proyecto de ley contenido en el Boletín N°5751-2008, que finalmente se reunió en el actual, se contemplaba la iniciativa de castigar el grooming en los siguientes términos “*La misma pena se aplicará al que, a sabiendas de que trata con un menor de edad, por medios electrónicos o presenciales, lo sedujere o intente seducir, con fines sexuales, para lograr su excitación o la de otro*”. Esta alternativa, tal como se aprecia, era mucho más amplia y permitía abarcar otras conductas preparatorias antes de la realización del delito. En el mismo sentido, el Boletín N°5837-07, que también fue refundido en el actual, proponía al efecto “*El que, con la intención de realizar cualquiera de*

boletín N°5837-2007, y que actualmente se encuentra en trámite ante el Tribunal Constitucional (Oficio N°9190 de fecha 12/01/2011). La idea central del proyecto pretende a) modificar el Código Penal para sancionar el acoso sexual a menores efectuado por medios informáticos y virtuales y reprimir la pornografía de menores virtual o simulada, y b) incluir el delito de pornografía infantil en la regla especial para delitos sexuales prevista en el artículo 4° de la Ley N°20.084; asimismo se contempla la modificación del artículo 222 del Código Procesal Penal.

33 Vid., supra, nota 2, “*Boletín N°5573-07, que modifica el Código Penal para sancionar el acoso sexual infantil; Boletín N°5751-07, que introduce modificaciones al Código Penal para sancionar la seducción de menores y otros abusos contra menores por medio virtuales*”.

34 Boletín 5837-07.

35 Modificase el artículo 366 quáter en el siguiente sentido: a) intercalase en el inciso segundo, entre la frase “suyo o de otro” y la coma (,) que precede a las expresiones “la pena será”, lo siguiente: “o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad.

las conductas descritas en los párrafos 5 y 7 de este título, por cualquier medio de los indicados en los incisos precedentes concertare o llevar a efecto un encuentro, con una persona menor de catorce años, será sancionado con presidio menor en cualquiera de sus grados”, en este caso la redacción propuesta se asemejaba mucho a la actual regulación del actual artículo 183 bis del Código Penal Español ya visto, sin embargo no prosperó.

Con todo, con la actual modificación que pretende el proyecto vigente, el legislador nacional descarta el camino de haber castigado, como delito autónomo, cualquier acción desplegada por algún medio tecnológico con el propósito de involucrar a menores de edad en situaciones de carácter sexual. Se aleja así, de las soluciones adoptadas en otros países de elevar a la categoría de delitos actos preparatorios (por ejemplo caso español antes visto), optando por la técnica de complementar el tipo base del abusos sexual impropio, incluyendo hipótesis antes no contenidas expresamente. Por lo tanto, con las expresiones que incluye la modificación, se vendrá a llenar un vacío importante en el tipo estudiado, mejorando con ello las posibilidades de su ámbito de protección.

IV. Bibliografía citada

1. Cox, Juan Pablo, “*Los delitos de Producción, Adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho Penal*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, I semestre.
2. Cury, Enrique, “*Derecho Penal, Parte General*”, Editorial Pontificia Universidad Católica, 2005.
3. Duque, Catalina, “*Consideraciones para la Investigación del Fenómeno del Grooming*”, en Revista Jurídica del Ministerio Público, N°41, 2009.
4. Ferrajoli, L. (2001), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª edición, Madrid.
5. Fuentes Osorio, Juan, “*Anticipación de la tutela Penal*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2006, núm. 08.
6. Inostroza, Félix; Maffioletti, Francisco y Car, Macarena, “*Qué es el grooming o ciberacoso sexual a niños a través de Internet?*”, en Revista Jurídica del Ministerio Público, N°35, año 2008.
7. Kindhäuser, Urs, “*Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho Penal*”, en Indret, Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, N°1, año 2009.
8. Künsmüller, Carlos, “*Delitos de Pornografía Infantil (modificaciones legales anunciadas y problemas ad portas)*”, en Gaceta Jurídica, N°273, Marzo 2003.

9. Mir Puig, Santiago, “*Derecho Penal Parte General*”, Editorial IBF, octava edición, 2008.
10. Magro Servet, Vicente, “*El grooming o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal*”, Revista Diario La Ley, N°7492, sección Tribuna, Octubre 2010.
11. Puschke, Jens, “*Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*”, en Indret, Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, N°3, año 2010.
12. Silva Sánchez, Jesús María, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales.*”, Madrid, Civitas, 2001.

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

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ARTÍCULO 292 DEL CÓDIGO PENAL. PROPUESTA, ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Tania Gajardo Orellana¹

A la luz de la importancia de la prevención y sanción de las asociaciones criminales, debido a la peligrosidad agravada que involucra una organización destinada a cometer delitos y a su alto impacto social, lo que se ha reflejado en un aumento en la cantidad de investigaciones y judicializaciones por el delito de asociación ilícita, se hace necesario atender el problema de la falta de uniformidad en los criterios o elementos para entender cuando el tipo penal de asociación ilícita está configurado. Tanto es así, que desde el año 2007 a la fecha hay sentencias de tribunales chilenos que exigen hasta diez elementos para la configuración del tipo penal, y otras que señalan sólo cuatro.

Por su parte la doctrina comparada parece estar mucho más conteste en los elementos del tipo penal que la chilena, como asimismo, en las reglas de determinación de competencia de un delito en el que difícilmente podríamos averiguar con exactitud dónde o cuándo tuvo su principio de ejecución.

Este artículo, más allá de profundizar en el bien jurídico protegido, materia interesante de analizar en el futuro, intentará entregar una pauta de criterios o elementos que unifiquen los requisitos con los que podemos entender estar frente a un tipo penal de asociación ilícita, derribando algunos mitos comunes entre quienes trabajamos en estas materias y clarificando conceptos a veces muy utilizados, pero poco entendidos como “permanencia” y “organización”.

Para lograr el objetivo planteado se hace una estructuración de los elementos del delito basado en la ley, en el análisis de doctrina nacional y comparada y de la última jurisprudencia nacional en la materia.

I. Preámbulo

1.- En muchas oportunidades nos encontramos con investigaciones en las que observamos la actuación conjunta de sujetos organizados, cuyo fin es cometer delitos. Casi en el mismo número de ocasiones nos cuestionamos acerca de si este grupo de sujetos además de los delitos finales del plan criminal, cometen a su vez el delito de asociación ilícita.

Esta pregunta además de ser compleja de resolver, ha tenido diferentes respuestas dependiendo de la época en la cual se le analice. Desde la época del

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

derecho romano, con los “*conventiculum*”², estaba presente en el ordenamiento jurídico una primera idea de asociación ilícita, en la cual lo que se castigaba era la “*peligrosidad latente*”³ que causaba el hecho de que hubiera un grupo organizado diferente del Estado, cuyo fin era el ataque a las personas o la propiedad. Hoy en día nos encontramos con organizaciones de sujetos dispuestos a cometer diferentes ilícitos, desde criminalidad económica, delitos comunes, tráfico de drogas y terrorismo. Todas complejas desde el punto de vista de la organización y fines de la asociación, pero que tienen una característica común visible desde Roma, la “*peligrosidad latente*” de sujetos permanentemente organizados, dispuestos y disponibles a llevar a cabo los delitos finales que se han propuesto realizar.

2.- En nuestra realidad nos encontramos con que durante el año 2009, ingresaron 48 causas por el delito de asociación ilícita, mientras que el año 2010 ingresaron 99, de las cuales 47 terminaron en condenas y 37 en absoluciones⁴.

A raíz de estos datos es posible apreciar que en el año 2010 en relación al 2009 aumentaron considerablemente el número de investigaciones por este delito, así como también las sentencias condenatorias.

3.- Ahora bien, si observamos en detalle los requisitos del tipo penal que se han identificado en las formalizaciones, así como los elementos del delito considerados probados en las sentencias condenatorias, podemos advertir que se manejan criterios diferentes, tanto al interior de la fiscalía, como en los tribunales de justicia, lo que trae aparejada la incertidumbre al momento de emprender una nueva investigación que involucre el delito de asociación ilícita, y también de acusar por este mismo delito.

Un ejemplo extremo que podemos encontrar en la jurisprudencia es el del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, quien en un fallo condenatorio, estableció diez requisitos para tener por configurado el delito de asociación ilícita: “*Estos elementos estructurales del tipo son: 1° Pluralidad de personas. Dos o más personas concertadas. 2° Un centro de poder. 3° Distintos niveles jerárquicos. 4° Los miembros tienen diversas tareas o misiones compartimentadas. 5° Sometimiento a una férrea disciplina. 6° Intercambio de sus miembros. 7° Aplicación de tecnología e implementación logística. 8° Apariencia de legalidad en algunas actividades o simplemente la realización de una actividad francamente clandestina. 9° Una o varias finalidades. 10° Relativa independencia de sus miembros*”⁵.

2 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. VII, p. 371 y ss. Ed. Losada, Buenos Aires, 1970. Según el derecho romano se daba el nombre de conventículo a cualquier comunidad de hombres, encaminada a atacar al Estado o al Príncipe. Luego derivó en cualquier forma de organización de malhechores cuyo fin fuera atacar a personas o propiedades.

3 Mikkelsen-Loth, Jorge, *Asociación Ilícita*, p. 2, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

4 Fuente SAF (Sistema de apoyo a fiscales del Ministerio Público).

5 Fallo 6° TOP Santiago de fecha 3 de mayo de 2007 RUC N°0500322293-6.

El mismo tribunal, en el mes de diciembre del 2010, estableció cuatro requisitos para estar frente a una asociación ilícita: “1°) *un centro de poder que asigna tareas, se reserva la toma de decisiones y maneja y centraliza la información sensible para el funcionamiento de la organización;*

2°) *un grupo de sujetos que cumple las funciones y tareas asignadas por el núcleo decisor;*

3°) *un relativa estabilidad en el tiempo*

4°) *el fin de ejecutar delitos de la Ley de Drogas y obtención de lucro...*⁶

Con la finalidad de facilitar las investigaciones, formalizaciones y acusaciones por el delito de asociación ilícita, se intenta unificar criterios, entregando a continuación los elementos que consideramos, a la luz de la doctrina y la última jurisprudencia, deben comprender los hechos investigados para que estemos ante este delito autónomo y complejo.

II. Elementos o requisitos del tipo penal de asociación ilícita

1) Pluralidad de sujetos

1.- De la lectura del artículo 292 del Código Penal, que describe el tipo penal de asociación ilícita, se desprende que se necesita para que los hechos sean tipificados de tal, una pluralidad de sujetos. El artículo citado comienza describiendo: “Toda asociación de sujetos...” lo que nos indica que deben existir dos o más, número que según las reglas de las sociedades es suficiente para estar frente a una de ellas.

Esta pluralidad de sujetos, que a simple vista parece un requisito fácil, no es tema pacífico al incorporar el aspecto subjetivo del mismo, esto es la *affectio societatis* o voluntad de pertenecer a la asociación.

Para analizar metódicamente este primer requisito debemos tener presente que este se divide primero en dos aspectos; objetivo pluralidad de sujetos, subjetivo voluntad de los sujetos de pertenecer a la asociación.

1.a) Aspecto objetivo: dos o más sujetos

1.- Éste se extrae de la definición del tipo penal, que alude a “toda asociación”. En nuestro sistema jurídico tenemos que buscar el significado de asociación en las normas del Código Civil que se refieren al contrato de sociedad, en ellas el artículo 2.053 indica que: “La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”. De acuerdo a esta definición con dos o más

6 Fallo 6° TOP Santiago de fecha 11 de diciembre de 2010 RUC 0700500869-1.

personas estamos ante lo que el Código Penal llama asociación, agregando en el caso del ilícito las demás particularidades que requiere que nos referiremos más adelante.

2.- El acuerdo de estas dos o más personas puede ser explícito o implícito, en palabras de Núñez: “El acuerdo existe cuando los individuos interesados han manifestado, expresa o implícitamente, su voluntad de obrar concertadamente para cometer delitos, prestándose cooperación al efecto. El acuerdo implícito, puede resultar incluso de actividades delictuosas realizadas en común por las mismas personas, y procesalmente, bastan hechos demostrativos de la existencia del acuerdo con fines delictivos, expresa o tácitamente prestado”⁷.

3.- Cabe señalar que el acuerdo puede estar disimulado a través de una sociedad lícita, a través de la cual los sujetos llevan a cabo el plan delictual. Esta puede nacer a la vida jurídica con las formalidades de una sociedad lícita, pero cuyo objetivo es la comisión de delitos, o bien ser del todo lícita, pero comenzar luego de formada a cometer delitos, si esto es así se excluyen los sujetos que sólo pertenecen a la sociedad lícita y que no han declarado su voluntad, ni implícita ni explícita de cometer delitos a través de la asociación⁸.

4.- Así la jurisprudencia más reciente ha dicho lo siguiente: “*Respecto al presupuesto base de este delito, esto es, la asociación de personas, en el Código Penal no se precisa el número de individuos necesarios para constituirlos y si bien hay autores que estiman que debería tratarse de al menos tres personas, una rigurosa interpretación del artículo 292 lleva a concluir que bastaría con dos...*”⁹.

1.b) Aspecto subjetivo *affectio societatis* para delinquir o voluntad de pertenecer a la asociación

1.- Al estar frente a una investigación con pluralidad de sujetos, debemos preguntarnos si estos sujetos han tenido la voluntad de unirse con el propósito o intención de ser socios, esto es con la finalidad de ejecutar un plan común del que todos pueden aprovechar sus utilidades y sobre todos pesan sus pérdidas. Según las exigencias de nuestro Código Penal, el plan común ha de ser la comisión de delitos, ya que sólo es punible la asociación ilícita para la comisión de delitos, y no para la comisión de faltas. Estos delitos a su vez sólo pueden tener como bienes jurídicos protegidos los siguientes: el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades.

2.- En esta parte es discutible si es que todos los delitos por definición afectan en alguna medida el llamado “orden social”, este requerimiento del artículo 292 del Código Penal, puede interpretarse en forma restrictiva o amplia, en

7 Núñez Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 184.

8 Vid. más acerca de este punto en Cornejo Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 63.

9 Fallo TOP Villarrica de fecha 28 de abril de 2010 RUC N°0500222874-4.

forma restrictiva se referiría sólo a aquellos delitos que atenten en contra de la seguridad del Estado, y en forma amplia podríamos entender que todos los delitos por el hecho serlo, esto es por tratarse de hechos de la vida diaria que desvaloramos tipificándolos y asignándoles una pena, debido a que dañan bienes jurídicos relevantes, ciertamente dañan el orden social.

3.- Volviendo sobre la *affectio societatis*, o la voluntad de pertenecer a la asociación, debemos nuevamente, sólo para efectos metodológicos, distinguir dos fases, una subjetiva y una objetiva, relacionadas con las etapas en que se entiende constituida esta pertenencia a la sociedad.

4.- En la subjetiva encontramos el dolo exigible para la comisión de cualquier delito, el que se satisface con la sola voluntad del sujeto de pertenecer a la sociedad, esto es conocimiento y voluntad de que ingresa a una asociación cuyo fin es la comisión de delitos y en la cual él aportará algo para lograr esta finalidad común. A su vez esta voluntad, de acuerdo a los tiempos que corren, puede ser exteriorizada a través de diferentes maneras, es decir, llamadas telefónicas, correos electrónicos, intermediarios, páginas Webs, entre otros¹⁰. No siendo necesario que entre los integrantes se conozcan en forma personal, ya que en la era de las comunicaciones y de la globalización, sería contra toda lógica esperar que la gente para organizarse tuviera que conocer personalmente a alguien, habida cuenta de la infinidad de recursos de comunicación con las que contamos¹¹.

Tampoco es necesario que entre los integrantes todos se conozcan, basta que tengan la voluntad de pertenecer a un grupo de sujetos organizados para lograr un objetivo común, cual es en este caso la comisión de delitos. Sería un despropósito que en la internacionalización de la criminalidad, y en la complejidad de los casos que se investigan, se exigiera que todos los integrantes de la organización se conocieran entre sí, más aún cuando desde la época de la mafia italiana se han mantenido en secreto las identidades de los jefes de las mismas, como una medida lógica de protección de los fines de la organización.

5.- En su faz objetiva, la *affectio societatis* se entiende constituida con la aceptación de los integrantes de la asociación al sujeto que se integra como partícipe de la misma, esto es; el sujeto tiene voluntad y conocimiento de pertenecer a la asociación y a su vez la asociación lo acepta y percibe como tal. Esto se identifica con la integración del sujeto al plan delictual, con el conocimiento del resto

10 Esto ha sido considerado así en la jurisprudencia comparada, ejemplo de ello es el fallo de la Corte Federal argentina, causa número 29.463, sentencia del 21 de enero de 1998: "No es preciso que la asociación se forme por el trato personal y directo de sus asociados. Basta que el sujeto sea conciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas. No es preciso, en consecuencia, el trato personal, ni el conocimiento, ni la reunión en común, ni la unidad del lugar. Los acuerdos pueden ser alcanzados por medio de emisarios o correspondencia".

11 Más acerca de la expresión de voluntad vid. Mikkelsen-Loth, Jorge, *Asociación Ilícita*, p. 39, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

de los integrantes de la asociación de que “pueden contar con...” al momento de llevar a cabo los delitos que se han planteado como organización.

En algunas investigaciones en las que se investigan delitos cometidos por pluralidad de sujetos, y en que se ha utilizado el método especial de investigación de escuchas telefónicas, se pueden apreciar conversaciones como: “Te paso a buscar a las X hora en tal lugar, salió un trabajito”. Esto nos da cuenta de un sujeto que previamente ha acordado trabajar cuando es necesario, en algo que él y la persona que lo llama tienen conocimiento de qué se trata, y que además está dispuesto y disponible para realizar su parte del plan. Como vemos no se hace necesario ni la presentación del sujeto que realiza la llamada, ni una pregunta acerca de su disposición horaria, ni explicación alguna acerca de lo que hay que hacer en el eventual trabajo. Se hace visible un acuerdo previo en el que se han pactado los hechos sustanciales del plan, la llamada escuchada es tan sólo una formalidad, esto es la hora para ir a cumplir con lo pactado al entrar a la sociedad. Entonces el sujeto que responde la llamada ha aceptado previamente pertenecer, y la asociación cuenta con él, lo acepta y percibe como parte de la misma.

6.- Ahora bien, un mismo sujeto puede pertenecer al mismo tiempo a más de una organización, el requisito es que en todas ellas esté dispuesto y disponible a participar en el plan delictual, y que todas ellas cuenten con él, esto es que esté presente la faz subjetiva y objetiva de la *affectio societatis* o voluntad de pertenecer a la asociación ilícita.

Reflejo de esto lo podemos ver en los negocios lícitos, en donde se entiende parte integrante de la vida comercial y empresarial los servicios *part time* e incluso por horas, lo que permite a las personas organizar su tiempo de acuerdo a sus prioridades y en algunos casos obtener ingresos extras. Si esto es así en los negocios lícitos, es dable pensar que en los ilícitos en donde no hay restricciones contractuales formales, también los sujetos puedan ser parte de diferentes asociaciones, en las que han consentido participar y las que cuentan con él y lo sienten parte de la misma. Por otra parte ni el tipo penal del artículo 292 analizado, ni la realidad hace exigible este requisito.

Jurisprudencialmente, la Excma. Corte Suprema ha señalado: “*La conducta del autor asociado para delinquir deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la asociación se forma para cometer delitos ... Ello supone la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la ‘voluntad social’¹².*”

12 Fallo Excma. Corte Suprema (casación en el fondo, sentencia de reemplazo), de fecha 15 de marzo de 2010, Rol N°7712-2008.

1.c) Coautoría y asociación ilícita

1.- Una duda frecuente en la determinación de si estamos o no ante la presencia de una asociación ilícita, es la de si los hechos investigados configuran una forma de coautoría, o realmente hay un delito autónomo de asociación ilícita. Para ello es relevante constatar si el acuerdo de voluntades (de dos o más personas), es celebrado para cometer un delito determinado (en modo, tiempo y lugar¹³), o se ha establecido para la comisión de un número de delitos indeterminado¹⁴ (en cuanto a modo, tiempo y lugar). Si estamos ante la unión de voluntades para la comisión de un delito determinado, esto es Pedro y Juan acuerdan matar a María mañana, estamos ante una coautoría, ya que ellos han acordado unirse tan sólo para matar mañana a María. En cambio, si Pedro y Juan acuerdan que desde mañana matarán a todas las mujeres llamadas María (determinación sólo en cuanto al objeto del delito, pero no en el modo, tiempo y lugar), ellos han realizado un acuerdo para llevar a cabo delitos de homicidio en contra de todas las mujeres llamadas María, lo que sí constituye un delito autónomo de asociación ilícita.

Si volvemos al inicio, esto es a la “peligrosidad latente”, como sustrato común de la asociación ilícita, Pedro y Juan no son un “peligro latente” para la sociedad en general si es que acuerdan que mañana matarán a María, pero sí lo son si es que se unen para matar desde mañana a todas las Marías¹⁵.

2.- En la asociación ilícita, según el ejemplo dado, no se trata de dar muerte a una persona determinada por una especial relación que se ha tenido o tiene con esa persona, se trata de la unión para matar indeterminadamente a todas las mujeres que lleven ese nombre o cualquier otro. Podría tratarse también de matar a todas las mujeres, de robar con intimidación a personas de la tercera edad, de robar todos los vehículos de fácil receptación, etc. La idea es que no se trata de la unión para robar a una persona determinada sólo en esa ocasión, ni matarla, se trata de unirse para estar dispuestos y disponibles a matar, robar, o cualquier otro delito en contra de los bienes jurídicos antes dichos de forma indeterminada (en modo, tiempo y lugar), constituyéndose por ello ciertamente la organización en una “peligrosidad latente” para la sociedad.

3.- En este sentido, siempre es buena la comparación con los negocios lícitos. En ellos si dos personas se ponen de acuerdo para, la una proveer de materia prima a la otra, quien le confeccionará un traje, no podríamos decir que entre ellos hay *affectio societatis*, sino que habría un mero encargo de un trabajo de sastrería, pero si las mismas personas acuerdan que desde ahora en adelante, una de ellas comprará tela para que la otra confeccione trajes, los que venderán a tiendas minoristas, entendemos que entre ellas hay una sociedad cuyo fin es

13 Mikkelsen-Loth, Jorge, *Asociación Ilícita*, p. 55, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

14 Carrara Francesco, *Programa de derecho criminal, Parte especial*, volumen VI, p. 144, Ed. Temis, Bogotá, 1973.

15 Volveremos sobre este punto con más profundidad en el requisito objetivo común.

vender trajes. En las asociaciones ilícitas la dinámica es similar, existe un grupo de dos o más personas que se ponen de acuerdo (conocimiento y voluntad) de unirse para, mediante una mecánica establecida, cometer un número indeterminado de delitos, que resultan posibles de llevar a cabo con éxito, mediante dicha mecánica.

2) Permanencia en el tiempo

1.- Cuando hablamos de permanencia en el tiempo, más que un requisito ligado a la cantidad de tiempo, nos referimos a la disposición permanente en el tiempo, sea un período corto o largo, a llevar a cabo el plan delictual. Volviendo a las comparaciones con los negocios lícitos, una fábrica, micro empresa, o sociedad, cualquiera que sea, funciona sobre la base de que sus miembros ejercerán sus cometidos durante un tiempo, esto es que cada uno de ellos durante un período estará dispuesto a cumplir su función con miras al objeto de la asociación.

Sobre la base de lo dicho, no es necesario probar una actividad sostenida por un espacio de tiempo demasiado extenso, sino que es necesario probar que los miembros de la organización han mantenido durante algún tiempo su forma de actuar y su disposición para con el grupo.

En este sentido Carrara indica: "...el factor cardinal de una sociedad criminal es, precisamente, que conste de una organización permanente"¹⁶. Si relacionamos este requisito con lo que hemos llamado el sustrato común del delito de asociación ilícita, esto es la "peligrosidad latente", nos encontramos con que un grupo de sujetos que están permanentemente dispuestos a cumplir su rol dentro de la organización cuyo fin es cometer delitos, configura un peligro latente para la sociedad. Esta es la base de la permanencia.

2.- Es relevante para efectos procesales destacar que este requisito de permanencia, transforma el delito de asociación ilícita en un delito de carácter permanente, por lo que se está cometiendo durante todo el tiempo que dura esta voluntad de pertenecer a una organización cuyo fin es cometer delitos. Autores como Abel Cornejo suman a la característica de permanente y de autónomo ya vistas, la de tratarse de un delito de carácter preparatorio, lo que constituye en primer lugar una excepción al principio de la no punibilidad de las ideas, y en segundo lugar un adelantamiento de la punibilidad a actos preparatorios de la comisión de delitos finales¹⁷.

16 Carrara Francesco, *Discurso sobre el derecho de la defensa pública y privada*, Lucca, Carnovetti, 1859.

17 Vid. en Cornejo Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 73. Cfr. Con Guzmán José Luis, *Estudios y defensas penales*, Segunda edición, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, p. 139. El autor no está de acuerdo en que la asociación ilícita sea un adelantamiento de la punibilidad.

La doctrina comparada, en especial la italiana y española¹⁸, entienden que estamos ante un delito de carácter necesariamente permanente, que se consuma con el dolo de pertenecer a la asociación, por lo que de aquí surge la interrogante de qué pasa con los sujetos que formaron parte de una asociación, pero al momento de la formalización ya no son parte de ella. La posible respuesta, consecuente con el carácter de delito autónomo y permanente, es que el delito ya está consumado, por lo que la renuncia posterior a la voluntad de pertenecer o su disolución no extinguen ni atenúan la responsabilidad penal. Tal es así que “...desde el momento en que se activa la *societas delinquentium* le sucede un estado de conducta amenazado con pena, hasta que una acción de los integrantes haga cesar el dolo; ya sea por la propia extinción de la voluntad de los integrantes, o por la disolución de la sociedad. Ciertamente la desaparición del estado continuado de antijuricidad no extingue la tipicidad de la conducta precedente¹⁹”.

3.- Otra situación importante a raíz de la permanencia del delito es la figura del desistimiento, si la asociación se extingue (por la causal que sea) no estamos ante un desistimiento de cometer el delito, ya que el delito se cometió al momento de formar la asociación mediante las expresiones de voluntad al efecto.

4.- La Excelentísima Corte Suprema ha fallado al respecto: “*La existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal...*”²⁰. De esta parte del fallo se rescata el pronunciamiento acerca de la estabilidad o permanencia en el tiempo, descartándose la necesidad de estructuras jerarquizadas de índole tradicional, por las razones que veremos más adelante.

3) Objetivo común

1.- El objetivo de los asociados para que se tipifique el delito de asociación ilícita debe ser la comisión de delitos. El Código Penal exige que se trate de delitos, y no de faltas y que estos a su vez, como vimos anteriormente, afecten el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad. Debe tratarse de conductas perfectamente tipificadas como delitos en la ley.

2.- En esta parte nuevamente es importante el carácter de asociarse para cometer un número indeterminado de delitos, tratado a propósito del dolo. En doctrina se ha discutido latamente el carácter de la palabra “indeterminado”. La discusión se basa en la interpretación del elemento “indeterminados” como

18 Vid. Manzini, V. *Tratado de derecho penal italiano*, Ed. Torino, vol. VII, 1962. También García Pablos de Molina, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.

19 Mikkelsen-Loth, Jorge, *Asociación Ilícita*, p. 53, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

20 Fallo Excma. Corte Suprema (casación en el fondo, sentencia de reemplazo), de fecha 15 de marzo de 2010, Rol N°7712-2008.

absoluta, en el sentido de que si se trataba de un grupo de sujetos dispuestos a llevar a cabo un plan criminal detallado, estábamos ante una agravante de pluralidad de malhechores, ya que ellos habían acordado llevar adelante un plan determinado delictual. En este sentido: “cuando la ley exige que la asociación ilícita esté destinada a cometer delitos, se refiere a delitos indeterminados, de cualquier naturaleza que sean”²¹.

La postura contraria, actualmente dominante en la doctrina, indica que “...la indeterminación radica, por lo demás, en el “modo, tiempo y lugar” de llevarlos a cabo. Obviamente la intranquilidad social se produce cuando el ciudadano normal advierte la presencia de un grupo de personas que se agrupan con el propósito de delinquir, y no puede precisar cómo, cuando y dónde puede llegar a ser atacado”²².

3.- Conectando el requisito indeterminación con la realidad, se vuelve imposible una asociación en donde sus participantes no sepan a qué delitos se dedicarán, en otras palabras, la voluntad de asociarse a una organización y no a otra se relaciona estrechamente con los delitos que llevará a cabo una u otra, información que debe estar disponible para poder decidir considerando los potenciales y habilidades de los sujetos en relación al objetivo, así como las utilidades que les generará la actividad a sus socios. La indeterminación no se refiere a una indeterminación tal, con potencial de generar intranquilidad a la humanidad, debido a ser potencialmente capaces de cometer todo tipo de delitos y en todo lugar. La indeterminación se relaciona con que a un sector determinado de la población (potencialmente afectado), le causa intranquilidad el conocimiento de que hay un grupo de sujetos asociados y dispuestos a cometer una cantidad indeterminada de delitos que podrían afectar sus bienes jurídicos.

Es así como probablemente los delitos de cuello blanco no causan intranquilidad social a la población entera, por ejemplo una asociación que se organiza para cometer delitos de *phishing*, causará intranquilidad a la parte de la población titulares de cuentas corrientes que operan a través de Internet, no así a quienes no son titulares de una cuenta corriente. No por ello dejan de ser una organización que tiene como objetivo cometer una cantidad indeterminada de delitos de *phishing*, ya que los cometerán en contra de todo aquél que les proporcione sus números secretos para ingresar y operar la cuenta corriente a través de Internet y no en una ocasión en particular.

Se puede repetir este ejemplo en delitos más comunes como el robo, que por ejemplo le provocará intranquilidad a la población dueña de vehículos todo terreno las asociaciones formadas para este tipo de robo (muy de moda en los últimos años), o a los dueños de animales para producción de leche, queso, huevos, etc. en el caso de las organizaciones cuyo fin es el abigeato.

21 Gómez Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Ed. Compañía argentina de editores, p. 280, Buenos Aires, 1941.

22 Mikkelsen-Loth, Jorge, *Asociación Ilícita*, p. 55, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

4.- Lo claro es que la asociación debe tener como objetivo la comisión de ilícitos indeterminados en cuanto al “modo, tiempo y lugar”, pero no en cuanto al tipo de delitos, ya que tal cual como el mercado lícito, cada organización tiene capacidades para emprender mejor un tipo de delito que otro. En este sentido no es posible precisar para el no perteneciente a la asociación el cómo, cuándo y dónde podría ser atacado.

5.- A efectos de concluir con este requisito es necesario volver a diferenciar, ahora dentro del objetivo común, con la mera participación criminal de una pluralidad de sujetos. Para ello si nos enfrentamos a una investigación en donde reconocemos que actuó un grupo de sujetos organizados, que manifestaron su voluntad de organizarse al efecto, pero sólo llevan a cabo una operación concreta y puntual, aunque similar no estamos ante una asociación ilícita, para la que necesitamos la misma voluntad, pero para cometer ilícitos en cantidad indeterminada o para cometer delitos en general.

En la jurisprudencia podemos encontrar sentencias en donde claramente se menciona este requisito, así para el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: *“La existencia de un fin común preciso; éste debe ser el fundamento de la decisión de los que se reúnen para formar la asociación, planificando la comisión de una multiplicidad de delitos, espaciados en el tiempo, para lograr el objetivo”*²³.

4) Organización

1.- Último requisito de la asociación y extremadamente complejo a la luz de la jurisprudencia chilena, debido a las diferentes exigencias que el elemento “organización” ha presentado en las últimas sentencias.

Como hemos mantenido desde el comienzo de este artículo, el sustrato de la asociación ilícita viene dado por la intranquilidad social que produce el hecho, de que existan grupos de sujetos organizados y dispuestos a cometer una cantidad de ilícitos indeterminada. Este sentido detrás de la punibilidad de este tipo de asociación, no debe olvidarse al momento de analizar la existencia o no de organización entre los sujetos.

2.- Nuestros tribunales en repetidas oportunidades, imponiendo una exigencia que no contiene el tipo penal del artículo 292 del Código Penal, alejándose de los lineamientos de la jurisprudencia y doctrina comparada, han requerido para la sanción del delito de asociación ilícita una forma determinada de organización, caracterizada por una relación jerárquica piramidal entre los integrantes de la asociación.

Esta característica de jerarquía, no es exigida por el tipo penal expresado en el artículo 292 del Código Penal, ni tampoco es necesaria para entender que entre una pluralidad de sujetos ha existido la voluntad de agruparse para un fin

23 Fallo TOP Temuco de fecha 27 de julio de 2005, RUC N°0200142499-0.

común, cual es la comisión de delitos en contra del orden social, las buenas costumbres, la propiedad o las personas. Al contrario, al entender que el requisito de la organización involucra necesariamente una jerarquía entre los integrantes de la organización, estamos cerrando las posibilidades de que asociaciones que cumplen con todos los requisitos ante dichos (que corresponden a los exigidos por el tipo penal del artículo 292) queden fuera, debido a que tienen una forma de organización no jerárquica.

Como lo hemos hecho durante todo este artículo, debemos comparar lo dicho con los negocios lícitos, en ellos no todos tienen un tipo de organización jerárquica, en muchas ocasiones podemos encontrar grupos organizados en torno a propósitos comunes en donde cada uno tiene una función definida y la desarrollan horizontalmente en relación a sus compañeros, no siempre siendo necesaria la estructura típica piramidal de la organización de antaño.

Más aún, es relevante considerar que los cambios en las relaciones humanas van a la par con el desarrollo de las comunicaciones y la tecnología, existiendo formas de organización absolutamente virtuales, en donde todos los integrantes pueden aportar con la realización del plan delictual en la misma proporción e incluso sin moverse de sus casas²⁴.

2.- Entonces, dependiendo del objetivo de la asociación delictual o criminal, el tipo de organización será funcional a sus objetivos. La idea de una mafia italiana, con un jefe omnipotente, intermediarios y una escala más baja de ejecutores de los ilícitos no es funcional a todos los tipos de organizaciones que hoy por hoy contempla la realidad delictual.

La organización en la asociación ilícita es caracterizada por Abel Cornejo como “un nexo funcional que denote en los actos que lleve a cabo la sociedad criminal una estructura delictiva estable”²⁵, este nexo funcional no necesita de la jerarquía exigida en algunos fallos por nuestros tribunales.

3.- La figura agravada del jefe del artículo 293 del Código Penal, no es necesariamente aplicable sólo a quien ostenta el lugar superior de una pirámide jerárquica, sino que le es aplicable a aquel que “efectivamente manda a los consocios, controla a la organización, ordena ejecutar actos de aislamiento o preparatorios, en todo como un ideólogo de la asociación ilícita”²⁶.

24 Podemos repetir aquí el ejemplo del *phishing*, pueden asociarse un grupo de sujetos en torno al objetivo común de cometer estos ilícitos, cada uno de ellos puede realizar acciones determinadas desde su computador con miras a obtener las claves, otro a hacer los intentos de ingresar a las cuentas, otro de captar a las personas que recibirán el dinero en sus cuentas, cadena al término de la cual pueden repartirse el botín, sin que tengan entre ellos necesariamente una organización jerárquica tradicional.

25 Cornejo Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

26 Mikkelsen-Loth, Jorge, *Asociación Ilícita*, p. 59, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

Generalmente en las asociaciones ilícitas que tienen como fin el lucro, esto es las que atacan el bien jurídico propiedad, el “jefe de la organización” será aquél que obtiene el mayor provecho pecuniario de las actividades delictuales de la sociedad, pero en los casos en que la asociación tiene como fin cometer delitos en contra del orden social, entendido como la seguridad del Estado, la figura de “jefe” no la encontraremos en quien emita órdenes de carácter directo a los ejecutores, ni menos en quien reciba utilidad pecuniaria de los ilícitos cometidos, sino que la figura de “jefe” en este tipo de organizaciones no jerárquica, será identificable con lo que el autor citado llama ideólogo, en cuanto capta personas para la ejecución del plan criminal y se le rinden cuentas.

4.- El Tribunal Oral en lo Penal de Temuco hace un exhaustivo análisis de este requisito: “La *Existencia de algún grado de organización, esto es, que los esfuerzos de los asociados que tienden a un fin, deben estar debidamente coordinados por un ente superior o jefatura, para los efectos de alcanzar adecuadamente ese objetivo, debiendo dicha jefatura ser reconocida por los afiliados y, aunque no visible, pues es común existan células compartimentadas o escuadrones, deben existir lazos de obediencia con los que la lideran. El grado de organización o estructura jerárquica no puede resultar normalmente de un organigrama formal, pero él debe desprenderse del rol que a cada asociado le corresponde, por lo que debe acreditarse la participación de éste según las normas generales...*”²⁷.

Por su parte el Tribunal Oral en lo Penal de Colina indicó que debe existir “...una clara determinación de funciones y roles a su interior, roles que son parte del acuerdo de delinquir y que se entiende en base a la organización jerárquica de la estructura, como por ejemplo quien planifica y posee recursos para hacer efectivos dichos planes, no estará en la parte ejecutiva de la estructura”²⁸.

Finalizando, la Excelentísima Corte Suprema, más acorde con la opinión sustentada acerca de dejar atrás las exigencias de jerarquías piramidales, sentenció: “...Así, la asociación lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización; empleo de medios materiales; continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelinquencia”²⁹.

Concluyendo entendemos que para que se encuentre configurada la asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal, deben estar presentes los requisitos de pluralidad de sujetos (que involucra un aspecto objetivo y subjetivo del tipo penal), permanencia en el tiempo, objetivo común (de cometer delitos en contra de los bienes jurídicos establecidos en el artículo 292) y organización, la que no necesariamente debe quedarse en las estructuras jerárquicas piramidales,

27 Fallo TOP Temuco de fecha 27 de julio de 2005, RUC N°0200142499-0.

28 Fallo TOP Colina de fecha 30 de junio de 2009, RUC N°0500683346-4.

29 Fallo Excma. Corte Suprema (casación en el fondo, sentencia de reemplazo), de fecha 15 de marzo de 2010, Rol N°7712-2008.

tanto por no exigirlo el tipo penal, ni tampoco ir acorde a los tiempos y a los diferentes fines que puede tener una organización.

Estos elementos han sido extraídos tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, nacional y extranjera, e intentan servir de guía a las futuras formalizaciones de investigaciones por este delito, que actualmente acapara la atención de la sociedad en general, y del cual se pretende sea un elemento político criminalmente útil para el desbaratamiento de grupos organizados para delinquir, que causan mayor temor y daño a la población.

Excurso: el problema de la competencia en materia de asociación ilícita

1.- Frecuentemente nos encontramos en investigaciones por asociación ilícita en las que difícilmente podemos saber en qué momento principió la ejecución del delito. Hay consenso en que el delito de asociación es un delito de carácter autónomo, que se consume al momento de expresar la voluntad destinada a pertenecer a la asociación y se es aceptado como uno más del grupo.

Considerando lo anterior para conocer el lugar en que comenzó la ejecución habría que conocer el momento y lugar en que cada uno de los miembros de la organización aceptó vincularse a ella, o a lo menos el momento en que los dos primeros (a efectos de la pluralidad necesaria para constituir una sociedad) acordaron unirse para cometer ilícitos en una cantidad indeterminada.

No es difícil comprender que es algo complejo, si no imposible conocer exactamente el momento en el que comenzó el acuerdo de voluntades propio de la asociación, ya que al contrario de las sociedades lícitas, en las que se realizan actos formales de constitución y publicidad, que permiten saber momento y lugar, los sujetos que se dedicarán a cometer delitos mediante la mecánica organizada por su acuerdo de voluntades, no querrán dejar huella alguna de ello.

2.- ¿Cómo se ha resuelto este problema en la doctrina y jurisprudencia comparada? Se ha resuelto en primer lugar con las normas ordinarias de competencia, aplicando el criterio de atracción, según el cual es competente el tribunal del territorio en donde la asociación criminal llevó adelante el mayor número de ilícitos. Como generalmente los ilícitos se habrán cometido en varios lugares, se aplica el principio de economía procesal, en cuanto se debe “procurar una mejor actuación de la justicia que permita que la investigación y el proceso se lleven a cabo cerca del lugar donde ocurrió la infracción y donde se encuentran los elementos de prueba”³⁰. En nuestro caso, el juzgado de garantía competente del territorio en donde se hayan cometido los ilícitos de la organización, y si son varios o difíciles de identificar, aplicando el principio de economía procesal, debería conocer el juez competente del lugar en donde se encuentren los antecedentes de la investigación. La última jurisprudencia nacional en este

30 Mikkelsen-Loth, Jorge, *Asociación Ilícita*, p. 59, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

sentido ha fallado que el tribunal que primero decretó autorización de una medida de investigación intrusiva, es en razón de que ya conoció la causa, el competente, así la Corte de Apelaciones de San Miguel: “...el primer juez que *“intervino”* –según aparece de los antecedentes– lo fue el del Octavo Juzgado de esta ciudad, al autorizar una medida intrusiva el 31 de mayo de 2007, con motivo de la colocación de bomba en Automotriz Atal Auto, en la comuna de Providencia, el 27 de marzo del mismo año, de allí que sea éste el tribunal competente para seguir conociendo en los hechos investigados”³¹.

Esta materia también de lata discusión puede ser objeto de otro artículo, pero es importante destacar que el primer juez que intervino, sobre todo por aplicación de economía procesal, es competente para conocer, en la difícil determinación del juez competente en la asociación ilícita.

31 Sentencia Rol 2229-2010, fecha 4 de noviembre de 2010.

ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA COMETER DELITOS TRIBUTARIOS. COMENTARIOS A SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Alejandro Moreira Dueñas¹

Recientemente el Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia que rechazó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada por una imputada que se encontraba formalizada por delitos tributarios y asociación ilícita², fundamentando su decisión en una serie de consideraciones que entendemos de la mayor importancia comentar, intención que desarrollaremos a continuación exponiendo los antecedentes del caso y del requerimiento y comentando las razones expuestas por el Tribunal para rechazar el requerimiento intentado.

1. Antecedentes

Como es sabido, la Constitución Política de la República otorga a los intervinientes en un proceso la posibilidad de presentar un requerimiento ante el Tribunal Constitucional solicitándole a dicha magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Carta Fundamental.

En un proceso penal, cualquiera de los intervinientes e incluso el mismo Juez o Jueces que estén conociendo del asunto, puede pedir al Tribunal Constitucional que una norma sustantiva, como por ejemplo aquellas que describen y sancionan delitos, o adjetiva, como las normas del Código Procesal Penal, sea declarada inconstitucional ya que su aplicación vulneraría las disposiciones de nuestra Carta Magna. Se trata de un control preventivo, concreto y separado de los hechos sometidos a juicio. No corresponde calificarlo como una “*tercera instancia*” sino que una alternativa que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para concretar el imperio de la Constitución sobre el resto de las normas legales.

Esto se traduce en que, citando una sola de las múltiples alternativas, un imputado que haya sido acusado por el Ministerio Público sostenga ante el Tribunal Constitucional que, por ejemplo, la norma sustantiva que se le pretende aplicar, esto es aquella invocada por la Fiscalía en su acusación, al momento de aplicarse por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal causaría efectos contrarios a la Constitución, como crear una desigualdad arbitraria o una vulneración a la presunción de inocencia.

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Sentencia dictada el 4 de noviembre de 2010, en autos Rol 1441-09.

Dicho lo anterior, estamos en condiciones de abocarnos al requerimiento que suscitó el fallo en comento.

La formalización del Ministerio Público indica que la imputada formó parte de una asociación ilícita que se organizó para cometer delitos tributarios, en concreto, la imputada facilitaba facturas falsas que eran utilizadas por empresas cuyos representantes legales las necesitaban para encubrir compras de metales “*en negro*” o simplemente para ganar créditos fiscales y así rebajar la carga tributaria respectiva. La Fiscalía sostiene que la investigada incurrió en el delito contemplado en el artículo 97 N°4 inciso final del Código Tributario³ y también cumplió roles de facilitadora de medios a la asociación ilícita, cumpliendo las instrucciones de sus líderes, los representantes o controladores de las personas jurídicas que se vieron favorecidas con estas maniobras fraudulentas, por lo tanto, su situación también se enmarca dentro del artículo 294 del Código Penal.

La imputada dirigió su requerimiento contra el artículo 97 N°4 inciso primero del Código Tributario, parte final, específicamente en la parte que habla de “... *otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto...*” señalando que dicha norma constituye una ley penal en blanco “*contraria al artículo 19 N°3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República*” ya que la disposición “...*no expresa conducta alguna y por tanto es un tipo penal genérico e impreciso*”. Nótese que no objetó el delito tributario por el que se encuentra formalizada, decisión que tendrá sus consecuencias, como se explicará más adelante.

También se impugnaron los artículos 292 y 293 del Código Penal, afirmando que “...*al sancionarse una asociación ilícita por el sólo hecho de organizarse se estaría estableciendo una presunción de responsabilidad penal que haría inoperante el principio de inocencia...*” ya que se trataría de una presunción de derecho que no admitiría prueba en contrario, teniendo la acusada que demostrar su inocencia. Por otro lado, sostiene que el artículo 292 del Código Penal afecta el derecho de asociación, violentando su libre ejercicio.

Por último, indica que las disposiciones del Código Penal, los ya citados artículos 292 y 293 y la del Código Tributario, el mencionado artículo 97 N°4 inciso primero en su parte final, debido a que serían aplicadas en su conjunto por el Juez que le corresponda conocer del asunto, vulnerarían de la misma manera el artículo 19 N°3 de la Constitución al establecer una ley penal en blanco.

3 “El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 unidades tributarias anuales”.

2. Rechazo requerimiento

El Tribunal decidió rechazar el requerimiento por unanimidad, esgrimiendo para ello una serie de argumentos formales y sustantivos que a continuación enumeramos y comentamos.

En primer lugar, y acogiendo los planteamientos del Ministerio Público y del Servicio de Impuestos Internos, el Tribunal concluye que la norma del Código Tributario impugnada no es aplicable ni decisiva en el proceso penal que originó el reclamo, esto porque la querrela presentada por el SII y la formalización efectuada por la Fiscalía, no se refieren al artículo 97 N°4 inciso primero, parte final, a propósito de la situación de la imputada, en efecto, como señalamos anteriormente, la sospechosa fue querrelada y formalizada por el delito contemplado en el inciso final del artículo ya citado. Esta falencia, de procedencia del recurso, impide que el Tribunal pueda pronunciarse a su respecto.

Fundamentando su decisión en este punto, la sentencia señala: *“El principio de congruencia, materializado en los artículos 229, 255, 259, inciso final, 261, letra a) y 341 del Código Procesal Penal, impide acusar y condenar a la imputada requirente por hechos diversos a los constitutivos de la litis a su respecto. No puede, entonces, aplicarse la norma legal referida a estas circunstancias, ajenas a la decisión del asunto penal controvertido”*.

En otras palabras, el Tribunal entiende que los hechos que se imputan a la investigada tienen una calificación jurídica clara y precisa, ya que ella cumplió un rol dentro de la asociación ilícita de *“facilitadora de facturas”* descartando la posibilidad entonces que pueda aplicarse a su respecto la norma reclamada ya que ésta se refiere a una situación ajena y completamente distinta.

En segundo lugar, se rechaza el requerimiento afirmando que los preceptos del Código Penal sobre asociación ilícita no *“...contiene(n) formalmente ninguna presunción de derecho, ni siquiera indirectamente por el castigo de una situación provocada por el autor que se entiende peligrosa”*.

3. El voto de prevención

Cuatro Ministros concurrieron al fallo, indicando otra serie de consideraciones de fondo. La primera dice relación con la supuesta inconstitucionalidad del precepto tributario impugnado debido a que infringe la exigencia constitucional de tipicidad de la ley penal, idea que, como cita el fallo, sostiene una parte de la doctrina tributaria nacional. El voto de prevención rechaza esta interpretación doctrinaria y concluye que la disposición reclamada, que en todo caso constituye una ley penal en blanco, cumple con los estándares que la Constitución exige a los preceptos penales y que además se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con este tipo de ilícitos.

Para arribar a esta conclusión, los Ministros analizan los elementos del tipo penal cuestionado, señalando que las alternativas consagradas en el artículo

97 N°4 inciso primero del Código Tributario “...constituyen, en rigor, distintos medios de comisión de un mismo delito, y no delitos distintos.” y por lo tanto, “...las palabras que la actora impugna no constituyen un tipo genérico, abierto o impreciso, sino que constituyen en rigor el tipo básico, que el resto del artículo se encarga meramente de ejemplificar”.

En nuestra opinión, esta misma técnica legislativa puede encontrarse en otros tipos penales; un caso podemos encontrarlo en el artículo 468 del Código Penal que describe el delito de estafa. Como puede apreciarse de su simple lectura, esta disposición enumera una serie de situaciones constitutivas de ilícito, finalizando con la siguiente frase “...valiéndose de cualquier otro engaño semejante”. Otra circunstancia similar se presenta en el artículo 470 N°1 del mismo Código, el que consagra el delito de apropiación indebida, lo anterior ya que la citada disposición, luego de enumerar determinados actos jurídicos que dan origen a la obligación civil que fundamenta a este ilícito, señala: “...o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”. Es evidente que la descripción del legislador no puede llegar a cada situación particular que pueda suscitarse en la práctica, de otra manera, la ley perdería una de sus características más importantes, esto es, su generalidad, por ello se justifica, a nuestro entender, recurrir a este tipo de diseños legales, siempre y cuando pueda interpretarse el sentido y alcance de la norma, siguiendo la orientación valorativa que la propia ley enumera en estos casos.

Más adelante, la sentencia prosigue con el análisis de la norma impugnada, refiriéndose ahora al bien jurídico protegido, afirmando que son varios los valores de orden constitucional que se ven amparados por esta disposición. En concreto, se indica que este tipo penal resguarda la “*potestad tributaria*”, que permite al Estado alcanzar el mandato Constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta Fundamental, específicamente se dice que uno de los medios más importantes para lograr el desarrollo de la población es a través de la recaudación tributaria. También el delito analizado “...ampara la honestidad y transparencia de los contribuyentes”, la que incide en el respeto a la igualdad, proporcionalidad y justicia de los tributos, señalando que “...la carga que debe soportar un contribuyente está legitimada igualmente, por la honestidad de todos los demás contribuyentes”. Y por último, sostiene que debido a la naturaleza de los tributos, que afectan en definitiva a la propiedad de las personas “...resulta que la norma penal que protege su recaudación bajo condiciones de publicidad y probidad también es necesaria para garantizar que se respete la función social de las limitaciones a la propiedad”.

Puede apreciarse que no hay una alusión directa al orden público económico como bien jurídico tutelado, sin perjuicio que se hace una referencia a uno de los principios que lo integran, específicamente a la igualdad y proporcionalidad en los tributos⁴, alejándose de los tradicionales pronunciamientos de los

4 LÓPEZ MAGNASCO SEBASTIÁN, “Garantía Constitucional de la no discriminación económica”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago año 2006, p. 70.

Tribunales de Justicia que usualmente, en las sentencias por delitos tributarios, señalan que dicho orden es el bien jurídico tutelado.

Esta enumeración de valores protegidos, nos lleva a preguntarnos si efectivamente puede aseverarse que la ejecución de este tipo de delito, además de acarrear las responsabilidades por dicho ilícito, también puede formar parte del programa criminal que integra al delito de asociación ilícita, tal como está previsto en el Código Penal. En otras palabras, cuando en el artículo 292 del Código Punitivo se consagra la ilicitud de la asociación criminal *“formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades”*, ¿se incluye a los delitos tributarios?

La respuesta a esta interrogante se encuentra en el mismo fallo que comentamos; en los considerandos quinto a séptimo se indica que los bienes jurídicos amparados por el delito de asociación ilícita corresponden a la protección del orden y la seguridad social, que a nuestro juicio perfectamente pueden entenderse como dos de las *“...condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”*, y para alcanzarlas, el propio Tribunal señala que el Estado necesita proveerse de medios económicos, siendo una de sus fuentes más importantes la recaudación tributaria.

Por lo tanto, creemos sostenible que si la asociación criminal se ha constituido con el objeto de cometer delitos tributarios, se afecta inmediatamente la propiedad del Estado sobre recursos económicos, menoscabándose mediatamente la capacidad de nuestra Nación para asegurar el orden y seguridad social, y en definitiva, disminuye las posibilidades de crear las condiciones sociales que el propio artículo primero declara como objetivos primordiales del Estado.

A continuación los Ministros explican las características del delito señalando que se trata de un ilícito de *“mera actividad”*; y que *“...se sanciona la disminución engañosa del patrimonio del contribuyente... en otras palabras, no es cualquier conducta genérica la que se sanciona, sino aquél engaño que tiene por objeto disminuir el patrimonio del contribuyente”*. Más adelante señala que el tipo está integrado por elementos normativos, como los conceptos de *“contribuyente”* y *“declaraciones de impuestos”*, siendo muy importante para la labor interpretativa del Juez penal las definiciones que de ellos contempla la legislación tributaria. En cuanto al elemento subjetivo, afirma que el ilícito requiere de un actuar doloso *“...que se traduce en el engaño con el fin de perjudicar”*.

Concluyen que el artículo 97 N°4 inciso primero parte final, cumple con los estándares definidos por el Tribunal Constitucional en relación con el principio de legalidad *“...pues define el núcleo esencial de la conducta punible...”*, concordando con lo señalado por autores como Viveros Vergara⁵ y Alex Van Weezel⁶.

5 VIVEROS VERGARA *“Algunas precisiones sobre el delito descrito por el artículo 97 N°4, inciso primero, del Código Tributario”*, en Gaceta Jurídica N°320, p. 74 y ss.

6 VAN WEEZEL, ALEX *“Delitos Tributarios”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2007, p. 54.

Sentencia:

Santiago, cuatro de noviembre de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha 17 de julio de 2009, Jacqueline del Carmen Vargas Sáez ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 97 N°4, inciso primero, parte final, del Código Tributario y de los artículos 292 y 293 del Código Penal, en la causa seguida ante el Décimo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N°4007-2008, RUC N°0800491133-5, por los supuestos delitos de asociación ilícita y ciertas infracciones tributarias.

En la causa penal citada se resume por la requirente que con fecha 14 de mayo de 2009 ésta fue detenida por orden del Décimo Juzgado de Garantía de Santiago. Durante la audiencia de control de detención, el Servicio de Impuestos Internos presentó querrela criminal en contra de la recurrente, entre otras personas, por las infracciones previstas y sancionadas en el artículo 97 N°4, incisos primero, segundo y final, del Código Tributario, acción criminal que el órgano fiscalizador fundamentó en varios procesos de recopilación de antecedentes llevados a cabo en forma paralela a la investigación del Ministerio Público.

El Ministerio Público -prosigue el requerimiento-, el día 15 de mayo de 2009, formalizó la investigación a la requirente y a otras 14 personas, en calidad de imputados y querrelados,

por el delito de asociación ilícita, previsto y sancionado en los artículos 292 y 293 del Código Penal, y por los delitos tributarios contemplados en el artículo 97 N°4, incisos primero, segundo y final, del Código Tributario.

La solicitante señala a esta Magistratura que por aplicación de las normas cuya declaración de inconstitucionalidad solicita, se encuentra formalizada y privada de libertad desde el día 15 de mayo de 2009.

Jacqueline del Carmen Vargas Sáez basa la imputación de inconstitucionalidad respecto del artículo 97 N°4, inciso primero, parte final, del Código Tributario en que, a su juicio, se trataría de una ley penal en blanco, contraria al artículo 19 N°3°, inciso octavo, de la Constitución Política de la República, agregando, en ese sentido, que la norma impugnada no expresa conducta alguna y por tanto es un tipo penal genérico e impreciso.

Respecto de los artículos 292 y 293 del Código Penal, la requirente sostiene que ellos son contrarios a los números 3°, inciso sexto, y 26° del artículo 19 de la Constitución Política, explicando que al sancionarse una asociación ilícita “por el solo hecho de organizarse” se estaría estableciendo una presunción de responsabilidad penal, que haría inoperante el principio de inocencia latamente cautelado por la Constitución y las leyes, y por tanto produciría una inversión de la carga de la prueba. Asimismo, el artículo 292 del Código Penal afecta el derecho de asociación en su esencia, pues resulta evidente que se impide

el libre ejercicio de este derecho-garantía, “toda vez que el legislador lo ha sometido a exigencias que lo hacen irrealizable”.

Concluye que las tres normas impugnadas están en estrecha relación, miradas desde un punto de vista global, con la vulneración del artículo 19 N°3°, inciso octavo, de la Constitución, es decir, dan lugar al establecimiento de una ley penal en blanco.

Con fecha 28 de julio de 2009 la Segunda Sala de este Tribunal declaró admisible el requerimiento deducido.

Con fecha 7 de agosto de 2009 se ordenó oficiar a fin de poner en conocimiento del presente requerimiento a la señora Presidenta de la República, al Presidente del H. Senado, al Presidente de la H. Cámara de Diputados, al Ministerio Público, al director del Servicio de Impuestos Internos, al representante de Chilectra S.A. y al representante de la empresa eléctrica CGE; lo anterior, para que dentro del plazo de 10 días, pudieran hacer uso de su derecho a presentar observaciones y acompañar los antecedentes que estimaran pertinentes. Se ordenó asimismo oficiar al Décimo Juzgado de Garantía de Santiago a fin de que informara a esta Magistratura las partes (y sus respectivos domicilios) de la causa seguida ante ese tribunal RIT N°4006-2008, por los supuestos delitos de asociación ilícita y ciertas infracciones tributarias.

A fojas 108 y siguientes, el Ministerio Público, por intermedio de su Fiscal Nacional, don Sabas Chahuán Sarrá, evacuó el traslado conferido,

haciendo presente que el proceso penal que origina el presente requerimiento, esto es, el de los autos RIT N°4007-2008, seguidos ante el Décimo Juzgado de Garantía de Santiago, se inició con la denuncia presentada por el Servicio de Impuestos Internos el 27 de junio de 2008, cuya subsecuente investigación fue formalizada el día 15 de mayo de 2009, respecto de la requirente y otros, por los delitos descritos y sancionados en el artículo 97 N°4, incisos primero, segundo y final, del Código Tributario, así como por el delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 292 del Código Penal y el de receptación de especies, descrito y sancionado en el artículo 456 bis A de este último cuerpo legal, ilícitos todos que se encuentran en calidad de consumados, atribuyéndoseles a los imputados la calidad de autores. En síntesis, se anota que “los hechos que se investigan dicen relación con la existencia de una organización que para cometer una serie de infracciones tributarias, confeccionaba y facilitaba facturas falsas, las que luego eran incorporadas en la contabilidad de las empresas investigadas, para de esta manera justificar la adquisición de material que presuntamente tiene un origen ilícito y además rebajar la carga tributaria correspondiente, simulando en algunas ocasiones operaciones de compraventa que eran en realidad ficticias”.

Respecto de las normas impugnadas por la requirente, el Ministerio Público solicita su rechazo primeramente porque la señora Vargas no se encuentra imputada por el artículo 97 N°4, inciso primero, del Código

Tributario, sino que dentro de la organización delictiva ella facilitaba que otros imputados incurrieran en el delito descrito en el inciso final del artículo 97 N°4. Por lo anterior, y como principal argumento, bastaría aquél para rechazar el recurso de autos.

El Ministerio Público -ya desde el punto de vista sustantivo- establece en su presentación que el artículo 97 N°4, inciso primero, del Código Tributario cumple con el principio de legalidad establecido en el artículo 19 N°3° de la Constitución, ya que no se trata de una ley penal en blanco, toda vez que cualquier ciudadano podría entender qué debe hacer u omitir y en la especie puede perfectamente comprender que, al menos, es ilícito realizar acciones que busquen alguno de los resultados indicados por la ley. Sumado a ello hace presente que este Tribunal ha fallado en numerosas ocasiones declarando constitucionales normas que podrían considerarse leyes en blanco.

Respecto de la asociación ilícita, el Ministerio Público sostiene que dicho delito no “*presume de derecho*” la responsabilidad penal, toda vez que la frase destacada por la requirente -“importa un delito por el solo hecho de organizarse”- tiene otro significado, cual es el de poner en evidencia una de las características más relevantes del tipo, a saber, “*su absoluta independencia de los delitos que en el marco de la asociación puedan cometerse, luego, si se perpetrar o no los ilícitos para los cuales se ha organizado un grupo de personas, de todas maneras*

es aplicable la sanción a los integrantes de la asociación ilícita”.

La anterior característica de independencia entre el tipo de asociación ilícita y los ilícitos que cometan sus miembros, es reforzada por el artículo 294 bis del Código Penal y por el hecho de que no es necesario para castigar por el delito de asociación ilícita que efectivamente se cometan los crímenes o simples delitos que los miembros de ella se han propuesto cometer, debido a que la asociación ilícita “*es un delito que lesiona la tranquilidad pública, la paz social y el orden y la seguridad, con independencia de la ejecución del programa criminal de la asociación*”.

Concluye señalando que “*el delito de asociación ilícita no afecta en su esencia la garantía contemplada en el artículo 19 N°3°, inciso sexto, ya que en los artículos 292 y 293 no se expresa ninguna fórmula que, acreditados ciertos hechos, no se permita rendir prueba en contrario de la conclusión o extrapolación que de dichos hechos pueda extraerse, característica de una presunción de derecho*”. Asimismo -señala el Ministerio Público-, es dable destacar que siempre la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público y a los querellantes, es decir, a los acusadores, quienes deben acreditar el delito y su ejecución por determinadas personas.

Esta Magistratura tuvo por evacuado el traslado del Ministerio Público con fecha 21 de agosto de 2009.

Con igual fecha el director del Servicio de Impuestos Internos, don Ricardo Escobar Calderón, concu-

re asumiendo la representación de dicha entidad, otorgando patrocinio y confiriendo poder al abogado don Patricio Silva-Riesco Ojeda, a fin de ser representado en estos autos.

Evacuando el traslado conferido, el Servicio de Impuestos Internos solicita el rechazo del requerimiento que rola a fojas 1 y siguientes, debido a las objeciones formales y sustantivas que expone.

En la forma, el requerimiento debe rechazarse puesto que no cumple con todos los requisitos exigidos en el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Constitución Política, “debido a que el denominado recurso de inaplicabilidad previsto en esta norma, se encuentra destinado a permitir que esta Magistratura efectúe un control de constitucionalidad concreto, específico, en relación con un proceso judicial pendiente, y no uno abstracto que tome en consideración exclusivamente la norma requerida en forma aislada”. Asimismo establece que la requirente carece de legitimación activa para concurrir a esta Magistratura, toda vez que ella no se encuentra querrelada ni formalizada por el delito contemplado en el artículo 97 N°4, inciso primero, parte final, del Código Tributario, norma tachada de inconstitucional. De igual manera, la requirente sostiene que la inconstitucionalidad afecta a los artículos 292 y 293 del Código Penal, por cuanto la asociación ilícita objeto de la formalización se encontraría referida precisamente a la comisión de delitos tributarios, lo que, como ya se dijo, en ningún momento le ha sido reprochado penalmente. Por último,

los preceptos impugnados carecen de importancia para la resolución del asunto, ya que las normas que el juez de garantía deberá utilizar para acoger o no la acción, dirán relación con los artículos 292 y 293 del Código Penal, pero en conexión con el artículo 97 N°4, inciso final, y no con lo reclamado por la requirente.

Respecto de las objeciones sustantivas, el Servicio de Impuestos Internos analiza en profundidad cada norma recurrida y concluye, en relación al artículo 97 N°4, inciso primero, del Código Tributario, que dicho precepto tiene por finalidad sancionar la realización de alguna de las conductas que señala la norma, cuando ellas objetivamente tienen la capacidad de producir una evasión tributaria y, además, cuando el sujeto activo cuenta con dicha posibilidad.

Asimismo señala que “estamos en presencia de un tipo penal con ejemplos regla, pues el legislador al efectuar la penalización no ha querido agotarla a unos casos específicos a fin de restringir el tipo, sino que expone las conductas que, a su juicio, son las más comunes de entre aquellas que se utilizan para generar una disminución engañosa del impuesto. Y prueba de la afirmación anterior es la fórmula empleada como clausura de la descripción típica, que es precisamente aquella materia del presente requerimiento. De conformidad con esta fórmula de clausura, el empleo de cualquier procedimiento doloso que se encuentre destinado a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas por parte de un sujeto obligado tributario, de

igual manera que en los casos que ha descrito la propia norma con anterioridad, genera como consecuencia la tipicidad de la conducta”.

Concluye que no cualquier conducta indeterminada es constitutiva del delito del artículo en comento, en virtud de esta regla de clausura, pues sólo lo será aquella cuya ejecución se lleve a cabo a través de algún medio que sea racionalmente idóneo a fin de producir esta disminución engañosa. Además, el sujeto activo debe conocer que ese medio que utiliza precisamente va a generar como consecuencia una disminución del impuesto que le corresponde erogar.

En relación al artículo 19 N°3, inciso octavo, de la Constitución Política y su alcance respecto de las leyes penales en blanco, en concordancia con el requerimiento que funda la presente causa, el Servicio estima pertinente señalar que lo que la Constitución en realidad prohíbe no son las leyes penales en blanco per se, sino que impide que la ley penal sea indeterminada o imprecisa, situación que en cuanto al artículo 97 N°4, inciso primero, del Código Tributario, no se produce.

De acuerdo con lo anterior, el Servicio señala que esta Magistratura ha fallado en innumerables ocasiones ajustándose a lo reseñado precedentemente.

Por otra parte, indica que la requirente sostiene la inconstitucionalidad de los artículos 292 y 293 del Código Penal, en relación con los artículos 19 N°3°, inciso sexto, y 19 N°26° de la Constitución Política, ya que al apli-

car el artículo 292 del Código Penal se establecería una presunción de derecho que haría inoperante el principio de inocencia, lo que generaría una alteración del onus probandi.

A juicio del Servicio, lo anterior resulta una falacia ya que en ningún caso estamos en presencia de una presunción de derecho, para sustentar lo cual hace concordar la norma impugnada con el artículo 47 del Código Civil, en relación a lo que se debe entender por una presunción de derecho. Sumado a lo anterior, replica la impugnación formulada en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, sosteniendo, al igual que el Ministerio Público, que el peso de probar el delito corresponde al Ministerio Público y a los querellantes.

Con fecha 24 de agosto de 2009, CGE DISTRIBUCIÓN S.A., representada por don Claudio Gutiérrez Milesi, realiza observaciones al requerimiento que da origen a estos autos, solicitando el rechazo del mismo con apoyo en los siguientes argumentos: respecto del artículo 97 N°4, inciso primero, del Código Tributario, aduce que no se trata de una ley penal en blanco, como pretende la requirente, y resume: “*que la norma legal describa el núcleo esencial de la conducta sobre la que se impone una sanción penal no quiere decir que deba detallar, hasta el último detalle, los modos de comisión de esas conductas*”.

En cuanto a los artículos 292 y 293 del Código Penal, estima que no establecen una presunción de derecho ni una modificación en la carga de la prueba, ya que de todas formas el impulso probatorio le sigue corres-

pondiendo al Ministerio Público, por lo que no se vulnera por dichas normas el artículo 19 N°3°, inciso sexto, ni el numeral 26° del mismo artículo de la Constitución.

Con fecha 26 de agosto de 2009, esta Magistratura tuvo por evacuado el traslado y formuladas las observaciones por el Servicio de Impuestos Internos y CGE DISTRIBUCIÓN S. A., respectivamente.

Con fecha 31 de marzo de 2010 se ordenó oficiar nuevamente al Décimo Juzgado de Garantía de Santiago a fin de que, complementando su respuesta, indicara el nombre, domicilio y la parte a quien representa cada uno de los apoderados aludidos en su comunicación, de fecha 21 de agosto de 2009, exigencia que se cumplió con fecha 20 de abril de 2010.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 23 de septiembre de 2010 se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Maxi Antonio Salazar González, por la parte requirente, Patricio Silva-Riesco Ojeda, por el Servicio de Impuestos Internos, Pablo Campos Muñoz, en representación del Ministerio Público, y Claudio Gutiérrez Milesi por CGE Distribución S.A.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Constitución Política de la República, en el N°6° de su artículo 93, confiere a este Tribunal Constitucional la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte

contraria a la Constitución, siempre que la acción sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto y una de las salas del Tribunal haya declarado la admisibilidad de la cuestión, conforme lo dispone el inciso undécimo de la misma norma constitucional;

SEGUNDO: Que, en relación a la inconstitucionalidad en la aplicación del precepto contenido en el número 4, inciso primero, del artículo 97 del Código Tributario, que sanciona “el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto”, se concluirá que dicha norma no es aplicable en la gestión judicial originaria y, por ende, su eventual transgresión no legitima la acción constitucional ejercida;

TERCERO: Que, en efecto, la querrela y formalización de la investigación no se refieren al ilícito mencionado, sino que a la figura contemplada en el inciso final de la referida disposición, que pena al que “maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número”.

El principio de congruencia, materializado en los artículos 229, 255, 259, inciso final, 261, letra a) y 341 del Código Procesal Penal, impide acusar y condenar a la imputada requirente por hechos diversos a los constitutivos de la litis a su res-

pecto. No puede, entonces, aplicarse la norma legal referida a estas circunstancias, ajenas a la decisión del asunto penal controvertido;

CUARTO: Que el requerimiento estima que el delito de asociación ilícita contemplado en los artículos 292 y 293 del Código Penal infringe la prohibición establecida en el artículo 19, número 3°, inciso sexto, de la Carta Fundamental, de presumir de derecho la responsabilidad penal;

QUINTO: Que, para la adecuada calificación de la eventual transgresión denunciada, es útil recordar el fundamento constitucional del ilícito mencionado que se desarrolla en los considerandos quinto y sexto de la sentencia Rol 739-07 de esta Magistratura, que se transcribirán:

“QUINTO: Que el artículo 19 N°15 de la Constitución asegura el derecho de asociarse sin permiso previo y, en su inciso cuarto, prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Se trata de un ilícito sancionado para resguardar el recto y adecuado ejercicio de un derecho esencial de las personas -como el de asociación-, protector de bienes jurídicos a los que el ordenamiento constitucional atribuye singular trascendencia.

Coherente con esa valoración, la Carta Política, en el artículo 19 N°7, letra g), exceptúa de la prohibición de imponer la pena de confiscación de bienes a las asociaciones ilícitas.

SEXTO: Que el delito de asociación ilícita se ubica en el Título VI del Código Penal, “De los Crímenes y Simples

Delitos contra el Orden y Seguridad Públicos cometidos por Particulares”, reconociendo como bienes jurídicos que protege los mencionados orden y seguridad públicos, y establece una figura que, según precedentemente se ha afirmado, tiene fundamento inmediato en la propia Constitución.

Se trata, de acuerdo a la doctrina, de un delito formal, permanente, con pluralidad de partícipes y que contraría un bien jurídico colectivo. Describe un tipo específico, diverso de los delitos que constituyen su objeto y distinto del mero concierto para delinquir”;

SEXTO: Que, al contrario de lo sostenido en el requerimiento, en los preceptos referidos del Código Penal sobre asociación ilícita no se contiene formalmente ninguna presunción de derecho, ni siquiera indirectamente por el castigo de una situación provocada por el autor que se entiende peligrosa;

SÉPTIMO: Que, según se anota en el considerando decimosexto del fallo recién citado, “sin embargo, la protección del orden y la seguridad públicos constituye un bien jurídico de carácter colectivo, cuya abstracción dificulta su prueba. En la sociedad contemporánea es reconocido como un valor esencial para la estabilidad del régimen democrático y condición insoslayable del progreso económico y social, lo que justifica sancionar su transgresión en etapas preliminares del desarrollo del delito.

Su importancia se insinúa en cuanto las Bases de la Institucionalidad, establecidas en el Capítulo I de la Constitución, imponen al Estado el deber

de resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población, y se refrenda por la prohibición taxativa de las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”;

OCTAVO: Que el cuestionamiento irrestricto de los delitos de peligro abstracto puede invalidar la norma que sanciona un delito como el de asociación ilícita y conducir paradójicamente a desproteger bienes jurídicos de suyo importantes para la sociedad y el orden constitucional.

Por el contrario, interpretar el precepto guiándose por la presunción de legitimidad que emana de los actos del legislador, concordándola con los principios y valores constitucionales, parece razonable y coherente con la protección del orden público y el recto ejercicio del derecho de asociación que la Constitución consagra. En la especie, tal objetivo se logra estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta, circunstancia que sí debe ser acreditada;

NOVENO: Que, interpretada la norma penal en la forma antedicha, su impugnación debe ser rechazada;

DÉCIMO: Que, además, se reprocha a los preceptos legales en comento el atropello del principio del debido proceso legal exigido por el número 3° del artículo 19 de la Constitución Política, en cuanto al admitirse una segunda condena por la misma infracción se vulnera la regla de non bis in idem y se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo;

DECIMOPRIMERO: Que -sin necesidad de adentrarse en la compleja consideración de la citada regla como parte del contenido sustantivo del principio constitucional mencionado- puede constatar que no existe en la sanción del delito de asociación ilícita la vulneración alegada, pues se trata de ilícitos distintos, la existencia de una organización constitutiva de asociación ilícita (un delito cierto y determinado) y la comisión, por su intermedio, de otras figuras delictivas (otro delito cierto y determinado). No se pena, pues, dos veces la misma infracción, sino que una sola vez infracciones distintas;

DECIMOSEGUNDO: Que, en virtud de todas las motivaciones expuestas, no se hará lugar al requerimiento deducido.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo prescrito en el artículo 19, números 3°, incisos sexto y octavo, y 26°, de la Constitución Política, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE: Que se rechaza el presente recurso de inaplicabilidad, con costas.

Se previene que los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado concurren al fallo exponiendo además los siguientes argumentos:

1. Que los previnientes, no obstante compartir la opinión mayoritaria en cuanto a que la presente acción

debe ser rechazada, toda vez que la requirente no ha sido acusada por la norma impugnada y, por ende, la norma en cuestión no puede considerarse decisiva para la resolución de la gestión pendiente, consideramos necesario declarar que, para el evento hipotético de considerarse aplicable la norma en cuestión a la gestión pendiente, la acción de inaplicabilidad debiera rechazarse también por consideraciones de fondo;

2. Que la alegación de fondo que sustenta el requerimiento consiste en solicitar que se declare inaplicable el artículo 97 N°4, inciso primero, última frase, del Código Tributario, toda vez que infringiría el requisito de tipicidad en materia penal exigido por el artículo 19 N°3° de la Constitución y la presunción de inocencia. El tipo penal sería, a juicio de la requirente, abierto e impreciso, o sea, una ley penal en blanco “propia”, prohibida por la Constitución.

No escapa a estos previnientes que cierta parte de la doctrina especializada ha sostenido que el tipo penal en cuestión es inconstitucional, en el mismo sentido del requerimiento, esto es, por infringir la exigencia constitucional de tipicidad de la ley penal en cuanto se trataría de un tipo abierto, genérico, impreciso, vago, etc. Así, Altamirano Catalán, Marco, y Muñoz Benavente, Felipe, “Derecho Tributario. Parte General”, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pág. 357; Ugalde Prieto, Rodrigo, y García Escobar, Jaime, “Curso sobre delitos e infracciones tributarias”, Lexis Nexis, Santiago, 2ª ed., 2007, pág. 31; Vergara Wistuba, Carlos, “Manual de

Derecho Tributario”, Tomo I, Libro-tecnia, Santiago, 2009, pág. 232. De estas afirmaciones nos haremos cargo en lo que sigue;

I. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA TIPICIDAD EN MATERIA PENAL.

3. Que, para el debido examen de la objeción planteada, es necesario partir por señalar la doctrina constante de este Tribunal en materia de tipicidad penal. Esta puede sintetizarse como sigue. Primero, la Constitución recoge el principio de legalidad penal en el artículo 19 N°3°, inciso octavo. Conforme a dicha disposición, se establece, “*por una parte, un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona;*” (STC rol 1352, C. 23°; rol 1351, C. 23°; rol 1432, C. 26°; rol 1443, C. 23°). De la génesis de dicha disposición, que adoptó distintas redacciones en la Comisión de Estudios, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, se infiere que se mantuvo la voz “expresamente” y se eliminó la voz “completamente”, como condiciones de la exigencia de tipicidad. De ello puede concluirse que es suficiente que la ley tipifique en lo esencial la conducta delictual (STC rol 468, C. 4°; rol 559, C. 5°; rol 1352, C. 26°; rol 1432, C. 28°, rol 1443, C. 25°);

4. Que el Tribunal Constitucional tiene una doctrina asentada sobre qué debe entenderse por ley penal

en blanco. A juicio de esta Magistratura son “aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria” (Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 150*).” (STC rol 468, C. 1°; rol 559, C. 2°; rol 1352, C. 21°; rol 1351, C. 21°). Esta clase de prescripciones tiene una especial relevancia en la materia de autos pues, como lo ha sostenido la doctrina especializada, “las leyes penales en blanco y las remisiones constituyen características del Derecho penal económico... la mayor parte del Derecho penal complementario estaría formada por leyes penales en blanco, ya que casi todas las leyes económicas, en lo técnico-espacial, se ubican, por un lado, entre los preceptos y las prohibiciones de Derecho económico que anteceden y, por otro lado, en los posteriores refuerzos con penas y multas” (Tiedemann, Klaus, “Derecho Penal Económico. Introducción y Parte General”, Trujillo, Ed. Grijley, 2009, págs. 129 y 130);

5. Que, del mismo modo, en la doctrina de este Tribunal es posible encontrar una distinción entre leyes penales en blanco impropias o de reenvío, leyes penales en blanco propias y leyes penales abiertas:

“Una línea doctrinal dominante señala que las leyes incompletas denominadas

en blanco son incompatibles con el principio de la legalidad de la ley penal, si el complemento relativo a la descripción de la conducta punible no se encuentra remitido expresamente a otra norma de igual rango, lo que la doctrina denomina “leyes penales en blanco impropias” o “normas de reenvío” (Eduardo Novoa), y si la conducta no está descrita claramente. Si el complemento descriptor de la conducta punible se encuentra en una norma infralegal, reglamento o instrucción, y si la descripción resulta genérica, imprecisa o parcial, aun cuando cumpla con aquel presupuesto relativo al rango de la norma, la ley penal en blanco vulneraría el principio de la legalidad de la ley penal, con todas las consecuencias jurídicas que su aplicación acarrearía. La doctrina las denomina “leyes penales en blanco propias” y, cuando la descripción de la conducta punible está entregada a un juez, “leyes penales en blanco abiertas”. La doctrina también distingue entre distintos ámbitos materiales de remisión, según la instancia normativa en la que se ha originado la norma que contiene el complemento y si ella pertenece o no al ámbito penal, independientemente de su rango. (Respecto de estas clasificaciones de las leyes penales en blanco, ver el trabajo de Dulce María Santana Vega: *El concepto de ley penal en blanco, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 27 y siguientes*).” (STC rol 468, C. 2°; rol 559, C. 3°; rol 1352, C. 24°; rol 1351, C. 24°; destacado añadido);

6. Que, en definitiva, lo que la Constitución exige es que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley (STC rol 24, C. 4°); que la ley establezca la caracterización suficiente del núcleo central de la

conducta punible, es decir, que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida (STC rol N°1432, C. 30°; rol N°1443, C. 27°);

7. Que, no obstante, el legislador no está obligado a determinar detalladamente, en su totalidad, la conducta típica. Como lo ha sostenido esta Magistratura, *“el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible. La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida—como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol N°24, de 4 de diciembre de 1984)— cuando “la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”. El carácter expreso—claro, patente, especificado— que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales.”* (STC rol 1443, C. 28°);

OCTAVO: Que, en cualquier caso, ante leyes de significado difícil de desentrañar, corresponde al juez del fondo interpretar la ley y aplicarla al caso concreto, usando de sus facultades soberanas. No porque sea necesario interpretar un precepto legal significa que estemos ante una ley vacía de contenido. Por el contrario, *“todos los conceptos que emplea la ley (con*

la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo con los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v.gr. “injuria”, sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de “hombre”” (Roxin, C.; pág. 148).” (STC rol 1281, C. 21°; rol 1352, C. 36°; rol 1351, C. 36°). No obstante, se agrega, el tenor literal es un límite para el juez. *“El legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no rige. Por eso, una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimidad democrática. Además, el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación”. Pero el juez, en la interpretación, “dentro del marco de regulación previamente fijado por el tenor literal, decide entre diversas posibilidades interpretativas”* (Roxin, C.; ob. cit.; págs. 149-150). (STC rol 1281, C. 22°; rol 1352, C. 37°; rol 1351, C.37°);

NOVENO: Que, en el mismo sentido señalado, ante la cuestión de si el juez tiene prohibido dar una interpretación extensiva a la ley penal, la doctrina nacional está conteste en que

el juez no está obligado a ser benigno con el imputado, siempre y en toda circunstancia, sino que su fidelidad es con una correcta aplicación de la ley al caso concreto. Así, Novoa sostiene que *“Decidir a priori por el sentido más favorable al reo es forzar arbitrariamente la función interpretativa, abandonando los principios que determinan la correcta forma de llevarla a cabo para encontrar el genuino sentido de la ley, que es el único que interesa.”* (Novoa Monreal, Eduardo; *Curso de Derecho Penal Chileno; T. I; Edit. Jurídica; Santiago, 1960; pág. 141*). (STC rol 1281, C. 23°; rol 1352, C. 38°; rol 1351, C. 38°). Etcheberry se expresa en el mismo sentido: *“Lo que interesa es desentrañar el verdadero sentido de la ley y según las reglas que ésta da, sea que aquél resulte igual, o más amplio o más restringido que el lenguaje empleado”* (Etcheberry, Alfredo; *Derecho Penal; T. I; Edit. Jurídica, Santiago, 1998; pág. 110*).” (STC rol 1281, C. 23°; rol 1352, C. 38°; rol 1351, C. 38°). Cury, finalmente y en la misma línea anotada, sostiene lo siguiente: *“La interpretación sólo interpreta, no extiende ni restringe. Por eso, cuando de ella resulta que una norma penal se refiere a un número mayor de casos que los que aparecerían de su consideración literal, nada obsta para que se la aplique a todos ellos, sin que ello importe violación alguna al principio de legalidad, y así se deduce, por lo demás, del artículo 23 del Código Civil...”* (Cury, E.; *ob. cit.; pág. 197*).” (STC rol 1281, C. 23°; rol 1352, C. 38°; rol 1351, C. 38°);

DÉCIMO: Que, sin perjuicio que, en su caso, sea posible una interpretación extensiva de la ley penal, en ningún caso es admisible la penaliza-

ción por analogía. *“En aquélla, el caso está comprendido en la ley, pese a las deficiencias de lenguaje. En la analogía, en cambio, se parte de la base que el caso no está contemplado, pero se aplica a la situación porque se asemeja, o el caso es muy similar (Etcheberry, A.; ob. cit.; pág. 113)”*. La analogía vulnera la reserva legal, pues implica aplicar una ley a un caso no previsto expresamente: *“en materia penal, el Art. 19 N°3 inciso 8° de la Constitución Política impide la aplicación de la analogía. Como las condenas penales sólo pueden fundamentarse en la ley, será preciso que exista una ley y que su interpretación según las reglas legales nos muestre que comprende determinado caso, para que se pueda pronunciar una condena... Cuando no exista ley, no se podrá condenar. Y lo mismo sucederá cuando exista ley, pero no sea aplicable al caso de que se trata. La analogía, en materia penal, es la creación por el juez de una figura delictiva nueva, sin ley preexistente a la infracción, con lo cual la decisión judicial pasa a ser fuente de derecho penal, en contravención al principio de reserva”* (Etcheberry. A.; *ob. cit.; pág. 113*).” (STC rol 1281, C. 24°; rol 1352, C. 39°; rol 1351, C. 39°);

DECIMOPRIMERO: Que, de este modo, analizaremos si los preceptos legales impugnados poseen elementos suficientes de determinación para estimar cumplida la exigencia constitucional de tipificación. En todo caso, cabe señalar *“que a esta Magistratura no le corresponde aplicar los preceptos legales en cuestión, en el sentido de dilucidar su significado y subsumir las conductas en examen en el tipo legal. Por el contrario, su labor se limita a determinar si la descripción*

que hace la ley tiene un contenido que respeta el artículo 19, N°3, inciso octavo de la Constitución, de modo que el juez del fondo pueda realizar la aplicación al caso concreto, a la luz de los hechos y la prueba aportada. Para hacer eso, es indispensable interpretar dichos preceptos legales;” (STC rol 1443, C. 35°);

II. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL EN CUESTIÓN.

DECIMOSEGUNDO: Que, a efectos de analizar la constitucionalidad del precepto legal impugnado, es necesario, en primer lugar, tener en cuenta que es imposible separarlo del resto del citado inciso. Constituye una unidad lógica, imposible de ser considerada sólo en cada una de sus partes de forma aislada. Así, sólo globalmente considerada, constituye un precepto legal en los términos del artículo 93 N°6° de la Constitución. La finalidad de dicho precepto es sancionar el engaño al Fisco en cuanto a la existencia y el alcance de la obligación de pagar impuestos. Cada una de sus frases, que la requiere aprecia aisladamente, tiene ese objeto. Estas expresiones constituyen, en rigor, distintos medios de comisión de un mismo delito, y no delitos distintos. Las expresiones del precepto en cuestión establecen las formas más usuales en que se presenta el delito en cuestión, las que son cerradas con una regla de clausura, que es justamente la parte que se impugna en autos. De este modo, las palabras que la actora impugna no constituyen un tipo “genérico”, abierto o impreciso, sino que constituyen en rigor el tipo básico, que el resto del artículo se

encarga meramente de ejemplificar (Pérez Rodrigo, Abundio, “Manual de Código Tributario”, Lexis-Nexis, Santiago, 2006, pág. 361; Viveros Vergara, “Algunas precisiones sobre el delito descrito por el artículo 97 N°4, inciso primero, del Código Tributario”, en Gaceta Jurídica N°320, pág. 74 y siguientes);

DECIMOTERCERO: Que corresponde analizar si los elementos de la tipificación legal son suficientes para estimar cumplido el estándar constitucional que se ha descrito precedentemente.

En principio, podemos decir que, para que se materialice el delito en cuestión, es necesario que se desarrolle cualquier procedimiento doloso, es decir, con el conocimiento e intención de causar un perjuicio, que tenga la aptitud de “ocultar” o “desfigurar” el monto de la operación o derechamente “burlar” el impuesto.

En cuanto al bien jurídico protegido, es preciso destacar que esta norma penal ampara bienes de la mayor relevancia constitucional. Desde ya, la potestad tributaria del Estado permite realizar el mandato establecido en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución, conforme al cual “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Precisamente, esa realización material requiere de recursos económicos para lograrse. En una sociedad compleja, el Estado

se transforma en agente económico, que provee de bienes y servicios (artículo 19, N°21°, inciso segundo) que gasta fondos (artículo 32, N°20), que financia servicios públicos (artículo 65, inciso cuarto, N°2). A través de esta actuación debe propender al desarrollo de la población. El tributo es uno de los medios más importantes para lograr ese fin. Además, la norma penal en cuestión, toda vez que ampara la honestidad y transparencia de los contribuyentes, permite, asimismo, cumplir con el respeto a la igualdad, proporcionalidad y justicia de los tributos (artículo 19 N°20° de la Constitución, incisos primero y segundo). La carga que debe soportar un contribuyente está legitimada, igualmente, por la honestidad de todos los demás contribuyentes. La norma penal que tutela esa transparencia refuerza el deber de pagar impuestos igualitarios, proporcionales y justos. Finalmente, en la medida que el tributo termina por afectar la propiedad de personas concretas, resulta que la norma penal que protege su recaudación bajo condiciones de publicidad y probidad también es necesaria para garantizar que se respete la función social de las limitaciones a la propiedad (artículo 19 N°24°, inciso segundo). Por lo tanto, la norma penal en cuestión ampara bienes jurídicos que tienen reconocimiento constitucional;

DECIMOCUARTO: Que, en cuanto a la naturaleza del delito, cabe señalar, en primer lugar, que se trata de un delito de “mera actividad”, es decir, que no requiere que se produzca un resultado específico (van Weezel, Alex, “Delitos Tributa-

rios”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pág. 47; Pérez Rodrigo, Abundio, ibídem; Aste Mejías, Christian, “Curso sobre Derecho y Código Tributario”, Lexis-Nexis, Santiago, 2006, pág. 412). Precisamente, lo que se sanciona es la disminución engañosa del patrimonio del contribuyente, a lo que se alude, en general, con las expresiones “ocultar”, “desfigurar” y “burlar”. En otras palabras, no es cualquier conducta “genérica” la que se sanciona, sino *aquél engaño que tiene por objeto disminuir el patrimonio del contribuyente*,

DECIMOQUINTO: Que cabe agregar que el tipo penal que nos ocupa abarca tanto elementos fácticos como elementos normativos. Como se ha señalado en sentencias anteriores, el tipo penal *“comprende el conjunto de elementos que integran la descripción legal de un delito. La tipicidad es la adecuación de una conducta del mundo real a esa descripción legal... Sin embargo, es claro que los tipos penales no se limitan a una simple descripción objetiva de un mal comprobable empíricamente, pues muchas veces la descripción de ese mal supone el empleo de términos o palabras cuyo sentido sólo es discernible por medio de valoraciones culturales (las buenas costumbres del artículo 374 del Código Penal) o hasta jurídicas (el instrumento público del artículo 193 del Código Penal) difícilmente reconducibles a juicios de verdad o falsedad fáctica”* (Politoff, S.; Matus, J. P.; y Ramírez, M. C.; págs. 185 y 186). ... Por eso, la doctrina distingue entre elementos normativos y elementos descriptivos del tipo. Estos últimos son aquellos “que requieren una percepción sensorial”, “que reproducen determina-

dos datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez”. Los elementos normativos, por su parte, son “los que requieren una comprensión espiritual”; “su ocurrencia presupone una valoración jurídica o cultural”; “sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma” (Roxin, Claus; Derecho Penal. Parte General; T.I; Edit. Civitas; Madrid, 2008; págs. 305 y siguientes). En el mismo sentido se expresa Juan Bustos: “los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con su percepción sensorial”. Los elementos normativos, a su vez, “son aquellos que sólo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo. Para su comprensión se necesita un complemento de carácter socio-cultural general...o de carácter jurídico valorativo” (Obras Completas. Derecho Penal. Parte General; T. I; Ediciones Jurídicas de Santiago; Santiago, 2007; págs. 516 y 517).” (STC rol 1281, C. 12°-13°; STC rol 1432, C. 33°). Luego, “existen distintos criterios para entender los elementos normativos. Uno es recurriendo al criterio valorativo. En este sentido, son elementos de esta naturaleza todos aquellos cuya ocurrencia presupone una valoración. El juicio de valor que se requiere para completar el sentido del término puede ser de diversas clases: jurídico, social, cultural o con arreglo a valoraciones de la ciencia, la técnica o la experiencia. La otra manera de entender el elemento normativo es recurriendo al criterio intelectual. Como este tipo de elementos excede lo puramente sensitivo, se requiere no una percepción sensorial sino una comprensión del mismo (Ossandón Widow, María; La formulación de los tipos penales;

Edit. Jurídica; Santiago, 2009; págs. 87 y ss)...La existencia de elementos normativos en un tipo penal nada tiene que ver con las leyes penales en blanco. En éstas no hay una descripción completa del injusto típico; en cambio, en los tipos con elementos normativos se contiene “una formulación completa, aunque precisada de concreción valorativa”. En los elementos normativos no hay remisión, como en las leyes penales en blanco, a otra norma que completa la regulación sino “la necesidad de invocar otras normas para la valoración de las características típicas” (Ossandón, M.; ob. cit.; pág. 196). Mientras el elemento normativo debe ser interpretado por el juez, en la ley penal en blanco la conducta prohibida debe ser completada por una norma infralegal o la conducta es tan abierta que no se sabe con certeza qué es lo que debe hacerse o no hacerse para no incurrir en castigo.” (STC rol 1281, C. 11°-15°; STC rol 1432, C. 33°);

DECIMOSEXTO: Que el precepto legal impugnado es una norma de naturaleza sancionatoria que respalda el cumplimiento de deberes legales que no pueden sino haber sido conocidos por la requirente. Este es un caso bien claro en que la norma penal sólo respalda obligaciones y deberes que son conocidas por el infractor a partir de todo el cuerpo del derecho tributario. Por lo tanto, difícilmente puede tacharse de imprecisa o vaga la descripción del legislador. Los deberes correlativos son, desde luego, conocidos;

DECIMOSÉPTIMO: Que, en el presente caso, los conceptos legales a los que alude el precepto legal impug-

nado, esto es, “operaciones realizadas” e “impuesto”, requieren completar la descripción típica con una interpretación del juez del fondo sobre estos conceptos. Siendo conceptos normativos, el auxilio del resto del Derecho Tributario nacional resulta esencial. Estos elementos se pueden sintetizar en lo que la doctrina señala como los requisitos de este delito tributario: “1. Ser contribuyente. A menos que la inculpación sea como cómplice o encubridor. 2. Haber presentado una declaración de impuesto incompleta o falsa. 3. Haber actuado dolosamente” (Aste Mejías, Christian, ob. cit., pág. 410). El carácter de contribuyente y la declaración de impuestos son conceptos que tienen definiciones jurídicas, en normas de jerarquía legal, situadas en toda la gama de normas tributarias. Será labor del juez del fondo interpretarlas y darles aplicación en el caso concreto, de acuerdo con las reglas generales;

DECIMOCTAVO: Que, en cuanto al sujeto activo del delito, “es el contribuyente que hace uso de los ‘otros’ procedimientos dolosos encaminados a lograr los fines ilícitos que señala el Código” (Massone Parodi, Pedro, “Infracciones tributarias”, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 497). Entendemos por tal al titular de una capacidad económica, que lo hace racionalmente idóneo para soportar una carga económica, que afecta su patrimonio en beneficio de toda la comunidad, incluido él mismo, como parte de ella (Bravo Arteaga, Juan Rafael, “Nociones Fundamentales de Derecho Tributario”, Legis, Bogotá, 3ª ed., 2000, pág. 195). La definición de la persona concreta del contribuyente debe ser, en todo caso, y como

se ha señalado, objeto de una precisión normativa, que requiere interpretar las normas penales;

DECIMONOVENO: Que, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, la doctrina ha expresado que, en este delito, la exigencia subjetiva se traduce en el “engaño con el fin de perjudicar” (van Weezel, Alex, ob. cit., pág. 66). Como se ha dicho, no es necesario que el perjuicio se materialice, sino que el perjuicio al patrimonio fiscal es un calificativo del dolo: “el hecho de que tales operaciones efectivamente causen un engaño en el Servicio y, como consecuencia de ello, un perjuicio a la Hacienda Pública, es irrelevante para los efectos de la tipicidad, siempre que el autor conozca el sentido de la regulación tributaria y la aptitud concreta de su conducta para cuestionarla” (van Weezel, Alex, ob. cit., pág. 68). “No se requiere conocer toda la dinámica operativa de los impuestos, basta que se capte el significado social del injusto. La valoración paralela en la esfera del lego, según Kaufmann.” (Aste Mejías, Christian, ob. cit., pág. 410). “No basta un propósito ilícito cualquiera, en el infractor, sino que es necesario, para la configuración del delito, que se acredite al infractor la deliberada intención, el ánimo preciso de ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o de burlar impuestos” (Massone Parodi, Pedro, ob. cit., pág. 498);

III. EL PRECEPTO LEGAL SATISFACE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES.

VIGÉSIMO: Que este Tribunal debe obedecer al imperativo de bus-

car siempre que la interpretación de los preceptos legales sometidos a su examen se ajuste a la Constitución. En este sentido, concordamos con Viveros Vergara, que afirma “que la labor del intérprete debe orientarse a otorgarle contenido a esos genéricos “...otros procedimientos...” a que alude el art. 97 N°4, inc. 1°, in fine, del C.T., eludiendo tan inconveniente indeterminación.”. Para ello, “debe interpretarse en relación con las figuras típicas anteriormente descritas por la misma ley de manera más detallada, recurso interpretativo que, por lo demás, se encuentra claramente sugerido por el propio texto del art. 97 N°4, cuando alude al “...empleo de otros procedimientos dolosos...””. A juicio de este autor, “al aludir a otros procedimientos, la disposición legal debe entenderse que comprende procedimientos distintos, pero análogos a los antes enumerados e igualmente orientados por un directo propósito evasivo... las figuras contempladas en la primera parte del inc. primero del N°4 del art. 97 analizado y que preceden a la hipótesis genérica, presentan como característica común el que suponen procedimientos engañosos dirigidos a provocar un error de la autoridad, en relación con el impuesto que tiene derecho a recaudar y que consisten, en todos los casos, en afectar la veracidad de la información a partir de la cual dicha autoridad liquida y determina los tributos, información que, por su parte, le es suministrada a través de declaraciones, libros de contabilidad, balances, inventarios, boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas. En estos casos el contribuyente miente ante la autoridad tributaria

y procura darle verosimilitud a sus afirmaciones mendaces afectando el carácter fidedigno de la documentación que refleja las bases de la obligación tributaria. Consiguientemente, los otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, aunque distintos a los previamente descritos por la norma, deben conllevar la característica común recién anotada, esto es, deben consistir en maniobras engañosas que afecten la veracidad de la información que en definitiva servirá para determinar la cuantía de los tributos. A mi juicio, el núcleo de la conducta prohibida supone el engaño anotado, para cuya configuración –al menos aquí– no es suficiente una mera afirmación mendaz, en la medida que el precepto analizado exige el empleo de “procedimientos”; es decir, algo más que faltar a la verdad.” (Viveros Vergara, “Algunas precisiones sobre el delito descrito por el artículo 97 N°4, inciso primero, del Código Tributario”, en *Gaceta Jurídica* N°320, pág. 74 y siguientes). En sentido similar, van Weezel ha sostenido que el tipo es suficientemente completo: “la norma no presenta problemas de constitucionalidad: está definido el fin del precepto y se ha hecho una enumeración de conductas que sirven de parámetro confiable para interpretar la cláusula” (van Weezel, Alex, “Delitos Tributarios”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pág. 54);

VIGESIMOPRIMERO: Que, en consecuencia, en el presente caso, la norma legal impugnada cumple con los estándares definidos por el propio

Tribunal Constitucional en relación al principio constitucional de tipicidad penal, pues define el núcleo esencial de la conducta punible, de manera que, a juicio de estos previnientes, no existe reproche que hacerle.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y la prevención el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese por carta certificada, regístrese y archívese.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR

LA INCLUSIÓN DE LA HUELLA GENÉTICA DE CONDENADOS ADOLESCENTES AL REGISTRO DE ADN

Eva Curia Castro¹

I. Introducción

Desde la entrada en vigencia de la Ley N°19.970 que crea el sistema Nacional de Registros de ADN, cuya finalidad fue establecer una herramienta investigativa que opera sobre la base de huellas genéticas determinadas a instancias de una investigación criminal, ha sido motivo de polémica la incorporación de los adolescentes a dicho registro². En general, la discusión se ha centrado en la pretensión de la defensa de excluir a los adolescentes condenados de la inclusión de su ADN en el registro respectivo, en atención a que la especialidad de la Ley N°20.084 impediría la aplicación de la ley sobre huella genética, ya que importaría quedar de por vida anclado a una base por “condena”, mermando la reinserción social del adolescente condenado.

Los primeros recursos que se resolvieron sobre la materia, fueron recursos de protección y de amparo, impetrados por la defensa, donde se atribuía por la recurrente la infracción a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y familia.

La discusión llegó a la Corte Suprema mediante dos recursos Rol Corte Suprema Rol N°371-2009 y Rol N°4525-2009. En la causa Corte Suprema Rol N°371-2009, de 9 de junio de 2009, el máximo tribunal conoció de un recurso de apelación de protección rechazado por la Il. Corte de Apelaciones de Rancagua. En tanto, en la causa Rol N°4525-2009, el máximo tribunal conoció la apelación del recurso de protección Rol 11.479-08, acogido por la Corte de Santiago.

Finalmente, el año 2010 la cuestión se mantuvo a nivel de tribunales de garantía y Cortes de Apelaciones, donde, si bien se registraron resoluciones que rechazaron la incorporación de la huella genética de los adolescentes al mencionado registro, se marcó una clara tendencia a resolver a favor de la inclusión de la referida huella de los condenados menores de edad, en sintonía con lo resuelto por la Corte Suprema³.

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 DUCE, MAURICIO en Revista Política Criminal. Vol. 5, N°10, diciembre 2010, “*El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*”, p. 325.
- 3 Sentencias Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N°0135-2010, de 9 de marzo de 2010; Rol N°0195-2010, de 15 de marzo de 2010; Rol N°0194-2010,

En este artículo se analizarán los fallos de la Corte Suprema, ya mencionados.

II. Análisis de sentencias de Corte Suprema

1. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 9 de junio de 2009

En la causa Rol N°371-2009, de 9 de junio de 2009, la Corte Suprema conoció sobre la apelación del recurso de protección que fuera interpuesto por la defensa del adolescente R.O.C, quien fue condenado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. El recurso de protección fue conocido y desestimado en primera instancia por la Illma. Corte de Apelaciones de Rancagua.

El recurrente postuló una vulneración en grado de amenaza en contra de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y protección a la honra y vida privada, estimando que la ilegalidad del acto se producía debido a que la Ley N°19.970 no debía ser aplicable respecto de adolescentes infractores que han sido condenados, fundado en que el estatuto especial de la Ley 20.084 no contiene normas de remisión a la Ley de ADN, y sus especiales características la hacen incompatible con la creación del sistema de Registro Nacional de ADN.

La Corte Suprema resolvió rechazar el recurso impetrado, siendo fundamental lo razonado referente a la legalidad del acto impugnado, al señalar que el sentido del artículo 17 letra c) de la Ley N°19.970 es claro, cuando ordena la inclusión de la huella genética al Registro de los Condenados, de las personas que a su respecto se ha dictado sentencia ejecutoriada en su contra por los delitos que señala el citado artículo. De esta manera, la norma establece una exigencia para el juez, por tanto debe prestar acatamiento sin distinción. En consecuencia, precisa que *“interpretar la Ley para establecer que ella pugna con otra en razón de oponerse a la finalidad y alcance de ésta, pese a que la supuesta ley vulnerada siendo incluso posterior - no restringió su ámbito de aplicación a la medida de que se trata y, decidir que aquella es ilegal -como lo pretende la recurrente- importaría desobedecerla”*.

Además, este fallo es relevante por cuanto es el primero en que el máximo tribunal se pronuncia sobre la vulneración a las garantías de los números segundo y cuarto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respecto de condenados adolescentes. En este punto analiza la finalidad de la Ley N°19.970 y la definición de huella genética, concluyendo que no existe conculcación a tales garantías, por ser un sistema que procura investigación criminal y búsqueda de personas perdidas, que no revela más información que la identificatoria.

de 15 de marzo de 2010; Rol N°0324-2010, de 5 de abril de 2010; Rol N°0322-2010, de 5 de abril de 2010; Rol N°499-2010, de 10 de mayo de 2010.

4 Excma. Corte Suprema Rol N°371-2009, de 9 de Junio de 2009, considerando cuarto.

Por la misma razón, descarta la alegación referida a la afectación de la integración social y al trato diferenciado que debe darse al adolescente respecto al adulto, y agrega, la consideración a la obligación de reserva y las responsabilidades y sanciones en caso de incumplimiento. Sobre este punto y el pronunciamiento referido a las garantías constitucionales, se citan los considerandos séptimo, octavo, noveno, undécimo y duodécimo:

“Séptimo.– *Que, a su vez, se reclama la conculcación de las garantías contenidas en los numerales segundo y cuarto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, “la igualdad ante la ley” y “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”;*

Octavo.– *Que en relación a la Ley N°19.970 que crea el Sistema Nacional de Registro de ADN, es preciso señalar que ella tiene por objeto contribuir a la investigación criminal y búsqueda de personas perdidas mediante la comparación de sus perfiles genéticos. Este archivo contempla cinco tipos de registros, a saber, el de huellas genéticas de imputados, el de ADN de condenados, el de muestras biológicas de víctimas, el de evidencias del suceso y datos de personas perdidas y sus familiares.*

En el caso de autos, el único propósito del citado registro es facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de la investigación criminal, en relación a la identificación de las personas que resultaren responsables de ellos, la que se efectúa mediante el cotejo de las huellas biológicas pesquisadas con aquellas que se encuentren incorporadas en dicho registro;

Noveno.– *Que la toma de huellas genéticas y su inclusión en el Registro de ADN es aplicable a todas las personas condenadas por la comisión de determinados delitos, esto es, quienes han transgredido reglas básicas de la convivencia social, a fin de recabar información netamente identificatoria de un alto grado de certeza, en procura no sólo de una mayor eficiencia sino, también, de certidumbre en la persecución penal de los órganos investigadores;*

Décimo.– *Que en este mismo sentido cabe dejar asentado que la definición de huella genética que hace el legislador en el artículo 1° de la ley de que se trata es la siguiente: “Por huella genética se entenderá, para estos efectos, el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria”;*

Undécimo.– *Que de la norma transcrita es fácil colegir que el procedimiento que se cuestiona a través de esta vía cautelar no conlleva la vulneración al derecho a la intimidad, honra o dignidad, pues los datos así obtenidos no revelan más información que aquella que permite diferenciar a una persona de otra;*

Duodécimo.– *Que, en consecuencia, tampoco se advierte de qué manera podría verse afectada la integración social de los adolescentes o la contravención de los principios que informan la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en orden a ser tratados de una manera distinta respecto de los infractores adultos, teniendo especialmente en consideración que la propia normativa en comento establece los medios para preser-*

var incólumes los derechos invocados por los recurrentes, fijando las responsabilidades y sanciones en caso que alguno de ellos fuere quebrantado.

De conformidad, asimismo, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema, sobre tramitación del Recurso de Protección, se confirma la sentencia apelada de veintiséis de diciembre último, escrita a fojas 34^{as}.

5 La sentencia fue acordada con el voto disidente del Ministro señor Haroldo Brito, quien fue de parecer de revocar la sentencia apelada y hacer lugar al recurso de protección de estos autos, atendido que “la Ley N°20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente, estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad.

Tales criterios normativos son recogidos en la ley citada y generan un conjunto de derechos que legitiman la reacción penal. Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la reacción ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es brevemente- sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos.

2^a.- Consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria.

3^a.- Así las cosas, la Ley N°19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la N°20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente -esto es al estatuto penal especial-, no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes.

En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente. En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores. Toda vez que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor, toda acción del Estado que no tienda a éste objetivo ciertamente lo contraría.

4^a.- En concepto del disidente de todo lo anterior deriva que la decisión de extender a los adolescentes esta obligación importa ilegalidad, puesto que como ha quedado demostrado sólo es exigible a los adultos.

Por otra parte también vulnera la garantía del numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque afecta la vida privada y la honra de los adolescentes requeridos no porque la información pueda ser conocida por terceros, sino porque encontrándose garantizados que los antecedentes y hechos más esenciales de cada persona han de ser sólo de su dominio, incorporar un registro características genéticas para que queden a disposición de todo investigador criminal inequívocamente lesiona tal garantía, puesto que no se trata de un caso de excepción fundado en circunstancias particulares que lo justifiquen, cual es la manera que debe observarse cuando se deja de aplicar algún derecho garantizado por la Constitución”. Corte Suprema Rol N°371-2009, de 9 de Junio de 2009, voto de minoría.

2. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 3 de septiembre de 2009

En causa Rol N°4525-2009, la Corte Suprema, resolvió sobre la apelación impetrada en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°11.479-2008, de 22 de abril del mismo año, que acogió el recurso de protección y dispuso ordenar al Servicio Nacional de Menores, se abstenga de ejecutar los procedimientos para obtención de toma de muestras de huellas biológicas para la inclusión al Registro Nacional de ADN a los adolescentes J.R.S., P.D.M., E.C.P., y R.M.F, que habían sido condenados por robo con intimidación y se encontraban cumpliendo condena en el medio libre.

Una vez que entró en vigencia la Ley N°19.970, los adolescentes fueron citados por el Servicio Nacional de Menores para ser sometidos a la toma de muestra de ADN e ingresar la información al respectivo registro. Este acto fue reclamado por la vía de protección, sosteniendo la recurrente que la aplicación del examen aludido a los menores de edad importa un acto ilegal y arbitrario, por el carácter especial de la Ley N°20.084 y la afectación de los derechos garantizados en los números 2° y 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La Corte Suprema resolvió revocar la resolución apelada por considerar que las actuaciones reclamadas no son ilegales ni arbitrarias, dejando claramente establecido que el carácter de la Ley N°19.970 es imperativo, y no dispone excepción alguna respecto de individuos o casos. Asimismo, señaló que el acto del Servicio Nacional de Menores se ajustó al principio de juridicidad, por cuanto es concordante con las disposiciones constitucionales del artículo 1° de la Constitución Política de la República, con la Ley N°18.875, sobre Bases Generales de Administración del Estado, y con la Ley N°19.970.

Cabe destacar que este fallo zanjó la discusión sobre la vulneración a los principios de la Ley de Responsabilidad Adolescente, en particular a la finalidad de reinserción social, disponiendo la inexistencia de la alegada transgresión, atendido que el objetivo de la Ley N°19.970 apunta a la formación de un instrumento de investigación que no interfiere en la sanción.

Por último, reitera los fundamentos sostenidos en el primer fallo del mismo tribunal⁶, en el sentido de no encontrarse agraviados los derechos consagrados en el artículo 19 números 2° y 4° de la Constitución Política de la República⁷.

A continuación, se reproducen los considerandos séptimo al duodécimo de la sentencia en comento:

6 Rol N°371-2009, de 9 de junio de 2009.

7 El fallo fue pronunciado con el voto en contra del Ministro señor Haroldo Brito, quien fue del parecer de confirmar la sentencia apelada y hacer lugar al recurso de protección.

“Séptimo: *Que los términos en que aparece redactada esta norma legal no deja lugar a dudas en cuanto a la obligatoriedad de su mandato a las autoridades a quienes se dirige en orden a la incorporación al Registro respectivo de las huellas genéticas de las personas que se encontraren en la situación contemplada en el mismo precepto, el cual, por otro lado, no establece excepciones respecto de los casos e individuos a quienes se extienden sus prescripciones;*

Octavo: *Que, dable es, entonces, concluir que en el caso que se analiza, el Servicio Nacional de Menores, en contra del cual se acciona en estos antecedentes, ha ceñido su decisión a las pautas de juridicidad previstas en los artículos sexto inciso 1° de la Carta Fundamental y segundo de la Ley N°18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al haber prestado acatamiento a lo que imperativamente se le ordena en la Ley N°19.970.*

El no haber obrado conforme al mandato legal, a la inversa, habría obligado a estimar a dicha entidad incurso en vulneración al mencionado principio de juridicidad que debe informar los actos de la Administración;

Noveno: *Que, desde otro punto de vista, la Ley N°20.084, de vigencia posterior en el tiempo, no contiene disposiciones inconciliables con la Ley N°19.970, que autorizaran para considerar una derogación tácita de lo preceptuado en este último cuerpo legal, en los términos señalados por el artículo 42 del Código Civil, desde que, mientras la Ley N°20.084 instituye un sistema de juzgamiento de los adolescentes que infringen la ley punitiva, inspirado en principios de reinserción social, la Ley N°19.970 establece normas destinadas a fortalecer el sistema probatorio en las investigaciones de orden penal que en nada interfieren el régimen sancionatorio para adolescentes contemplado en la primera de esas leyes;*

Décimo: *Que no siendo posible tildar de ilegal la conducta que se reprocha de la autoridad recurrida y menos aun de arbitraria, pues resulta de obviedad manifiesta, que se sustenta en una base racional sólida, debe tenerse por no concurrente en la especie el primero de los presupuestos que sirven para estructurar el arbitrio cautelar consagrado por el artículo 20 de la Constitución Política.*

Semejante consideración resulta motivo suficiente para desestimar el impetrado en estos autos;

Undécimo: *Que, sin perjuicio de lo expuesto, cabe apuntar que la actuación que se censura del organismo administrativo tampoco agravia los derechos esenciales que los actores denuncian como vulnerados: aquellos previstos en el artículo 19 N°4 y 2 de la Carta Fundamental.*

En efecto, según se dejó expresado en el considerando quinto de este fallo, donde se alude a la definición de huella genética contenida en el artículo 1° de la Ley N°19.970, el dato que se ingresa a los Registros previstos en ella –como aquél referido a los condenados– sólo consiste en una serie alfanumérica asociada a la persona que interesa, sin que de ella puedan desprenderse características físicas o psíquicas de dicho indivi-

duo, ya que únicamente contiene elementos de información identificatoria útil para objetivos concernientes a la investigación criminal.

La Ley N°19.970 evidencia, por otro lado, una manifiesta preocupación en el resguardo de la honra de las personas sujetas a sus prescripciones, al establecer en su artículo 1° que el sistema tendrá carácter reservado y que bajo ningún supuesto el sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna.

Esta prevención general de cautela, referida al derecho a la honra y la dignidad de las personas, se refuerza posteriormente en preceptos más específicos como el artículo 11, en que se señala que toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas, deberá mantener la reserva de los antecedentes y la integridad de la cadena de custodia, de acuerdo con las exigencias que imponga el reglamento de la ley.

Prosiguiendo la misma línea protectora de los aludidos derechos esenciales, en su capítulo V penaliza con sanciones corporales y pecuniarias conductas indebidas relacionadas con el acceso, divulgación y uso de la información genética obtenida en el proceso de formación de los Registros correspondientes;

Duodécimo: *Que, en lo tocante a la violación del artículo 19 n°2 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, debe advertirse que ha sido el legislador quien ha ordenado incluir en el Registro de Condenados las huellas genéticas de todo individuo condenado por los delitos que determinada-mente señala –entre los que se encuentran aquéllos por los cuales fueron sentenciados los actores– con prescindencia de la edad que tuviere a la fecha de incurrir en los ilícitos.*

Por otra parte, cabe recordar lo ya dicho en torno a que la misma ley procuró las cautelas necesarias para evitar que el procedimiento registral se constituya en fuente de discriminación, estigmatización y vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de las personas.

En fin, una mirada objetiva sobre el contenido de la Ley N°19.974, en cuanto incorpora un instrumento científico moderno a los elementos probatorios tradicionalmente aceptados por el sistema normativo existente sobre la materia en búsqueda de la verdad procesal que procura instaurar la justicia como valor a reflejarse en las sentencias que deciden el conflicto jurídico, permite demostrar que dicho instrumento de prueba, de indiscutible mérito de convicción, puede acreditar en el futuro la culpabilidad en un ilícito de los individuos imputados, en base a las huellas genéticas registradas, pero también es apto para establecer con la misma eficacia su inocencia en la correspondiente indagación criminal;

III. Consideraciones finales

Los fallos de la Corte Suprema permiten explicar los alcances y finalidad del Sistema Nacional de Registro de ADN que crea la Ley N°19.970, además, dejan claramente establecido que no existe vulneración a las garantías constitucionales previstas en los números 2° y 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental, así como tampoco se transgrede la reinserción social de los adolescentes ni los principios que informan la Ley N°20.084.

A mayor abundamiento, refuerza la comprensión del sistema creado por la Ley N°19.970, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1365-09, de 8 de abril de 2010, que a propósito del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, 6°, 16°, 17°, 18°, y 1° transitorio de la Ley N°19.970, referido a un condenado adulto, profundiza en el estudio del sistema de registro de ADN y la afectación de derechos fundamentales.

Respecto a lo señalado por el voto disidente del Ministro señor Haroldo Brito, en las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema⁸, en cuanto a que en la decisión en este punto, debe tenerse presente que los adolescentes se rigen por un subsistema penal especial, contenido en la Ley N°20.084 y en los tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, en particular en los artículos 40.1 y artículo 3 del citado cuerpo legal, cabe precisar que la Convención de los Derechos del Niño no contiene norma que excluya a los adolescentes de este tipo de registro.

En conclusión, no existe razón para indicar que la inclusión de la huella genética del adolescente condenado, al registro nacional de ADN, atente contra su dignidad, valores y reintegración a la sociedad (artículo 40.1 CDN), por cuanto el objeto exclusivo de la Ley N°19.970 es la creación de una herramienta de investigación que facilite el esclarecimiento de los hechos que sean sometidos a una indagación criminal⁹. Además, en lo relativo a la identificación de las personas que fueron responsables del mismo, permite confirmar y descartar participación, en consecuencia es posible la exculpación de un adolescente investigado.

Incluso no existe vulneración a la igualdad ante la ley, por este mismo carácter de exclusión de sospecha. Aporta a este debate la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 2010, Rol 1365-09, que a propósito señala “no puede estimarse que la extracción forzada de la muestra biológica de una persona condenada por alguno de los delitos previstos en el artículo 17 de la Ley N°19.970, le resulte intolerable, al punto de vulnerar su derecho a la igualdad

8 Vid. Corte Suprema Rol N°371-2009, de 9 de junio de 2009, voto de minoría y Corte Suprema Rol N°4525-2009, de 3 de septiembre de 2009 voto de minoría.

9 Vid. Corte Suprema Rol N°371-2009, de 9 de junio de 2009, considerando noveno.

ante la ley, si, precisamente dicha muestra puede ser decisiva en la prueba de su inocencia futura”¹⁰.

En cuanto a la privacidad, cabe tener presente que el sistema se basa en la utilización del “ADN no codificante”, el cual, además de caracterizarse por su gran variabilidad entre individuos, no revela otros datos que los meramente identificatorios, de manera que no presenta una conculcación a dicha garantía la inclusión de la huella genética de los adolescentes condenados al registro nacional. Al respecto es de fundamental interés el análisis del Tribunal Constitucional que señala “Sobre este punto, dicho cuerpo legal precisa que la huella genética alude sólo al registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población carezca de la asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria (artículo 1° inciso segundo). Se trata, por ende, de una limitación legítima a la privacidad”¹¹.

La Garantía del sistema de la Ley N°19.970 refiere que bajo ningún supuesto puede constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna, pues existe la obligación de reserva por lo que la información en él contenida sólo podrá ser consultada directamente por el Ministerio Público y los tribunales y su utilización sólo está permitida para efectos investigativos, (art. 2° de la Ley N°19.970), por lo que al ingresar un adolescente a un establecimiento educacional o a algún trabajo, no se tendrá acceso a esta información, de manera que podrá reintegrarse sin problemas a la sociedad.

El sistema contempla sanción a la infracción al deber de reserva. La Ley 19.628, Ley sobre Protección de la Vida Privada, acarrea responsabilidad civil y obligación de indemnizar daño moral y, por su parte, la Ley N°19.970 en su Capítulo V establece que el acceso, divulgación y uso indebido de la información genética acarrea responsabilidad penal.

Considerando que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados por la Constitución y las leyes, cumpliendo los requisitos que el artículo 19 número 26 de la CPR establece, en el caso de los adolescentes, estos requisitos están plenamente cubiertos, ya que la Ley N°19.970 creó y definió cinco tipos de registros, dispuso las personas, la oportunidad en que deben ser ingresados y la modalidad en que debe ser tomada la muestra biológica. La norma no ha establecido una distinción entre aquellas personas que son objeto de perse-

10 Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol 1365-09, de 8 de abril de 2010, considerando trigésimo quinto. Fallo referido a condenado mayor de edad.

11 Vid. STC Rol N°1365-09, considerando vigésimo séptimo, además agrega: “puede afirmarse, entonces, que la privacidad de las personas condenadas, que se encuentran en los supuestos descritos por la Ley N°19.970, se ve afectada en forma precisa y determinada, y sólo en la medida que dicha afectación coadyuve al cumplimiento de los objetivos que persigue el legislador”.

cución penal común o de persecución penal especial, como es el caso de los adolescentes¹².

A su vez, el artículo 27 de la Ley N°20.084 dispone que la investigación, juzgamiento y ejecución se regirá por dicha ley, y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal que a su respecto incorpora los artículos 198 inciso 3° y 199 bis, los que hacen remisión expresa a la Ley 19.970. Por lo tanto, dado que la Ley N°20.084 no prescribe una regla particular respecto al Sistema de Registros de ADN creado por la Ley N°19.970, debe entenderse que dicha ley se aplica también a los adolescentes infractores.

La Ley N°20.084, siendo una ley posterior y especial a la Ley N°19.970¹³, sólo modificó ciertos aspectos de la aplicación del DL 645 de 1925, sobre el Registro General de Condenas, sin hacer mención a la inclusión de la huella genética de los adolescentes condenados al Registro Nacional de ADN. Si hubiese existido la voluntad del legislador de excluir a los adolescentes lo habría dicho.

Finalmente, en la legislación nacional la respuesta penal privilegiada a favor de los adolescentes se contempla en diversos aspectos, siendo uno fundamental el tratamiento respecto al tipo de sanciones, la extensión, su naturaleza y finalidad, por eso mismo es que debe tenerse en consideración que la inclusión de la huella genética del condenado al registro del artículo 17 de la Ley N°19.970, “no importa una pena”¹⁴, en consecuencia, no se altera en lo absoluto el orden legal especial establecido a favor del adolescente condenado.

12 Corte Suprema Rol N°4525-2009, de 3 de septiembre de 2009.

13 La Ley 19.970 fue publicada el 6 de octubre de 2004. La Ley 20.084 fue publicada el 7 de diciembre de 2005.

14 P. 46, del fallo Rol N°1365-09,8 de abril de 2010, del Tribunal Constitucional Sentencias Vid. Sentencia Excm. Corte Suprema Rol N°4525-2009, considerando noveno.

COMENTARIO SENTENCIA CORTE SUPREMA QUE RECHAZA RECURSO DE APELACIÓN DE AMPARO EN CAUSA SOBRE DELITOS DE LESIONES REGIDOS POR LA LEY N°20.066 Y EL ARTÍCULO 400 DEL CÓDIGO PENAL

*María Cecilia Ramírez Guzmán*¹

Resumen:

La Corte Suprema rechaza recurso de apelación de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Pública, por considerar que la aplicación del artículo 400 del Código Penal al delito de lesiones menos graves, cometido entre sujetos del artículo 5° de la Ley N°20.066, no vulnera el artículo 63 del Código Penal ni el principio non bis in ídem.

1. Antecedentes generales

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de amparo en contra de la sentencia del Tribunal de Garantía de Cañete de 5 de diciembre de 2008, RUC N°R.U.C 0800966338-0, R.I.T. 1138, fundándose en que la decisión del Tribunal era manifiestamente arbitraria e ilegal, puesto que, a su juicio, condenó al acusado a una pena no prevista en la ley.

El Tribunal de Garantía impuso la pena, en calidad de autor del delito de lesiones menos graves cometido entre sujetos comprendidos en el artículo 5° de la Ley N°20.066, de 541 días de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena y la prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio por el lapso de seis meses. Para arribar a la cuantía de esta pena, aplicó la agravante especial del artículo 400 del Código Penal, la que no había sido solicitada en la acusación por el Ministerio Público.

En contra de la sentencia del Tribunal de Garantía, en su momento, no se interpuso recurso alguno.

Con fecha 6 de septiembre de 2010, la Defensoría Penal Pública recurrió de amparo en contra de la sentencia del Tribunal de Garantía de Cañete, ante la Corte de Apelaciones de Concepción, argumentando la infracción del artículo 63 del Código Penal y del principio non bis in ídem.

La cuarta sala de la Corte de Apelaciones rechazó el recurso, en atención a que, además de tratarse de una sentencia definitiva ejecutoriada, no se cuestiona-

1 Directora Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

ron formalidades legales, sino que “sólo la decisión contenida en la sentencia definitiva en la que se aplicó el artículo 400 del Código Penal, respecto de la cual como ya se dijo que la Defensa penal, pudiendo hacerlo, no recurrió de nulidad, aunque existen causales que de acuerdo con esa argumentación lo permitirían. Además el amparo se interpone después de un año de haberse condenado a cumplir la sentencia por el sentenciado y no se ha interpuesto recurso de revisión”².

La Corte concluyó que si no hubo previamente cuestionamiento, se ha respetado el debido proceso, agregando que lo que se pretendía, a través del accionar de amparo, a juicio del tribunal de alzada, era la dictación de una nueva sentencia.

2. Fundamentos del recurso de Apelación de Amparo

Ante el rechazo de la acción constitucional de amparo, la defensa del condenado deduce recurso de apelación. Para fundamentar la pertinencia de esta acción constitucional en contra de una sentencia definitiva ejecutoriada, el recurrente cita la sentencia de la Corte Suprema de 24 de junio de 2007, Rol N°5972-2007, donde se establece que para que el recurso de amparo pueda enmendar una sentencia definitiva, es necesario que la resolución se aparte del ordenamiento vigente de manera ostensible y manifiesta. En el presente caso, a juicio del recurrente, estos presupuestos estarían presentes, ya que al igual que la sentencia invocada, se estaría condenando una pena no prevista por la ley, esto es presidio menor en su grado medio. La arbitrariedad y la ilegalidad de dicha resolución, se vuelve a fundar ante la Corte Suprema en la inobservancia del artículo 63 del Código Penal y del principio non bis in ídem.

El recurrente solicita que se enmiende la resolución de 5 de diciembre de 2008 y, en su lugar, se modifique la condena impuesta y se le sentencie a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias correspondientes. Además, en atención al tiempo en que ha permanecido su representado privado de libertad, la pena estaría cumplida, por lo que pide, también, su liberación inmediata.

3. Resolución de la Corte Suprema

Con fecha 27 de septiembre del año en curso, la Corte Suprema rechazó el recurso de amparo, en atención a que el Tribunal “fundamenta la forma cómo da aplicación a los preceptos legales que inciden en la pena a imponer al acusado, aparece que se ha descartado toda posibilidad de violación al principio “non bis in ídem” y al artículo 63 del Código Penal, invocados por la Defensoría Penal Pública en su recurso...”³.

2 S. ICA Concepción de 10 de septiembre de 2010, Rol N°92-2010, considerando noveno.

3 STC de 27 de septiembre de 2010, Rol N°7015-10.

4. Consideraciones sobre la Resolución de la Corte Suprema

El régimen de lesiones del Código Penal “comprende una figura fundamental: la de lesiones menos graves, Art. 399. Además de ésta, existe una figura calificada con pluralidad de hipótesis: la de lesiones graves, y una privilegiada, que constituye falta: la de lesiones leves”⁴. De esta manera, la figura básica de las lesiones, de carácter residual, está representada por el delito de lesiones menos graves⁵, siendo las lesiones leves del artículo 494 N°5 un privilegio penológico, en atención a la concurrencia de dos criterios normativos: la calidad de las personas y las circunstancias del hecho. La valoración de los mismos es una facultad privativa del tribunal.

El artículo 495 N°5 del Código Penal no recurre a un criterio temporal como lo sería el lapso que tardan las lesiones en recuperarse⁶. Más aún, según consta en las sesiones de la comisión redactora del Código Penal, los comisionados descartaron expresamente ese criterio, apartándose así de la fuente española, sesión N°108 de 13 de agosto de 1872:

“Se lee en el acta que “no siempre el impedimento de cierto número de días es motivo bastante para calificar la gravedad de las lesiones”, razón por la cual la determinación del límite que separa las lesiones penadas como delito de las leves, que sólo se reputan faltas, “corresponderá hacerlo al juez en cada caso especial”⁷.

Sobre la vinculación entre el tiempo que tardan en sanar las lesiones y la calificación de las mismas como falta o simple delito, no se pronunció ni la Corte de Apelaciones ni la Corte Suprema, a pesar de haber hecho referencia a ello el recurrente. En efecto, en la presentación, el actor señaló que el Ministerio Público las sindicó como lesiones leves, en el mismo sentido que el médico que declaró en la audiencia del juicio. En aquella oportunidad, el especialista señaló que las lesiones presentadas por la víctima eran compatibles con un tiempo de recuperación de 10 días⁸.

4 Etcheberry, A: Derecho Penal. Parte especial. Tomo III. Stgo., 2004, p. 126.

5 Politoff, S; Bustos, J; Grisolia, F: Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra las personas en sus condiciones físicas. Stgo., 1971, p. 270. O.o Van Weezel, A: “La sistemática del delito de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N°20.066 sobre violencia intrafamiliar”, p. 5. Disponible en: http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/estandares/genero_defensa/ALEX-VAN-WEEZEL_ESTUDIO-SIS-TEMATICA-DELITOS.pdf (visitado el 27.10.10).

6 En este mismo sentido doctrina de la Corte Suprema. Vid. Etcheberry, A: El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo IV, Stgo., 2002, p. 343.

7 Politoff, ob. cit., p. 321. Con todo, este autor hace presente que en la práctica se había impuesto un criterio diferencial, consistente en que si la lesión tardaba en sanar más de 15 días correspondería calificarla como lesión menos grave. Vid Politoff, ob. cit., p. 321, nota 181.

8 S. T de G de Cañete de 5.de diciembre de 2008, RUC N°R.U.C. 0800966338-0, R.I.T. 1138, considerando duodécimo.

En atención a que la calificación como lesiones leves es una facultad del tribunal, el hecho que el tribunal no acoja el criterio médico no puede ser considerado para sostener que una resolución se aparta de la ley de manera ostensible y manifiesta. Por lo tanto, el punto del debate se centró en la aplicación del artículo 400 del Código Penal a una tipología de lesiones que por ley no pueden ser consideradas como faltas.

Si se parte de la base que el artículo 494 del N°5 del Código Penal es una figura privilegiada, la reforma de la Ley N°20.066 a esta disposición, excluye la posibilidad de aplicar ese privilegio, tratándose de los sujetos del artículo 5 de dicho cuerpo legal. No crea una agravante de responsabilidad penal, por lo que no puede sostenerse que se infrinja el artículo 63 del Código Penal ni el principio non bis in ídem⁹.

Sentencias:

1. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N°7015-10, de 27 de septiembre de 2010.

“Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil diez.

A fojas 112 y 114: a todo, téngase presente.

Vistos y teniendo, además, presente:

Que del mérito de la sentencia dictada por el Juez de Garantía de Cañete, la que se intenta modificar a través de esta vía, específicamente de su basamento décimo quinto, que esta Corte comparte, en el cual el juez recurrido fundamenta la forma cómo da aplicación a los preceptos legales que inciden en la pena a imponer al acusado, aparece que se ha descartado toda posibilidad de violación al principio “non bis in ídem” y al artículo 63 del Código Penal, invocados por la Defensoría Penal Pública en su recurso de fojas 17, se confirma la sentencia apelada de diez de septiembre del año en curso, escrita de fojas 82 a 83 vuelta.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Rol N°7015-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S.”.

2. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°, de 27 de septiembre de 2010.

“Concepción, diez de septiembre de dos mil diez.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, a fojas 16, el abogado Pablo Ardouin Bórquez, domiciliado en Videla N°147, comuna de Cañete, en representación del imputado René Isidro Montoya Carvajal, interpone recurso de amparo en contra de la resolución de 5 de diciembre del año en curso (sic) dictada por el Juez del Juzgado de Garantía de Cañete, Sr. Pablo Lagos Ortega,

⁹ En este sentido, aunque con matices Van Weezel, A, ob cit., pp 14-16.

por la que se condenó a su representado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar. Señala que el 27 de octubre de 2008 se presentó por el Ministerio Público un requerimiento verbal en contra del amparado, por el delito de lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar, de conformidad al artículo 399 del Código Penal, en relación con el artículo 5° y siguientes de la ley 20.066, solicitándose la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo. Los hechos del requerimiento son que “El día 26 de octubre de 2008, aproximadamente a las 11:00 horas, en el domicilio particular que comparte con la víctima, ubicado en calle Serrano N°863 de la comuna de Cañete, el imputado René Isidro Montoya Carvajal agredió a la víctima doña Judith Elena Ortiz Sánchez, contusión malar izquierda, contusión lumbar y contusión en ambas piernas, según informe emitido por el médico de turno del hospital de Cañete”. Agrega que el imputado en esa misma oportunidad, consultándosele si admitía responsabilidad en los hechos, los negó, preparándose el juicio oral en la misma audiencia. En dicha audiencia de juicio oral el Ministerio le consultó al imputado nuevamente que en caso de admisión de responsabilidad, le reconocería la atenuante del artículo 11N°9 del Código Penal, y solicitaría la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, a lo que el amparado se negó nuevamente. Desarrollada la audiencia de juicio oral, el imputado fue condenado por el delito de lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar, dándose por establecidos los mismos hechos del requerimiento, condenándose a la pena de 541 días de presidio menor

su grado medio por el delito de lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar, reconociéndosele la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal. Indica que el juez a quo ha vulnerado el principio *non bis in ídem*, pues aplicó el artículo 400 del Código Punitivo, violando abiertamente la norma del artículo 63 del mismo texto legal, por cuanto la Fiscalía en ningún caso solicitó su aplicación, porque siempre se entendió por los intervinientes que las lesiones eran únicamente leves, así por lo demás es reconocido por el propio fiscal en su alegato de clausura, citando pistas de audios y jurisprudencia al respecto. En definitiva, pide tener por interpuesto el recurso de amparo en contra de la resolución señalada, ordenando que se enmiende la referida resolución y en su lugar se condene al amparado a la pena de 300 días de presidio de menor en su grado mínimo como autor del delito de lesiones menos graves en el contexto de la Ley de Violencia Intrafamiliar, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en grado de consumado, como autor del mismo y la prohibición de acercarse a la víctima y su domicilio, por el lapso de seis meses, ordenando su libertad inmediata por encontrarse cumplida la condena .

SEGUNDO: Que, a fojas 48, informa el Juez Titular del Juzgado de Garantía de Cañete, don John Landero Salgado, señalando los antecedentes de la causa Rit 1138-2008, en los que recae el recurso de amparo, indicando, en lo medular, que no se dedujo recurso alguno en contra de la sentencia que se dictó, y estando ejecutoriada, se remitieron las copias respectivas al centro de detención preventiva de Lebu, lugar en el que actualmente cumple su condena el

amparado Montoya Carvajal, a partir del 2 de septiembre de 2009.

TERCERO: Que a fojas 50 se decretó autos en relación.

CUARTO: Que el Recurso de Amparo es el procedimiento que establece la Constitución Política a favor de cualquier habitante de la República para reclamar y hacer cesar toda amenaza, privación o perturbación arbitraria o ilegal a su derecho de libertad personal y seguridad individual.

QUINTO: Que de este mecanismo procesal se puede valer cualquier persona para recabar de los organismos jurisdiccionales competentes la tutela de las libertades y derechos reconocidos por el orden jurídico, por disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado y demás entes públicos, así como de sus funcionarios o agentes.

SEXTO: Que de los antecedentes allegados al proceso aparece que la acción de amparo ataca lo resuelto en un proceso en el cual existe sentencia definitiva firme o ejecutoriada, y el imputado se encuentra cumpliendo la pena desde el 2 de septiembre de 2009.

SEPTIMO: Que, por una parte, el recurso de amparo no podrá deducirse cuando la privación de la libertad hubiere sido impuesta como pena por autoridad competente, por una sentencia ejecutoriada, como es el caso. En efecto, la orden de detención fue expedida por autoridad competente, con la facultad para ello y en un caso previsto por la ley.

OCTAVO: Que con relación a la discusión de autos no escapa al conocimiento

de este Tribunal la discusión doctrinaria que existe en cuanto a los límites del amparo constitucional, destacándose que en un extremo se encuentran aquellos que estiman que el límite se encuentra en la cosa juzgada y otros que señalan que ningún órgano o autoridad puede sustraerse del orden constitucional y los sistemas de control, en el caso específico referido al Recurso de Amparo, pasando por otras posiciones en las que se sostiene que un fallo judicial que conlleva la autoridad de cosa juzgada debe ceder, en determinados casos, ante la necesidad de imponer la verdad. Gira en torno a esta discusión la idea que la cosa juzgada es un instrumento de orden procesal y no un dogma que debe imponerse en todo caso.

Dicho lo anterior, se debe reconocer que las normas constitucionales se encuentran en la cima de la pirámide jerárquica legal, por lo que no existe manera de excusarse de aplicarlas, incluyendo los órganos judiciales, cuando sus actuaciones han sido ilegales o arbitrarias, aunque es posible aceptar, con exigencias precisas, la procedencia del recurso de amparo en contra de decisiones judiciales.

NOVENO: Que, por otro lado, en el caso de autos cabe tener presente que no se han cuestionado las formalidades legales de la citada causa Rit N°1138-2008 sino que sólo la decisión contenida en la sentencia definitiva en la que se aplicó el artículo 400 del Código Penal, lo que incidió en la pena que se aplicó, respecto de la cual como ya se dijo que la Defensa Penal, pudiendo hacerlo, no recurrió de nulidad, aunque existen causales que de acuerdo con esa argumentación lo permitirían. Además, el

amparo se interpone después de un año de haberse comenzado a cumplir la sentencia por el sentenciado y no se ha interpuesto recurso de revisión. En la citada causa criminal se ha dictado sentencia definitiva en un procedimiento que no ha merecido cuestionamiento alguno, por lo que debemos colegir que se ha respetado las normas del debido proceso. Lo que el recurrente pretende a través de la acción que ha deducido en autos es que se dicte nueva sentencia, abordando temas discutibles desde el punto de vista jurídico, y sin escuchar a las otras partes de dicha causa se dicte nueva sentencia definitiva.

DECIMO: Que por las razones antes señalada no se hará lugar al amparo pedido en estos autos.

Por estos fundamentos, citas legales, lo informado por el juez recurrida, y lo prevenido también en el artículo 21 de la Constitución Política de la república, SE RECHAZA, el recurso de amparo de fs. 17 y siguientes.

Agréguese copia autorizada de esta resolución a los autos RIT1138-2088 del Juzgado de Garantía de Cañete.

Notifíquese, regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro señor Diego Simpértigue Limare.

Rol N°92-2010.-

Sra. Herrera

Sra. Sanhueza

Sr. Simpértigue.”.

3. Sentencia del Tribunal de Garantía de Cañete, de 05 de diciembre de 2008, causa R.U.C 0800966338-0.

“Cañete, cinco de diciembre de dos mil ocho.

VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: *Que con fecha primero de diciembre del presente año dos mil ocho, ante este Tribunal de Garantía, se llevó a efecto audiencia de juicio simplificado, a la cual asistió el señor Fiscal Adjunto (S) del Ministerio Público don Rodrigo Martínez Walker, y el imputado RENE ISIDRO MONTOYA CARVAJAL, chileno, soltero, cédula de identidad 15.999.139 -3, obrero, nacido el 31 de julio 1985, domiciliado en XXX, representado en el juicio por el Abogado Defensor Penal Público don Egon Matus de la Parra Sanhueza, con domicilio y forma de notificación ya registradas en el Tribunal.*

Los hechos que motivaron el presente juicio, se contienen en el requerimiento de procedimiento simplificado interpuesto por el Ministerio Público en contra del imputado, el cual, en señala: LOS HECHOS: “EL DIA 26 DE OCTUBRE DEL 2008, APROXIMADAMENTE A LAS 11:00 HORAS, EN EL DOMICILIO PARTICULAR QUE COMPARTE CON LA VICTIMA, UBICADO EN XXX, EL IMPUTADO RENE ISIDRO MONTOYA CARVAJAL AGREDIÓ A LA VICTIMA DOÑA J.E.O.S., CONTUSION MALAR IZQUIERDA, CONTUNSION LUMBAR Y CONTUSION EN AMBAS PIERNAS, SEGÚN INFORME EMITIDO

POR EL MEDICO DE TURNO DEL HOSPITAL DE CAÑETE”

Respecto de los hechos descritos, el Ministerio Público los ha calificado de del delito de LESIONES MENOS GRAVES, en contra de J.E.O.S., previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, en relación a los artículos 5° y siguientes de la ley y 20.066, sobre violencia intrafamiliar. Asimismo, a juicio de la Fiscalía, señala que no concurren, en la especie, circunstancias agravantes ni minorantes de responsabilidad criminal. En cuanto a la participación, señala el Ministerio Público que el imputado ha intervenido en calidad de autor en los hechos materia del requerimiento, de conformidad a lo previsto en el artículo 15 N°1 del Código Penal. En atención a lo expuesto, solicita se imponga al imputado RENE ISIDRO MONTOYA CARVAJAL como autor del delito de Lesiones Menos Graves en contexto de Violencia Intrafamiliar, en calidad de Consumado, la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MINIMO, además de la accesoria de SUSPENSIÓN DE CARGO U OFICIO PUBLICO DURANTE EL TIEMPO QUE DURE LA CONDENA, como, asimismo, la OBLIGACION DE ABANDONAR EL DOMICILIO QUE COMPARTE CON LA VICTIMA Y LA PROHIBICION DE ACERCARSE A LA VICTIMA O A SU DOMICILIO previstas en las letras a) y b) del artículo 9 de la ley 20.066 y se le condene, además, al pago de las costas de la causa.

SEGUNDO: *Que, en la audiencia de juicio, el señor Fiscal del Ministe-*

rio Público, en su alegato de apertura, señaló que, durante el desarrollo de la audiencia probará, mas allá de toda duda razonable, que el día 26 de octubre del año 2008, el imputado agredió con golpes de pies y puños a la víctima, con quien tiene un hijo en común de solo tres meses, razón por la cual ella concurrió a efectuar la denuncia y a constatar lesiones; ello mediante el médico que constató las lesiones, el funcionario policial que efectuó el procedimiento y los testigos que presenciaron los hechos, por lo que se probará mas allá de toda duda razonable la ocurrencia del delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, no quedando mas al Tribunal que dictar en contra del imputado una sentencia condenatoria por los hechos señalados.

TERCERO: *Que, la defensa del imputado señala, en su alegato de apertura, señala que pese a existir una denuncia en contra de su representado, el imputado mantiene firme su posición en el sentido que los hechos no ocurrieron de la forma que se presentan en la denuncia y que el Tribunal tendrá los elementos necesarios para absolverlo una vez terminado el juicio. En caso de que no se acogieren dichos argumentos, la defensa solicita se le condene a la pena menor descrita par el delito, teniendo presente la seria posibilidad que el imputado cumpla efectivamente la pena.*

CUARTO: *Que, renunciando a su derecho a guardar silencio el requerido RENE ISIDRO MONTOYA CARVAJAL, exhortado a decir la verdad, prestó declaración en el proceso, señalando en primer lugar, que no es conviviente de doña J.O., que tuvieron una larga relación y que los hechos de vio-*

lencia no son tal como ella los describe, por ejemplo, un moretón que tiene en la espalda se lo hizo él, pero mediante un “pellizcòn”, jugando, pues ella lo había mordido, y a ella le quedó un moretón e incluso le contó a sus familiares, pero no porque él le haya pegado, respecto de las otras lesiones que ella (la víctima), habla, de que la golpeo con los pies y con los puños no es verdad, ellos tienen una relación que por momentos es buena y discuten harto y a veces discuten feo, pero no es solo por parte de él no mas la violencia sino que también por parte de ella. Encuentra que ella se ésta aprovechando de esto porque han estado bien, porque han estado junto, incluso junto a ella, su sobrina y su hija fueron al museo el día de ayer, pero luego discutieron y hoy dice que está en mala y que quiere seguir la demanda, pero no sabe si entiende lo que está haciendo ella, ni está clara de lo que está haciendo, está presionada por su familia. Respecto a las lesiones, ese día, en el que ella puso la demanda, efectivamente discutieron, toda vez que en la noche durmió con ella, en la mañana discutieron, forcejearon y ella le tiró un plato de comida, quebró una botella de bebida y se le puso en el cuello y el se le fue a quitar, luego salió con su hija y le dijo que no la iba a ver mas, luego llegó el tío le dijo que no había que pelear con las mujeres y el salió. Luego en la tarde fue a ver a su hija y luego lo llevaron detenido. En lo que se refiere a la lesión que la víctima tiene en la espalda, reitera que ella se produjo por que el la pellizcó en la espalda, no porque le halla pegado o algo así. Ese día efectivamente pelearon pero fue violencia de parte de los dos, no es que él le haya pegado, los golpes de pies y puños no existieron.

CONTRAIINTERROGADO: Señala que no es conviviente de la víctima y tiene una hija con ella de cinco meses. Añade que el día de los hechos se encontraba en el domicilio con la víctima, en la pieza de ella, que hubo una discusión y hubo un forcejeo cuando la fue a tomar y luego ella salió con la hija, agrega que no la agredió en ningún momento y que anteriormente tampoco la había agredido ni amenazado, solo discusión.

REPREGUNTADO: Señala que no reconoce una agresión a la víctima, señala que la señora J. quebró una botella en la tele y se puso la botella en cuello, y el se la fue a quitar y en ese instante hubo un forcejeo porque estaba histérica. Estaban solos en la pieza.

SOLICITANDO QUE ACLARE SUS DICHOS. Señala que el pellizcòn que le efectuó a la víctima fue dos o tres días antes. Añade que tiene una hija con la víctima que se llama A.A.M.O., que tiene cinco meses y un día de vida, que la señora J. tiene otro hijo de tres años. Agrega que hace un año y medio que mantiene una relación con ella, que casi todos los días se quedaba a dormir con ella.

QUINTO: Que, con la finalidad de acreditar los hechos en que se funda su requerimiento, el Ministerio Público se valió de la siguiente prueba:

TESTIMONIAL:

a) Declaración del Testigo JUAN BERNARDINO ZAVARIA ARIAS, cédula nacional de identidad 11.114.626 – 8, quien señala que actualmente se encuentra laborando en la 3era Comisaría de Carabineros de Cañete, es Carabineros y actualmente ostenta el cargo de Cabo 1°;

en el mes de octubre del presente año se encontraba en la Comisaría de Cañete. Respecto de los hechos del juicio señala que el día 26 de octubre del año 2008, alrededor de las 17:00 horas, concurrió al cuerpo de guardia la señora J., cuyo apellido no recuerda, solicitando la presencia de Carabineros en su domicilio en atención a unas lesiones por parte de René Montoya, el cual la había agredido. Posteriormente, personal de guardia les comunicó a ellos, que estaban de servicio en la población que le prestaran cooperación para señalar en que lugar estaba René Montoya, al llegar al lugar procedieron a la detención de esta persona a la altura del 810, aproximadamente, en calle Covadonga, frente a la escuela Sargento Aguayo, él no opuso resistencia, estaba claro en lo que había pasado. Lo que había pasado, de acuerdo a lo que comentaba la víctima, alrededor de las 11:00 habían tenido un problema, toda vez que son pololos no matrimonio, habían tenido un altercado y había resultado lesionada esta persona. No recuerda que lesiones tenía, pero la víctima señaló que las lesiones eran en el cuerpo. El imputado no declaró ante Carabineros ni manifestó nada, pero estaba claro pues, cuando se le leyeron sus Derechos, el dijo que habían tenido problemas pero no hizo mayores declaraciones. La víctima, además, manifestó que era acosada por el imputado en el sentido de palabras groseras.

CONTRAIINTERROGADO: Señala que René Montoya no opuso resistencia, es decir no impidió la detención, no recuerda si tenía lesiones en las pierna o en la cara, pues la señora cuando concurrió a Carabineros a dar a conocer sus hechos, posteriormente fue al Hospital,

volvió a la unidad y luego concurrieron a la detención del imputado.

b) Testigo V.M.M.S., cédula nacional de identidad número XXX, señalando que la señora J. es sobrina de su señora, que la señora J. tiene un hijo con el imputado y ellos andaban pololeando, desconoce si actualmente están pololeando. Añade que el día en que ocurrieron los hechos motivo del juicio el se encontraba en la cocina y llegó llorando la J. que el René le había pegado, pero él no escucho nada y él fue a hablar con el René a ver que había pasado y estuvieron conversando, estaba en la pieza de la J. Esto fue en la pieza de J., añade que ella llegó llorando a la cocina, con la guagua que había peleado con el René, dijo que le había pegado. Respecto de la casa en que habitan ella es de su suegro, René ingresaba libremente y con autorización a la casa. Después ella dijo que le había dado unos "chutes" en las canillas y unos golpes en el costado derecho, René no dijo nada y quedó ahí; luego, J. fue con la mamá a hacer la denuncia.

CONTRAIINTERROGADO: Señala que no vio nada cuando le estaban pegando a J; cuando ella llegó llorando le habían chuteados las canillas y en el costado derecho tenía unos moretones, que René le había hecho.

Agrega luego que cuando ella le comunica él va a la pieza en la cual no ve trozos de vidrio ni botella quebrada.

c) Testigo D.C.S., cédula de identidad número XXX, quien expone que es hermano de la víctima, doña J.O.S., sabe por que esta citado al juicio, viene de testigo de su hermana porque ha visto varias veces a su hermana llorando en la pieza y no le había querido pregun-

tar, por maltratos, machucones, quemaduras de cigarros, según lo que le dijo su hermana. Respecto de los hechos del juicio, señala que no estaba presente, pero cuando llegaba siempre era lo mismo. Se enteró de los hechos por parte de su hermana, quien, cuando llegaba a su casa siempre estaba llorando, por golpes que tendría con su hermana. René era pololo de su hermana, y tienen una hija de cinco meses, que vive con su hermana.

CONTRAIINTERROGADO: Señala que el día 26 de octubre, a las 11:00 horas, estaba en su casa, no vive con su hermana, llegó al rato después de su casa a donde su hermana, porque lo llamó su tío diciendo que su hermana estaba llorando por maltrato, no vio ni escuchó nada.

d) Testigo J.E.O.S., cédula de identidad número XXX, quien señala que desde hace un año y medio que son puras agresiones, físicas, psicológicas. Señala que el día que hizo la demanda, estaban discutiendo, ella tenía la guagua en brazos y el empezó a pegarle con patadas, con palmetazos en la cabeza y después su mamá la llevó al hospital y constataron lesiones. La agredió por celos, siempre por celos, injustificados, agrega que la dijo que si lo denunciaba iba a verlo que le va a pasar. Añade que estaban en su pieza, en su casa, en calle XXX; en su casa estaba toda su familia, que cuando salió le contó a su abuela, y se puso a llorar. René, luego se quedó ahí y su tío fue hablar con el y le dijo que la cortara de andar molestándola. Añade que tienen una hija en común. Actualmente, no se mantiene junto con René, señala que había intentado perdonarlo pero el sigue con sus celos y con su rabia contra ella. Respecto al hecho de haber

concurrido a la Fiscalía a no perseverar en la denuncia, señala que cuando ella fue por la mamá de él, pero después de eso el siguió, le dio un empujón, palmetazos. Respecto de las lesiones tenía un machucón, una quemadura de cigarros y moretones en las piernas y ellas ocurrieron en la pieza, y no hubo forcejeos sino que ella estaba sentada y él le preguntaba y le pegaba palmetazos y patadas. En relación al hecho de haber tomado una botella y haberla quebrado efectivamente ocurrió, pero fue días antes, en que ella tomó un plato de comida y se lo tiró, y rompió una botella en la tele porque no le daba mas la rabia. Las agresiones habían ocurrido anteriormente y no había denunciado por su hijo, por no meterlo en problemas, ya que después piden perdón.

CONTRAIINTERROGADA: Expone que estaban solos en la pieza aquel día, junto a su guagua, señala que estaba en el sillón y René le pegó patadas, le quedaron moretones; respecto de la lesión de la espalda la tenía de un día antes, según cree. Respecto del episodio de la botella, señala que quebró la botella en la tele por los nervios. Señala que ellos pololeaban con René y que dejaron de pololear.

Agrega, que mantenía una relación sentimental con don René, quien vivía en la casa de él, se quedaba en las noches en su casa, aproximadamente 5 veces por semana.

DOCUMENTAL:

a) Extracto de Filiación y Antecedentes Penales de René Isidro Montoya Carvajal, en el cual registra una condena causa N°45.294/ 2003, del Juzgado de Letras de Cañete, condenado el

27 de julio de 2004 a 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de Robo con fuerza en las cosas cometido con escalamiento en lugar destinado a la habitación y una condena en causa RIT 291/ 2005, del Juzgado de Garantía de Casablanca, condenado al pago de una multa de una Unidad Tributaria Mensual como autor de la falta prevista y sancionada en el artículo 494 bis del Código Penal el 29 de julio de 2005.

SEXTO: Que el señor Fiscal del Ministerio Público, en su alegato de clausura, expone que ha quedado demostrado la veracidad de la denuncia, comenzando con la propia víctima, del imputado, del testigo, como asimismo por las declaraciones efectuadas por el perito que constató las lesiones, las declaraciones del funcionario policial que recibió la denuncia, que el día 26 de octubre de 2008, aproximadamente a las 11:00 horas, el imputado agredió con golpes de pie y puño a la víctima ocasionándole lesiones, consistentes en contusión malar izquierda, contusión lumbar y en ambas piernas. Igualmente, señala quedó acreditado que las lesiones eran compatibles con agresiones de terceros, distinguiendo entre un moretón y lo que el observó al momento de examinar a la paciente, que eran contusiones. Igualmente, con las declaraciones del funcionario policial, quien señala que el imputado se encontraba claro del porque era detenido; declaración del testigo tío de la víctima quien se encontraba en la cocina de la casa habitación hasta donde llega la víctima señalándole que había sido agredida por Montoya Carvajal, declaraciones de la víctima e imputado, quien trata de mezclar hechos distintos, quedando claro que el episodio de

la botella había ocurrido en días anteriores. Señala que las lesiones fueron en contexto de violencia intrafamiliar ya que ellos mantienen una hija en común y que prácticamente realizaban una convivencia ya que el imputado pasaba casi todas las noches en compañía de la víctima, por lo que no quedará mas al Tribunal que condenar al imputado por el delito señalado, con las penas solicitadas, accesorias legales y costas.

SEPTIMO: Que, la defensa del imputado, solicita al Tribunal, en primer lugar que se absuelva al imputado de la acusación deducida en su contra por parte del Ministerio Público, esto es Lesiones Menos Graves en contexto de violencia intrafamiliar, porque este no es el tipo penal adecuado, pues tanto víctima como imputado, víctima y testigos coincidieron en que la relación que ellos mantenían era solo de pololeo, independiente que exista un hijo en común o que se haya quedado algunas noches en casa de la víctima, la convivencia, señala debe homologarse al matrimonio, su representado mantenía su domicilio en Sargento Aguayo N°24, pero no mantenían un domicilio común. De esta forma, si pudiere sancionársele, se le sancione con el tipo penal del artículo 494 N°5 del Código Penal, con una multa que no supere una unidad tributaria mensual, pues su representado no tiene una actividad remunerada. Además de lo anterior, agrega que respecto de los hechos que se trataron de probar por el Ministerio Público, ellos no ocurrieron como fueron denunciados, existieron numerosas contradicciones, incluso la versión del imputado resulta correcta, agrega que si ocurrió el hecho de la botella, lo cual es reconocido por la víctima, pese a señalar que fue en otra

circunstancia, por que se está frente a un descontrol de la víctima. Respecto de la lesión de la espalda, la víctima señaló que ocurrió el día anterior, por lo que es una circunstancia ajena a la investigación y al juicio, por lo que solicita se le absuelva de la acusación formulada. En caso contrario y que se estime pertinente condenar al requerido, y considerando lo netamente económico, se le aplique la pena mínima contemplada por la ley al delito.

OCTAVO: Que, se oyó a la víctima y al imputado, expresando cada uno, lo que estimó pertinente.

NOVENO: Que, ponderando las probanzas señaladas en los considerandos Cuarto y Quinto, precedentes, libremente, pero con sujeción a las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, se ha arribado a la convicción, mas allá de toda duda razonable, que “EL DIA 26 DE OCTUBRE DEL 2008, APROXIMADAMENTE A LAS 11:00 HORAS, EN EL DOMICILIO PARTICULAR QUE COMPARTE CON LA VICTIMA, UBICADO EN XXX, EL IMPUTADO RENE ISIDRO MONTOYA CARVAJAL AGREDIÓ A LA VICTIMA DOÑA J.E.O.S., CONTUSION MALAR IZQUIERDA, Y CONTUSION EN AMBAS PIERNAS SEGÚN INFORME EMITIDO POR EL MEDICO DE TURNO DEL HOSPITAL DE CAÑETE”

DECIMO: Que, las conclusiones fácticas expresadas en el considerando precedente, logran ser establecidas, especialmente con las declaraciones de la víctima y testigos aportados por el ministerio público, quienes exponen,

con claridad y precisión, concordantes unos y otros los hechos sobre los cuales son llamados a deponer, sumadas ellas, a las declaraciones vertidas en juicio por el propio imputado. En efecto, y comenzando con el entorno de ocurrencia de los hechos, la testigo J.O., el imputado, y el testigo Muñoz Silva se encuentran contestes en que el día 26 de octubre, aproximadamente a las 11:00 horas, el imputado y la víctima, junto a la pequeña hija de ambos, se encontraban en el dormitorio de la mujer, ubicado al interior del inmueble ubicado en calle XXX. En aquella ocasión se produce una discusión, en la cual, de acuerdo a lo relatado por la víctima, tenía su origen en los celos del imputado, procediendo este último a agredirla con golpes de manos en el cuerpo y la cabeza y con golpes de pies en sus piernas, abandonado ella con su hija la habitación, relatóndole lo ocurrido a su abuela y luego a su tío, el testigo M.S.. Éste, señala, precisamente, que se encontraba aquel día y hora en la cocina del inmueble que comparte con la víctima y que esta llegó a aquel lugar, llorando y le relató lo ocurrido, luego de aquello, el mencionado testigo se dirige hacia el dormitorio de J.O. y conversa sobre lo ocurrido con el requerido Montoya quien se encontraba aún en la habitación. Así, no cabe duda, pues todos los deponentes se encuentran de acuerdo a que el imputado se encontraba en el dormitorio con la víctima, que se produjo una discusión y que luego ella salió llorando del lugar, la controversia existe entonces, respecto de la ocurrencia de las lesiones denunciadas.

UNDECIMO: Que, como se ha señalado, resultan controvertidas la existencia de la agresión por parte del imputado, sin embargo, a este respecto

las declaraciones de la víctima resultan claramente concordante con las consecuencias fácticas del hecho, a saber, las lesiones sufridas. Así, ella señala haber sido agredida por parte del imputado con golpes de pies y manos, en la cabeza, tronco y extremidades inferiores. Por su parte, el imputado señala que, efectivamente existió un forcejeo, que se habría producido al tratar de arrebatar una botella que la víctima habría quebrado para autoagredirse, en un ataque de histeria. Sin embargo, la versión de este, en el particular, no resulta creíble, pues, de acuerdo a lo señalado por la víctima ello efectivamente habría ocurrido, mas no en aquel día sino que en un día anterior, lo cual viene a ser reforzado por las declaraciones del testigo M.S., quien señala que, al llegar a la habitación no apreció una botella quebrada ni rastros de vidrio, ni tampoco se señala por la víctima o imputado que hubieren sacado la especie mencionada de la habitación, por lo que, de haber ocurrido aquel episodio, él lo fue con anterioridad y no en aquella situación. De esta forma, cobra pleno valor de convicción la declaración de la víctima en cuanto a la agresión sufrida por el imputado, pues, solamente con él se encontraba en la habitación, éste reconoce un forcejeo, y, luego de abandonar la pieza presenta lesiones que son constatadas por personal médico, por lo que se concluye, mas allá de toda duda razonable, que fue, precisamente, el imputado, quien le ocasionó las lesiones que le fueron constatadas, sin perjuicio de lo que se señalará mas adelante respecto de la localización de ellas.

Refuerza lo anterior lo atestado por el perito Hugo Ulloa Urrea, en cuanto a que la víctima presentaba lesiones en

la zona malar (zona inferior del rostro), zona lumbar y ambas piernas, de reciente data y compatibles con agresión de tercero, lo cual confirma lo expuesto por la víctima, en orden a que habría sido agredida en la cabeza, en el tronco, y en las extremidades con golpes de pies. Por último, el funcionario policial Juan Zavaria que recibe la denuncia recibe también el relato de la víctima, en idéntico sentido al expuesto, adoptando luego el procedimiento de rigor, al igual que el hermano de la víctima D.C.S., quien también escucha lo narrado por esta, cerrando, con ello, el periplo de la víctima desde la agresión propiamente tal hasta la denuncia.

DUODECIMO: Que, respecto de las lesiones ocasionadas, de acuerdo a lo expuesto por el perito médico Hugo Ulloa, la señorita J.O., presentaba contusiones en la zona malar, en la zona lumbar y en ambas piernas, toda compatibles con agresión de tercero, recientes, y con un tiempo de recuperación no superior a 10 días. Lo por el expuesto es compatible con lo establecido en el considerando anterior, mas, de aquellas lesiones, aquella que la víctima presentaba en la zona lumbar si bien fue provocada por el requerido, según lo aseverado por el mismo y la propia víctima, lo fue en una ocasión anterior, presumiblemente un día antes y no en los hechos motivo del presente juicio, por lo que ella, naturalmente, no puede ser objeto del requerimiento que se dirige únicamente a la conducta desplegada por el imputado el día 26 de octubre, ocasión en la cual, según lo razonado, ha quedado establecido, mas allá de toda duda razonable, que se produjeron las contusiones en la zona malar y en ambas piernas, las cuales como se señaló, tardarán en sanar

menos de 10 días, con igual tiempo de incapacidad.

DECIMO TERCERO: *Que, ha quedado establecido, entonces que J.O. sufrió lesiones ocasionadas por René Montoya Carvajal, por lo que resulta propio determinar si aquellas lesiones se causaron o no en el contexto de violencia intrafamiliar. Para este efecto, este sentenciador deber ceñirse a lo señalado en el requerimiento formulado por el Ministerio Público, en el sentido que víctima e imputado serían convivientes al momento de producirse las lesiones, lo que, de acuerdo al artículo 5° de la ley 20.066, otorgaría el contexto de violencia intrafamiliar a las lesiones, y, consecuentemente definiría el tipo penal preciso a aplicar en la especie. Así, de acuerdo a lo señalado por el imputado, este no convive con la víctima, mas, señala tener con ella una relación sentimental –pololeo– de aproximadamente un año y medio de duración, una hija en común A.A., de cinco meses de vida y que casi todos los días se queda en las noches en casa de su polola. Por su parte, J.O. reitera lo expuesto por Montoya, señalando que, de siete días que tiene una semana, al menos cinco el imputado pernocta con ella. De aquellos antecedentes, y de conformidad a las reglas de la lógica y de la experiencia, se puede establecer que, efectivamente, y aunque se le reconozca, imputado y víctima fueron convivientes, pues dicha convivencia se determina a través de la existencia de una relación de carácter sentimental, que motiva a la formación de una vida en común y a compartir el hogar y el lecho, amén de la incorporación de nuevos integrantes a dicha vida en común, como lo son los hijos. Todos aquellos supuestos son satisfechos por imputado*

y víctima, quienes tenían una relación sentimental, un hijo en común y pernoctaban juntos la mayor parte del tiempo, por lo que, no puede estimarse sino que ellos convivían. La exclusividad del hogar –solo ellos en hogar propio– la publicidad de la relación, exclusividad del domicilio no son elementos que excluyan la convivencia, pues, perfectamente, se puede convivir en el hogar de parientes junto a ellos, o bien se puede ocultar la convivencia, y, perfectamente, se puede tener otro domicilio al cual arribar ocasionalmente, como ocurre con el imputado, mas, manteniendo la relación sentimental, un hijo en común, y la pernoctación todas o casi todas las noches, la convivencia también se mantiene. De esta forma, no cabe tampoco duda que las lesiones causadas por René Montoya a J.O. ocurrieron mientras ellos convivían, por lo que constituyen lesiones causadas en contexto de violencia intrafamiliar de conformidad al artículo 5 de ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar.

DECIMO CUARTO: *Que, de acuerdo a lo razonado en los considerandos Décimo a Décimo Tercero, ambos inclusive, el imputado Montoya Carvajal participó en los hechos descritos precedentemente causando directamente las lesiones a la víctima, por lo que ha intervenido en la comisión del delito de lesiones en calidad autor, de conformidad al artículo 15 N°1 del Código Penal, ejecutándolo.*

DECIMO QUINTO: *Que, habiéndose determinado la existencia de lesiones causantes de una incapacidad aproximada de 10 días, en contexto de violencia intrafamiliar, cabe recordar que el artículo 494 N°5 del Código*

Penal proscribire calificar dichas lesiones como leves, por lo que, necesariamente, deben calificarse como menos graves, de acuerdo a lo previsto en el artículo 399 del mismo cuerpo legal. En este caso, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 400 del mencionado Código, la pena debe aumentarse en un grado, resultando, entonces, la aplicación de una pena de presidio menor en su grado medio para el delito de lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar.

DECIMO SEXTO: *Que beneficia al acusado la circunstancia atenuante d de responsabilidad criminal prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, toda vez que, al prestar declaración en el juicio, y reconocer parcialmente la existencia de los hechos motivo del requerimiento, ha facilitado la decisión del órgano jurisdiccional, y, en definitiva, la resolución del asunto sometido a juzgamiento.*

DECIMO SEPTIMO: *Que no concurren circunstancias agravantes de responsabilidad penal ni otras atenuantes de la misma que considerar.*

DECIMO OCTAVO: *Que, encontrándose el delito ya determinado, revestido de una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal y siendo la pena aplicable al delito una de un grado de una divisible y de conformidad a lo previsto en el artículo 67 inciso 2° del Código Penal, el Tribunal la aplicará la pena de presidio menor en su grado medio, en el mínimo.*

Igualmente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 16, en relación al artículo 9 de la ley 20.066, se impondrá al requerido la pena accesoria de prohibición de

acercarse a la víctima o a su domicilio por el lapso de seis meses.

DECIMO NOVENO: *Que, como se ha insinuado, el Tribuna excederá de la pena requerida por parte del Ministerio Público, toda vez que ella no se ajusta a la resultante del delito cometido, su grado de ejecución, la participación en calidad de autor y la circunstancia atenuante señalada, teniendo presente que el artículo 395 inciso 2° no resulta aplicable en la especie toda vez que él lo es únicamente cuando el requerido admite responsabilidad en los hechos, cuestión que no ocurrió en el proceso, y que el artículo 388 se refiere a la aplicabilidad del procedimiento en relación a la pena solicitada por el ente persecutor y no a la que se determine en definitiva mediante la sentencia.*

VIGESIMO: *Que, respecto de la concesión de algún beneficio alternativo de cumplimiento de condena en libertad, estos no resultan procedentes, toda vez que el requerido registra una condena anterior ascendente a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, con lo cual excede del límite establecido en la letra b) del artículo 8 de la ley 18.216, descartando con ello el único beneficio que hipotéticamente le sería aplicable, por lo que se dispondrá el cumplimiento efectivo de la pena impuesta.*

VIGESIMO PRIMERO: *Que, encontrándose el requerido patrocinado por la Defensoría Penal Pública, de acuerdo a lo previsto en el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, no será condenado al pago de las costas del procedimiento.*

Y teniendo en consideración, además, lo previsto en los artículos 1°, 7, 15, 50, 67, 399 y 400, del Código Penal, artículos 11, 47, 297, 340, 341, 342, 348, 388, 389, 394 y 396 del Código Procesal Penal, 5 y siguientes de la ley 20.066 **SE DECLARA,**

I.- Que SE CONDENAN a don **RENE ISIDRO MONTOYA CARVAJAL** ya individualizado, como autor del delito consumado de **Lesiones Menos Graves en contexto de Violencia Intrafamiliar**, a la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN (541) DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, SUSPENSION DE CARGO U OFICIO PUBLICO DURANTE EL TIEMPO QUE DURE LA CONDENAN, Y A LA PROHIBICION DE ACERCARSE A LA VICTIMA Y A SU DOMICILIO**, por el lapso de seis meses, por el hecho ocurrido en Cañete, el día 26 de octubre de 2008.

II.- Que, no procediendo respecto del sentenciado ningún beneficio alterna-

tivo de cumplimiento de condena, se dispone el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, debiendo comenzar a cumplirla dentro de tercero día de quedar firme y ejecutoriada la presente sentencia, sirviéndole de abono UN DIA, que, en esta causa, permaneció privado de libertad.

III.- Que no se condena en costas al sentenciado.

Certifíquese en su oportunidad la circunstancia de encontrarse ejecutoriada esta sentencia, a fin de dar cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal.

Anótese, regístrese y archívese en su oportunidad.

R.U.C 0800966338-0

R.I.T. 1138 – 2008

Dictada por don JUAN PABLO LAGOS ORTEGA, Juez Titular del juzgado de Garantía de Cañete”.

CONTENIDOS

Artículos

Análisis del delito de cohecho transnacional
Hernán Fernández Aracena

Evolución normativa del derecho chileno en materia de tráfico ilícito de drogas
Nicolás Arrieta Concha

La opinión de la jurisprudencia durante el año 2010 en torno al delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas
Jorge Muñoz Bravo

Delito de elaboración ilegal de drogas
Lorena Rebolledo Latorre

Reflexiones sobre el parricidio por omisión
Andrés Pacheco Bastías

¿Existe el delito de *grooming* o ciber acoso sexual infantil?: una aproximación desde la óptica jurídico-penal
Luis Torres González

Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial
Tania Gajardo Orellana

La inclusión de la huella genética de condenados adolescentes al registro de ADN
Eva Curia Castro

Sentencias Comentadas

Sobre la naturaleza y alcance del sobreseimiento que establece el inciso quinto del artículo 247 del código procesal penal. Comentario de dos sentencias de la Excm. Corte Suprema
Hernán Ferrera Leiva

Abandono del cargo de Concejal. Comentario de diversas sentencias en caso de concejales de Pelluhue.
Francisco Ávila Calderón y Roberto Morales Peña

Asociación ilícita para cometer delitos tributarios. Comentarios a sentencia dictada por el Tribunal Constitucional
Alejandro Moreira Dueñas

Comentario a sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de apelación de amparo en causa sobre delitos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar
María Cecilia Ramírez Guzmán

Fallos

Recepción de prueba no solicitada oportunamente y su control por la vía del recurso de nulidad
Corte Suprema

Rechaza recurso de nulidad. Artículo 247 del Código Procesal Penal. Apercebimiento de cierre de investigación no formalizada
Corte Suprema

Recurso de queja acogido. Requerimiento en procedimiento simplificado y suspensión del curso de la prescripción de la acción penal
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Legitimación para la reclamación de infracción de garantías
Corte Suprema

Rechaza recursos de nulidad. Registro de interceptaciones telefónicas. Filmación o grabación de imágenes en la vía pública
Corte Suprema