

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°40 - SEPTIEMBRE 2009

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°40 - Septiembre 2009

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Colaboradora:

Andrea González Leiva

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

María Cecilia Ramírez Guzmán

Manuel Zárate Campos

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: 690 9293

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos

- Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Facultad de formalizar la investigación. Alcance del artículo 186 del Código Procesal Penal 11
Tribunal Constitucional

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

- La concreción del interés en el delito de negociación incompatible. Análisis a partir de dos situaciones supuestas 33
Marcelo Acuña Silva

Sentencias Comentadas

- Comentario sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en acción de protección por alzamiento de secreto bancario en cuenta corriente bipersonal de H. Diputada de la República 42
Marta Herrera Seguel

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

- Cooperación eficaz en relación con un recurso de queja interpuesto en contra de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco 63
Renzo Figueroa Aste
- El secreto de la investigación en los casos de la Ley 20.000 71
Manuel Guerra Fuenzalida
- Autoría y participación. Conceptualización. Tratamiento en el Código Penal y correlato en la Ley de Drogas 79
Jorge Muñoz Bravo

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales del MERCOSUR de 2009 95
Eduardo Picand Albónico
- El control de constitucionalidad de los tratados internacionales 103
Eduardo Picand Albónico

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

- Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales 127
Karen Guzmán Valenzuela y Francisco Soto Donoso
- La evaluación pericial psicológica de daño en víctimas de delitos sexuales 145
Francisco Maffioletti Celedón y Sofía Huerta Castro
- La regulación del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil como delito de tenencia: consecuencias normativas 169
Francisco Soto Donoso

Sentencias Comentadas

- Pedófilos en la red: comentarios a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 18 de agosto de 2009, Rol 3557-09, que se pronuncia sobre la búsqueda de pornografía infantil a través de los Sistemas *Peer to Peer* 176
Marcelo Andrés Acuña Silva

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

Artículos

- El delito de alteración fraudulenta de precios 193
Verónica Rosenblut Gorodinsky
- Prueba indiciaria y lavado de dinero 205
Antonio Segovia Arancibia

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Proyecto piloto: Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar Fiscalía
Regional Metropolitana Centro Norte 217

Paz Pérez Ramírez y Norka del Canto Muga

Sentencias Comentadas

Un día de furia: comentario a la sentencia de trece de julio de 2009, de la
Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, sobre medida
de seguridad en causa por desacato y amenazas contra la autoridad judicial en
el ejercicio de su cargo 234

Hernán Delgado Báez

Comentario a sentencia sobre delito de desacato 255

Daniel Ríos Karl

PRÓLOGO

Se ha discutido respecto de las facultades de los fiscales en el manejo de las investigaciones de los hechos ilícitos que llegan a su conocimiento, y sus decisiones específicas en torno a la formalización de la investigación. Esta discusión no ha resultado ajena al ámbito jurisprudencial, y en esta edición se contiene un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto, con un interesante fallo que se pronuncia acerca de la facultad exclusiva que asiste al fiscal en cuanto a decidir respecto de la formalización de la investigación.

Del mismo modo, presentamos otras importantes decisiones judiciales que se manifiestan en torno a temas tan sensibles como el secreto bancario, el bien jurídico en el delito de desacato y la cooperación eficaz en la Ley de Drogas.

Pero el Derecho debe su dinamismo y evolución no sólo a los pronunciamientos judiciales, sino también al estudio constante que de sus diversos campos y temas desarrollan los autores, presentando este número tópicos igualmente actuales y de preocupación contingente, como lo es la actividad ilícita en torno a los precios de productos ofrecidos en el mercado o el lavado de dinero.

Y si pensamos en la criminalidad que cruza fronteras, también podemos encontrar luces que ayudan a combatirla, como lo es el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR de este año, en torno al cual presentamos un artículo introductorio en su aplicación por parte de los países suscriptores.

Todo lo anterior, sin olvidar la delincuencia concreta que puede llegar a afectar el diario vivir de las personas, como por ejemplo los delitos de índole sexual o de violencia intrafamiliar, y respecto de los cuales presentamos artículos referidos al almacenamiento de material pornográfico infantil, la evaluación psicológica del daño en las víctimas de delitos sexuales y a las penas accesorias especiales y medidas cautelares que la ley provee para protegerlas, así como del interesante y poco conocido proyecto del Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar que lleva a cabo la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte en conjunto con otras instituciones.

Finalmente, también destacamos un artículo que nos ilustra sobre la necesidad del secreto de la investigación, respecto de ilícitos contemplados en la Ley de Drogas.

Esperamos que estos trabajos se conviertan en verdaderos aportes para el objetivo común de contar con un sistema jurídico que otorgue seguridad y confianza por la seriedad y profesionalismo de sus operadores.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. FACULTAD DE FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN. ALCANCE DEL ARTÍCULO 186 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

No pugna con la preceptiva constitucional el que la formalización de la investigación sólo pueda realizarla el fiscal y en el momento en que lo juzgue adecuado, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige.

Lo anterior no obsta a que el querellante tenga la posibilidad de obtener, a través del juez de garantía, que el fiscal que no ha formalizado justifique debidamente su proceder, de acuerdo a lo que dispone el artículo 186 del Código Procesal Penal, toda vez que aplicando las reglas de hermenéutica, si el legislador no ha distinguido en relación a quiénes pueden impetrar esta norma, no procede entender que sólo está dirigida a proporcionar una herramienta para el imputado.

No cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma, si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental¹.

Texto Completo:

Santiago, veinte de agosto de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha veinticinco de febrero de dos mil nueve, el abogado Ernesto Olivares Rodríguez, en representación de Raúl Antonio Arriagada Gutiérrez, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, en la causa criminal RIT N°1997-2007, RUC N°0710007486-3, seguida ante el

Juzgado de Garantía de Graneros, por el delito de estafa.

Señala que las disposiciones impugnadas vulneran los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19, N°s. 3 y 26, y 83 de la Constitución Política, ya que atentan contra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos asegurados a la víctima y querellante, haciendo ilusorio el derecho a la tutela judicial efectiva.

1 Sobre la facultad de formalizar la investigación, ver sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en los autos N° 1244, el día 2 de junio de 2009, publicada en esta Revista Jurídica del Ministerio Público, N°39, p. 11.

Las normas impugnadas disponen:

“Artículo 230.- Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.”

“Artículo 186.- Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.”

Indica el requirente que en abril de 2007, como víctima del delito de estafa, interpuso una querrela criminal ante el Juzgado de Garantía de San Fernando, en contra de los que resultaren responsables de aquél, la que fue declarada admisible, remitiéndose al Ministerio Público para acreditar el delito. En el curso de la investigación se realizaron diversas diligencias destinadas a comprobar cada uno de los elementos típicos del delito de estafa y, finalmente, tras la práctica de una orden de investigar

por la Brigada de Delitos Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile, en su parte conclusiva se acreditó la existencia del delito investigado, tras tomar declaración a diferentes personas relacionadas directa e indirectamente con los hechos. Posteriormente, el Ministerio Público dispuso la elaboración de un Informe Pericial Contable a cargo del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, para determinar la existencia o no de un perjuicio patrimonial para la víctima del delito y así establecer la relación causal entre todos los elementos del delito de estafa, determinándose que el perjuicio sufrido ascendía a una suma superior a \$23.000.000. Dado lo anterior, en diversas oportunidades se hizo presente al Ministerio Público la necesidad de formalizar la investigación. En este contexto, en enero de 2009 se solicitó por el querellante al Juzgado de Garantía de Graneros que fijara audiencia para la formalización de la investigación, ya que en la especie se daban los presupuestos del artículo 231 del Código Procesal Penal, pero no se accedió a lo solicitado por estimarlo improcedente y, en cambio, a instancia del Ministerio Público, se fijó audiencia de sobreseimiento definitivo y reapertura de la investigación. Debido a que la formalización es indispensable para dar curso al proceso, el requirente solicitó al Juez de Garantía que fijara al Ministerio Público un plazo para formalizar la investigación, lo que no fue aceptado.

Expresa el requirente que la Constitución asegura a toda víctima el

derecho a ejercer la acción penal, lo que implica el derecho a provocar la apertura del proceso y a hacer exigible su tramitación y sustanciación, como resulta inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución. Además, el artículo 19, N°3, inciso primero, de la Carta asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, lo que se garantiza por un procedimiento e investigación racionales y justos. Es racional y justo que la víctima de un delito que ha formulado una querrela pueda proseguir y sustanciar el proceso criminal hasta su efectiva terminación, sin condicionamientos arbitrarios. El Código Procesal Penal también le asegura al ofendido por el delito derechos elementales: protección a la víctima; la vigencia de los derechos; el estatuto legal de la víctima; derechos del querellante, entre otros.

Lo resuelto por el Juez de Garantía se funda en la ley procesal sobre formalización de la investigación, en la oportunidad para solicitarla, en el interviniente legitimado para establecer dicha oportunidad y en la situación de la víctima. Las consecuencias de lo anterior son las siguientes: el Ministerio Público es el único interviniente válido para ejercer la acción penal, reservándose a la víctima la mera facultad de dar inicio al proceso; se condiciona el íntegro ejercicio de la acción penal de la víctima al acto de un órgano del Estado; se priva a la víctima de su derecho a que se investigue a cabalidad el hecho materia de la querrela; los efectos del

artículo 233 del Código Procesal Penal se sujetan a la voluntad de un organismo que sólo debe investigar; se hace ilusorio el ejercicio de otros derechos (artículo 258) y, finalmente, se torna imposible a la víctima acceder a la jurisdicción.

Los capítulos de inaplicabilidad planteados son los siguientes:

De acuerdo al artículo 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, el derecho a una tutela judicial efectiva es ilusorio ya que el ejercicio de la acción penal por la víctima se hace depender de la mera discrecionalidad del Ministerio Público, encargado de investigar. La ley no entrega mecanismos a la víctima para provocar o solicitar que la investigación se formalice. De esta forma, las normas impugnadas violan los siguientes artículos de la Constitución:

i. Artículo 83, inciso segundo:

La Constitución ha encargado en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación. En la causa sub lite, el ejercicio igualitario de la acción penal y el derecho del ofendido a que se resuelva por la jurisdicción su pretensión penal, consagrados en esta norma constitucional, resultan desvirtuados por las normas impugnadas.

ii. Artículo 19, N°3, inciso primero:

Las normas impugnadas subordinan el efectivo ejercicio de la acción penal

de la víctima a una decisión discrecional del Ministerio Público. Lo que la ley asegura a la víctima de un delito que ha presentado querrela es la posibilidad de provocar la apertura del proceso penal, sin embargo la facultad de hacer exigible la prosecución del proceso a través de la formalización depende de que el Ministerio Público lo considere oportuno, por lo que de esta forma ejerce funciones netamente jurisdiccionales. Además, su inactividad determina el curso de la prescripción penal del delito, pese a la voluntad manifestada por la querrela. (El delito fue cometido en 2004). La aplicación de las normas objetadas importa negar toda posibilidad de ejercer efectivamente el derecho a accionar, no sólo a presentar querrelas sino a darle curso progresivo al proceso.

iii. Artículo 19, N°3, inciso quinto:

Expone el requirente que no es racional ni justo que el derecho de la víctima se encuentre subordinado a la voluntad del órgano encargado sólo de investigar. Condicionar uno de los elementos procesales más importantes a la decisión discrecional del Ministerio Público importa privar a la víctima de su derecho fundamental al proceso y de la garantía de racionalidad y justicia.

iv. Artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 N°26:

El Ministerio Público, como órgano del Estado, debe adecuar su funcionamiento a lo dispuesto en la Constitución. Las normas impugnadas condicionan los derechos de la víc-

tima a la mera voluntad del órgano investigador.

Con fecha tres de marzo de dos mil nueve la Segunda Sala declaró la admisibilidad del requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Presidente del Tribunal para que les diera curso progresivo.

Haciendo uso del traslado que se le confiriera, mediante presentación de fecha 20 de marzo, el Fiscal Nacional del Ministerio Público formuló sus observaciones al requerimiento, instando por su rechazo. Al respecto expresa que, en cuanto al artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal, tal norma no es decisiva en la resolución de la causa pendiente, puesto que la exclusividad del Ministerio Público para llevar a cabo el acto de formalización no se desprende de esta disposición sino del artículo 229 del mismo Código, que establece el concepto de formalización, precepto este último que no fue objetado por el requirente; además, en el caso de autos la formalización seguirá siendo una actuación propia y exclusiva del Fiscal. Añade que la formalización de la investigación, como la define el citado artículo 229, es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra. Así, si formalizar es comunicar que se desarrolla una investigación y el artículo 83 de la Constitución entrega en forma exclusiva al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, debe concluirse que es el

Ministerio Público quien exclusivamente puede formalizar.

Invocando jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, expresa el Ministerio Público que el tratamiento dado a la formalización corresponde al de un acto oficial y a una facultad del órgano persecutor, evidenciando que dicho trámite juega un claro rol de garantía, pues en su virtud queda el imputado con facultades de reclamar ante las autoridades del Ministerio Público si la investigación ha sido arbitraria. La formalización, en consecuencia, es un acto encomendado exclusivamente a los fiscales, quienes tienen responsabilidad civil, disciplinaria y penal, de acuerdo al artículo 45 de la Ley N°19.640, comprometiéndose con sus actos, cuando son injustificadamente erróneos o arbitrarios, la responsabilidad del Estado.

Respecto del artículo 186 del Código Procesal Penal, el Fiscal Nacional señala que el requerimiento se dirige contra la interpretación que se ha dado a la norma, atribuyéndola a la doctrina. Sin embargo, esta sede no tiene por finalidad modificar una determinada interpretación, sino que impedir la aplicación de la norma cuando provoque un efecto contrario a la Constitución. Además, indica que el requirente pretende que la norma impugnada sea interpretada a su favor; sin embargo, ello no se condice con la competencia de este Tribunal ante una acción de inaplicabilidad. Expresa que esta norma permite a cualquier persona que se considere afectada por una investigación no formalizada ocurrir ante el juez con

el propósito que señala la misma disposición, por lo que no se logra ver un efecto contrario a la Constitución. Es una norma de control del ejercicio de la potestad pública de investigación criminal, orientada a asegurar su ejercicio justo y racional. Añade el Fiscal Nacional que de accederse a la declaración de inaplicabilidad, el mismo requirente no podrá ejercer el mecanismo establecido en el artículo 186, proscribiéndolo para todos los demás intervinientes.

En cuanto a la investigación justa y racional, expone que en este caso la investigación realizada por el Ministerio Público no es objeto de reproche por el requirente, por lo que el organismo ha ejercido efectivamente la potestad pública que se le ha confiado, sin objetarse su racionalidad ni justicia. El Ministerio Público ha solicitado audiencia para discutir el sobreseimiento definitivo, procurando el término del procedimiento por un medio establecido en la ley, por lo que no se ha dejado de ejercer la facultad de investigar y tampoco ha dejado de procurarse la culminación legal de la misma.

Respecto del ejercicio de la acción penal, sostiene el mencionado organismo que, en opinión del requirente, las normas impugnadas impedirían al querellante la sustanciación del proceso criminal incoado. Por su parte, la Fiscalía Nacional recuerda que la dirección de la investigación de los delitos corresponde, por mandato constitucional, al Ministerio Público en forma exclusiva, exigiéndosele averiguar los hechos constitutivos del delito, la determinación

de la participación punible de los presuntos hechos y también de los hechos que acrediten su inocencia. Añade la Constitución que al ofendido por el delito le corresponde, en su caso, el ejercicio de la acción penal, en la forma prevista por la ley. De esta forma, eximir el ejercicio de la acción penal por el ofendido de las condicionantes constitucionales de “en su caso” y “en la forma prevista por la ley” supondría su ejercicio a todo evento, admitiendo siempre la apertura de un juicio oral, al que inexorablemente se verá sometido el querellado, lo que no se ajusta a los parámetros de justicia y racionalidad que establece la Constitución.

Con fecha quince de abril se ordenó traer los autos en relación y el día dos de julio de 2009 se efectuó la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Ernesto Olivares Rodríguez, en representación del requirente, y Hernán Ferrara Leiva, en representación del Ministerio Público.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 93, N°6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

SEGUNDO: Que la misma norma constitucional dispone, en su inciso undécimo, que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y añade que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

TERCERO: Que, tal como se ha reseñado en la parte expositiva de esta sentencia, en la especie la gestión pendiente es el proceso criminal que se ventila ante el Juzgado de Garantía de Graneros RIT 1997-2007, RUC N° 0710007486-3, por delito de estafa, con ocasión del cual el requirente (que es querellante en dicha causa) ha deducido la presente acción de inaplicabilidad respecto de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, aduciendo que su aplicación vulneraría diversos preceptos constitucionales, entre los cuales el más relevante para el caso es el artículo 83 de la Carta Fundamental (cuya aplicación subsume la de todos los demás que se invocan como trasgredidos). La citada norma suprema dispone en sus dos primeros incisos (que son los que resultan atinentes a la situación planteada):

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

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.”;

CUARTO: Que, según lo pretendido por el actor de esta causa, la aplicación de los artículos reprochados del Código Procesal Penal vulneraría el derecho que el precepto constitucional recién transcrito le confiere para ejercer la acción penal en su calidad de ofendido por el delito (y simultáneamente entraría en contradicción con las demás disposiciones constitucionales que señala), al supeditar a la voluntad discrecional del fiscal del Ministerio Público la formalización de la investigación pertinente, trámite esencial e ineludible para avanzar a las siguientes etapas del proceso penal.

En lo que sigue, y para una adecuada ordenación de esta sentencia, se examinará por separado la objeción de constitucionalidad que se hace a los dos preceptos legales impugnados;

I. Artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal

QUINTO: Que el concebir, en la forma que lo hace esta norma, la formalización de la investigación y la determinación de su oportunidad como una prerrogativa propia del fiscal del Ministerio Público, no es sino el corolario de lo dispuesto por el artículo 229 del mismo Código, que define dicho trámite como “la 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”;

SEXTO: Que, en consecuencia, nada tiene de extraño ni entra en colisión con la preceptiva constitucional que se pretende transgredida el que la formalización de la investigación sólo pueda realizarla el fiscal y en el momento en que lo juzgue adecuado, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige. Sin embargo, esto no priva al querellante de la posibilidad de obtener, a través del juez de garantía, que el fiscal que no ha formalizado justifique debidamente su proceder, tal como se argumenta en el apartado que sigue;

II. Artículo 186 del Código Procesal Penal

SÉPTIMO: Que, contra lo que pretende el peticionario, este precepto legal, correctamente interpretado, es el que precisamente impide que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para

formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima y querellante para impulsar el desarrollo del proceso penal, cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible.

En efecto, es este artículo 186, cuyo texto se transcribió en la parte expositiva, el que permite al querellante, que también puede ser (y de hecho lo es en este caso) una persona a quien afecte la no formalización judicial de la investigación, pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de la querrela e, incluso, fijarle un plazo para que formalice la investigación;

OCTAVO: Que el requirente ha aducido, en respaldo de su pretensión, que la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales de justicia ha entendido la facultad contemplada en el artículo aludido como circunscrita únicamente al imputado respecto de una investigación no formalizada, pero, en estricto rigor y aplicando la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opone a que el juez de la causa haga aplicación de este precepto, en cuyo caso dicha aplicación no sólo no infringiría la Constitución sino que, por el contrario, permitiría respetar cabalmente la letra y el espíritu del inciso segundo del artículo 83 constitucional;

NOVENO: Que, según lo ha declarado más de una vez esta Magistratura, no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma

(en la especie, por la inaplicabilidad de ella) si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental, como es la que respecto del artículo 186 del Código Procesal Penal se hace en el considerando séptimo de este fallo;

DÉCIMO: Que, por lo que se refiere a las demás normas constitucionales que el actor dice transgredidas por la aplicación de los dos preceptos legales objetados, no se hará cargo esta sentencia de su análisis, toda vez que han sido invocadas como complemento o refuerzo de la impugnación principal y, en el hecho, constituyen simple derivación de lo en ella argumentado. Por lo demás, el criterio con que se resuelve la acción deducida hace innecesario ocuparse de esas alegaciones.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 83 y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1, dejándose sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, para cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.

Se previene que los Ministros señor José Luis Cea Egaña, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán concurren a los fundamentos y a la decisión de la sentencia de autos, teniendo presente, además lo siguiente:

1°.- Que la razón por la cual no se puede restringir la interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal entendiendo que las facultades que él concede corresponden exclusivamente al imputado no sólo se basa en que el intérprete no puede distinguir cuando la ley no lo ha hecho —como razona el considerando octavo de la sentencia— sino que, además, en que debe considerarse la responsabilidad que el propio Código Procesal Penal asigna al tribunal en orden a garantizar, conforme a ley, la protección de los derechos de la víctima durante el procedimiento penal;

2°.- Que, en efecto, el artículo 6° del Código Procesal Penal indica, en su inciso primero, que: *“El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.”*;

3°.- Que la discusión sostenida en el Senado, respecto de la norma en comento, indica que se razonó a propósito del rol que este precepto asigna tanto a los jueces como al Ministerio Público precisándose que, en sentido estricto, las funciones de ambos son de distinta naturaleza. Se indicó que *“en el caso de este último, si bien la Constitución le impone determinada obligación, como es la protección de las víctimas, ello no lo convierte en garante de sus derechos. Distinto es el caso del juez, el cual, por diversos mecanismos, tiene la obligación de garantizar los derechos tanto del imputado como de las víctimas, y cuenta para ese objeto con amplias facultades, tanto cuando*

es requerido por ellos, o por iniciativa propia, dentro del marco legal. En uno y otro caso, sin embargo, la actividad a que la ley los insta es a proteger a la víctima, y por ello se coincidió en denominar al artículo como Protección de la víctima.” (Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Código Procesal Penal anotado y concordado*. 2ª. Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 36-37);

4°.- Que, en este contexto, no puede olvidarse que el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución prescribe: *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.”* Con ello, la Constitución sitúa claramente al ofendido y a las demás personas que determine la ley en un plano de igualdad con el Ministerio Público, el que puede ejercer asimismo la acción penal de conformidad con lo preceptuado en el inciso cuarto de esa norma constitucional;

5°.- Que, desde este punto de vista, el ejercicio de la acción penal pública no sólo es una posibilidad para la víctima del delito sino que un verdadero derecho que los tribunales deben cautelar en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Código Procesal Penal;

6°.- Que, en consecuencia, si el ejercicio de la acción penal pública se hace efectiva por el querellante y víctima del delito mediante la presentación de la correspondiente acusación ha de tenerse presente que ello sólo procederá si previamente se ha formalizado la investigación. Así se desprende del artículo 261, letra a) del

Código Procesal Penal, según el cual si es el querellante quien deduce acusación particular, “*podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación*” (El subrayado es nuestro).

Luego, no puede el querellante y víctima del delito acusar sin que exista formalización previa, la cual, al tenor de los artículos 229 y 230 del Código Procesal Penal, es de resorte del Ministerio Público;

7°.- Que de lo razonado se concluye que el derecho a ejercer la acción penal por parte de la víctima del delito debe ser debidamente cautelado por el tribunal durante el desarrollo de todo el procedimiento constituyendo el artículo 186 del Código Procesal Penal, una herramienta eficaz para esos efectos, que no puede entenderse limitada solamente a una facultad del imputado.

Acordada con el **voto en contra del Ministro señor Juan Colombo Campbell**, quien estuvo por acoger el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en base a las siguientes consideraciones de hecho y derecho:

PRIMERO.- Que, no obstante encontrarnos enfrentados a decidir un control concreto de constitucionalidad, este disidente estima del caso precisar los altos valores constitucionales que están involucrados en

este requerimiento, para luego, dentro de ese marco conceptual, plantear nuestra posición en el caso *sub lite*;

SEGUNDO.- Que, para ello, debemos en primer término expresar que la Carta Fundamental, en su Capítulo I, a propósito de las Bases de la Institucionalidad, consagra el principio fundamental de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Para dar forma y fuerza efectiva a dicha declaración, destina el Capítulo III al establecimiento de los derechos y deberes constitucionales, entre los que se destaca la tutela efectiva de los derechos e intereses por parte de los tribunales, como única alternativa para lograr su restablecimiento en el caso que no sean respetados por el Estado o los particulares, generándose así un conflicto de intereses de relevancia constitucional que necesariamente debe decidirse. Lo antes expuesto se vincula además con otras garantías, como el derecho a la vida e integridad física y síquica, a la vida privada y a la honra, la inviolabilidad del hogar, la libertad personal y la seguridad individual, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, lo que constituye el núcleo básico de las garantías constitucionales;

TERCERO.- Que en el diario vivir constituye un hecho notorio que las referidas garantías son atropelladas una y otra vez como consecuencia de la verificación de hechos calificados por el legislador como delitos, máxima sanción que establece el sistema para castigar a quienes

violenten las garantías consagradas básicamente por el artículo 19 de la Constitución;

CUARTO.- Que una interpretación material y valórica de la Constitución, unida a lo expresado precedentemente, lleva a concluir en forma nítida que ésta reconoce y regula la existencia del delito y la finalidad del *ius puniendi* estatal para que la víctima sea tutelada a efectos del restablecimiento del imperio de la normativa de la Constitución y el imputado sea castigado en tanto y cuanto corresponda. Resulta obvio que si la Constitución protege la vida y que si la normativa de la misma obliga a toda persona, institución o grupo, un homicidio es ante todo una infracción a la Carta Fundamental;

QUINTO.- Que la Constitución consagra un conjunto de normas que permiten concluir que el delito es una figura que tiene reconocimiento constitucional, como el máximo medio de sanción a la infracción de bienes jurídicos asegurados como derechos fundamentales en ella. Así, el artículo 76 establece que la facultad de conocer las causas criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, y a continuación expresa que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad. De otra parte, el numeral 3° del artículo 19, en su inciso octavo, precisa que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita por ella, norma a la que deben sumarse los incisos sexto y séptimo, en cuanto

exigen que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal y que ningún delito se castigará con otra pena que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Además de ello, la Constitución se refiere expresamente a la figura del delito en sus artículos 9°, 16, 17, 19, 52, 53, 61, 62, 63, 79 y 81.

Cabe tener presente que el delito se concibe, desde una perspectiva constitucional, como una forma de sancionar y restablecer el imperio del derecho frente a la violación de valores jurídicos fundamentales de la convivencia social, que no son otros que los mismos protegidos por las garantías que la Constitución asegura a todas las personas.

Así entendido el delito, es una forma de sanción por infringir la Constitución y es deber del Estado restablecer el imperio del derecho a favor del afectado, utilizando como medio para lograrlo el proceso penal, instancia que permite someter al imputado a un juicio en el cual el ente persecutor estatal debe cumplir sus funciones establecidas en el artículo 83, en cuanto a investigar los hechos constitutivos de delito, acusar a los imputados y dar protección a los afectados, frente a lo cual el legislador no puede establecer limitaciones sin habilitación expresa, la que en la especie no existe;

SEXTO.- Que, aplicando los principios que informan al derecho penal, en concordancia con los del derecho procesal penal que le dan eficacia, deben concurrir una serie de elemen-

tos para poner en movimiento el *ius puniendi*, los cuales son consecuencia de la existencia de un conflicto penal, entendiéndose por tal aquel que surge cuando una persona, con su acción u omisión voluntaria, produce como resultado un hecho tipificado por la ley como delito. En la especie concurre un sujeto activo, el imputado de la realización del hecho punible, y un sujeto pasivo que es afectado por las consecuencias del mismo, que el propio Código denomina víctima.

Este conflicto debe resolverse, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 76 y siguientes de la Constitución, única y exclusivamente a través de un debido proceso, o excepcionalmente por mecanismos auto-compositivos autorizados de manera expresa, debiendo tenerse presente que, tratándose de materias penales, esta segunda fórmula de solución se encuentra restringida a situaciones específicas;

SÉPTIMO.- Que, precisado lo anterior, debemos detenernos en el concepto de víctima, a la que se le violentaron sus derechos constitucionales, transformándose así en afectado por el delito y cuyo estatuto legal en esta causa se encuentra cuestionado frente a la preceptiva constitucional.

En efecto, para dar real eficacia a las disposiciones, principios y valores constitucionales referidos al proceso penal, la propia Constitución ordena establecer un sistema de tribunales competentes en materia penal (artículo 77) para resolver este tipo de conflictos; una acción procesal (artículos 19, numeral 3°, y 83) que

permita a sus titulares abrir proceso y los procedimientos que permitan que el conflicto aludido sea conocido y resuelto a través de un debido, justo y oportuno proceso penal (artículo 19, numeral 3°). Es en él donde volverán a encontrarse los sujetos del conflicto, pero en roles diversos, toda vez que el que cometió el hecho punible pasa a ser sujeto pasivo del proceso penal y la víctima y el Estado sus sujetos activos.

A la víctima le está impedido autotutelar sus derechos y es por ello que la solución del conflicto penal mediante el proceso es un imperativo, en términos que el derecho a ejercer la acción penal por la víctima implica un derecho constitucional básico, consistente en que es un tribunal quien debe resolver su pretensión, sin que el legislador o un ente no jurisdiccional pueda entorpecer dicha garantía, impidiendo su libre ejercicio, por lo que corresponde al Ministerio Público dirigir, como elemento de realización del mismo, la investigación.

Para ello, el tribunal deberá reconstituir el conflicto en el proceso y en definitiva resolverlo, ya sea absolviendo o condenando. En tal sentido, hay dos figuras que integran todo este sistema, que son el hecho punible y la participación. Ambas deberán ser demostradas en el proceso, pero la plena prueba de lo primero no conduce necesariamente a una sentencia condenatoria, puesto que tanto los valores constitucionales como legales que lo regulan establecen que para condenar, el juez debe haber logrado, más allá de toda duda razonable, la convicción acerca de la ocurrencia

del hecho y la participación criminal dolosa del imputado en el mismo;

OCTAVO.- Que en este contexto, por reforma constitucional introducida por la Ley N°19.519, de septiembre de 1997, se introdujo al Texto Supremo la figura del Ministerio Público, organismo que a partir de entonces dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. En su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, además de corresponderle la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, aclarando que en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales, según se dispone en el actual artículo 83 de la Carta Fundamental, en plena armonía con el artículo 76 de la misma, que establece de manera privativa la potestad de los tribunales como únicos órganos dotados de atribuciones para conocer y resolver causas penales;

NOVENO.- Que esta Magistratura ha planteado, en su sentencia Rol N°815, que el ejercicio de la acción procesal penal pública del Ministerio Público no es de carácter monopólico o exclusivo, sino preferente, y es un derecho autónomo que le corresponde también a la víctima según lo previsto con claridad en las normas de los artículos 19, número 3°, y 83 de la Carta Fundamental, además de lo expresado en la historia fidedigna de esta última norma.

En este contexto, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se dictan en función de dar eficacia y desarrollo a lo ya reseñado y ninguna interpretación armonizable con la Constitución permitiría excluir la participación de la víctima como sujeto activo, que como tal tiene derecho a un proceso que la Constitución asegura de manera categórica y clara, donde sea un tribunal el que resuelva;

DÉCIMO.- Que, para una acertada resolución de este conflicto, también debe reiterarse que este conjunto de derechos fundamentales incluye el acceso a la jurisdicción como presupuesto para lograr el derecho a la “tutela judicial efectiva” de sus derechos constitucionales, conceptualizada ésta por los especialistas como *“aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”* (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho, como ya se viera, incluye el libre acceso a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de formular pretensiones ante el juez y obtener una resolución acerca de las mismas –independientemente del ente persecutor estatal-, así como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena

eficacia de todas las garantías que le son propias;

DECIMOPRIMERO.- Que, como razonara este Tribunal en su sentencia Rol N° 815, las constituciones europeas, inmersas en las corrientes predominantes del constitucionalismo de nuestros tiempos, consagran el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, destacándose, en esta específica línea de garantismo, lo dispuesto por la Carta española, en su artículo 24.2. Dicha disposición ha generado una abundante jurisprudencia que, en lo que interesa, permite concluir que los derechos de la víctima y del imputado en el proceso penal deben gozar de garantías efectivas equivalentes y que su custodio es el juez.

Es en esta línea de pensamiento que la Constitución chilena, más allá de las normas citadas de su texto y de las interpretaciones que de ellas se han hecho, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, lo que incluye, natural y especialmente en el caso de los procesos penales, al Ministerio Público, por mandato constitucional expreso y además por la naturaleza propia de las funciones que tiene, según se desprende de los artículos 1°, 5°, 6°, 19, números 2°, 3° y 26°, y 83 de la Carta Fundamental, debiendo potenciarlos con sus actos realizados en el marco de su competencia;

DECIMOSEGUNDO.- Que, en efecto, el primer inciso del numeral 3° del artículo 19 reconoce el aludido derecho en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual el constituyente sumó expresamente la investigación, fijando el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto, y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan fluidamente al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho, lo cual da eficacia al principio de acceso a la jurisdicción, sin el cual todo el aparato del sistema jurídico debe ser visto como incompleto;

DECIMOTERCERO.- Que en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo de la víctima de un hecho punible a la jurisdicción, que se manifiesta en la exigibilidad de una investigación, la apertura y la posterior sustanciación del proceso. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho a la acción en el marco de la pretensión planteada por el actor, de configuración constitucional autoejecutiva, y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que debieran satisfacer los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia.

En este sentido, ha de cumplirse con las formalidades, plazos y requisitos establecidos en la legislación procesal dictada en conformidad al mandato constitucional, que es en este caso la preceptiva legal regulatoria que se dictó para dar eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva;

DECIMOCUARTO.- Que, a este respecto, debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, que deriva en la inexcusable obligación de resolver el con-

ficto, sin dejarlo condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciera, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene en su esencia el valor establecido en el numeral 26° del artículo 19, al imponer condiciones que impiden su ejercicio.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios que permiten el acceso al tribunal competente y, en concreto, a la etapa de investigación prevista en el nuevo proceso penal, en la que la víctima no puede participar directamente, más aún si la Carta Fundamental ordena que la investigación resultante deba ser racional y justa.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente, a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia penal. Ello constituye una limitación grave al derecho a la tutela judicial efectiva, y como si ello no fuere ya paradójico, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica como lo señala expresamente en el artículo 19, número 3°, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptuado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, en concordancia con la garantía de igualdad ante la ley, debe entenderse como defensa

de todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio, expresamente reconocida en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución. Todo habitante de la República que sea víctima de un delito, tiene derecho a que sea el juez natural quien lo califique como tal y determine sus consecuencias jurídicas, sin que autoridad alguna pueda impedir que llegue a su destino;

DECIMOQUINTO.- Que, en el sentido antes expuesto, entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir por parte del ofendido, y de la que pueda derivar la decisión de no investigar, archivar, investigar sólo algunos de los delitos objeto de la querrela o disponer salidas alternativas, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querrela, como ocurre en el caso *sub lite*, implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la restricción de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, para que ésta sea la que resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el artículo 76 de la Constitución.

De lo anterior se desprende que al encontrarnos en presencia de un derecho fundamental, es la persona titular de dicho derecho violentado

la que debe disponer del mismo a la hora de resolver si acude o no a la justicia, teniendo presente que el ejercicio y la titularidad de sus derechos se encuentran dentro de la órbita de decisión del ser humano, coto vedado al poder público al estar dentro del marco de lo íntimo e individual, sin que el Estado pueda realizar injerencias dentro de dichos ámbitos. Es por ello que cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución, principio que surge nítidamente a la luz de la historia fidedigna de la Ley N° 19.519, de 1997, que, como consecuencia de una prolongada y profunda discusión, sin lugar a dudas de ninguna especie buscó dejar a salvo el rol y los derechos del ofendido, fortaleciendo justamente las garantías resultantes de la tutela judicial efectiva por la vía de salvar expresamente el derecho a la querrela y a la investigación racional y justa;

DECIMOSEXTO.- Que, en este sentido, este disidente razona que no es suficiente para concluir la constitucionalidad de la aplicación del artículo 230, el interpretarlo a la luz del artículo 183 del mismo cuerpo normativo, en términos que el querrelante pueda solicitar diligencias al fiscal y reclamar por vía jerárquica ante sus superiores, lo que impide concluir que aplicar dicho precepto sea constitucional, pues de esa forma no se analiza la aplicación de los preceptos al caso concreto ni tampoco se repara en que no existe control jurisdiccional de la negativa a dichas

solicitudes, no bastando para cumplir las exigencias constitucionales de la tutela judicial efectiva con la sola posibilidad de pedir diligencias, respecto de las cuales no existe medio alguno para obligar su práctica por el fiscal. En este sentido, en tanto el Ministerio Público es un órgano jerarquizado, el fiscal siempre actuará en base a instrucciones y órdenes superiores, por lo cual el recurso jerárquico tampoco se revela como una vía idónea para impugnar la negativa del fiscal para instar a la solución del conflicto penal mediante el ejercicio de la acción. De lo anterior deriva que la efectividad de la tutela no está garantizada en el caso *sub lite* mediante la aplicación de dicho precepto. Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada que el examen de inaplicabilidad es de carácter concreto, en el marco de la constitucionalidad de los efectos de la aplicación de la norma al caso específico, y no una mera contrastación abstracta entre la ley y la Constitución, por lo que no se puede prescindir de las hipótesis de aplicación en la causa;

DECIMOSÉPTIMO.- Que no resulta razonable concluir que porque el querellante interpuso su libelo y solicitó diligencias fue tutelado su interés, si dicha querrela no conduce a un juicio en los mismos términos en que se planteó y las diligencias y la formalización solicitada fueron negadas por el persecutor estatal, todo ello sin perjuicio de lo que el tribunal pueda resolver, ya que es él en definitiva quien debiera resolver la pretensión de la víctima.

En ese sentido, el querellante ve restringido, sin habilitación constitucional, su derecho a la debida investigación y consecuente proceso, en todo aquello que no fue formalizado;

DECIMOCTAVO.- Que, en la misma línea argumental, el pretendido alcance del artículo 186 del Código Procesal Penal como norma garantista del interés del querellante, más allá de la teoría, en este control concreto de aplicación no resulta suficiente ni consistente con los estándares constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, pues dicha norma expresa que *“cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”*; sin embargo, no aclara si la afectación se refiere sólo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la doctrina, de forma que la judicatura y el Ministerio Público han entendido reiteradamente que el beneficiario de dicho precepto es sólo el imputado. De la misma forma que una lectura detenida permite ver que se “faculta” al juez, es decir, al usar la expresión “podrá”, parece ser que el juez no está obligado a fijar plazo para formalizar ni tampoco a solicitar la información, con lo cual si cree que no hay mérito para ello, podría resolver sencillamente “no ha lugar”.

Por otra parte, el qué ha de entenderse por “afectada por una investi-

gación” no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma. Además de ello, la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 del Código se establece para los plazos legales de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales. En razón de lo expuesto, la aplicación al caso concreto de este precepto, interpretado en términos que el único afectado por la investigación puede ser el imputado, produce como efecto la privación de la tutela judicial del interés del querellante, pues frente a la negativa a formalizar por parte del fiscal y a la pretendida improcedencia de su solicitud de forzamiento de la formalización carece de tutela alguna ante el órgano jurisdiccional para poder ejercer la acción penal que la Carta Fundamental le reconoce;

DECIMONOVENO.- Que debe concluirse de lo razonado precedentemente que la obligación de investigar, entendida como carente del deber de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva ni con el de acceso a un debido proceso, como tampoco lo es el interpretar el artículo 186 en términos de privar al querellante de la posibilidad de ser amparado frente a la negativa a formalizar la investigación, razones por las cuales el requerimiento debe ser acogido a juicio de este disidente;

VIGÉSIMO.- Que, en síntesis:

1°. La Constitución establece el estatuto de las garantías fundamentales en el proceso penal, entre las que se incluye el derecho a un debido proceso para que sea un tribunal quien resuelva el conflicto.

2°. Que, tratándose de conflictos penales, la Constitución traspasa parte de las funciones que le correspondían a los tribunales en la investigación de los hechos punibles hacia el Ministerio Público.

3°. Que para la apertura de un proceso penal de acción pública ante el juez competente, se otorga amplia capacidad de accionar al Ministerio Público, pero la Carta Fundamental conservó el rol de la víctima como sujeto activo de dicho proceso penal.

4°. Que, sin perjuicio de las atribuciones exclusivas del Ministerio Público contenidas en la Constitución y leyes especiales, su ejercicio no puede excluir ni limitar la participación de la víctima como sujeto activo del proceso penal, reconocimiento que hace el propio Código del ramo, en sus párrafos VI y VII del título IV del libro I, al establecer entre los intervinientes a la víctima.

5°. Que, en consecuencia, los operadores del sistema procesal penal, entre los que destacan el juez y el Ministerio Público, deben garantizar al ofendido el pleno ejercicio de sus derechos en el proceso penal y todo acto o hecho que lo limite debe considerarse que atenta en contra de sus garantías constitucionales;

VIGESIMOPRIMERO.- Que cabe concluir que la aplicación de los preceptos impugnados, en orden a no formalizar o a excluir al querellante de la posibilidad de ser amparado por el juez de garantía frente a la negativa a formalizar, constituye una privación del derecho a la investigación, de rango constitucional, por lo que la aplicación de los preceptos impugnados al caso *sub lite* infringe la Carta Fundamental, en específico el numeral 3° de su artículo 19 y su artículo 83, además de sus artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19, número 26°;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que, en mérito de lo expuesto, toda norma cuya aplicación produzca efectos inconstitucionales o violente la Carta Fundamental debe ser declarada inaplicable por esta Magistratura en el ejercicio de la potestad que le confiere la Constitución en el numeral 6° de su artículo 93.

Acordada la sentencia con el **voto en contra del Ministro señor Marcelo Venegas Palacios**, quien, por los mismos fundamentos de la sentencia de fecha 19 de agosto de 2008, recaída en los autos rol 815, de este Tribunal Constitucional, y atendido especialmente lo dispuesto en los numerales 3° y 26° del artículo 19, y en el inciso segundo del artículo 83, de la Constitución Política de la República, estuvo por acoger el

requerimiento de fojas 1, únicamente en cuanto a declarar que, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante, resulta contrario a la Constitución la aplicación del inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal en el sentido de hacer equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional, en términos tales de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, la prevención la Ministra señora Marisol Peña Torres y las disidencias, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N° 1.337-09-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE. ANÁLISIS A PARTIR DE DOS SITUACIONES SUPUESTAS

Marcelo Acuña Silva¹

El concepto de “interés” en el delito de negociación incompatible (artículo 240 del Código Penal) aparece, en la praxis diaria, tan difuso como inquietante la idea correlativa referida por algunos autores, de resultar en la forma actualmente tipificada en nuestra ley, innecesaria su punición. Ya señalaba el profesor Cury, en un artículo publicado el año 1986 que “*lo que se castiga es la ejecución de una acción a la que se encuentra no ya reprobable, sino, tan sólo, temible o, menos aún, sospechosa, porque crea una apariencia de falta de parcialidad y honestidad*”², lo que, y a muy mal traer agregaba, normalmente aparece ligado en lo que a sus denuncias se refiere, a “*rencillas políticas*”³. Lo dicho no hace otra cosa que colocarnos en el centro de la formulación de los tipos penales, y pensar como muchas veces lo ha señalado el Tribunal Supremo Español al referirse a las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos (439 del CP Español), en que “*el Derecho Penal interviene en asuntos más importantes*” (Sentencia TS recurso 1823/2000).

No es del caso profundizar en este artículo en la forma en que los tipos penales se formulan⁴, ni sobre su necesidad ni razonabilidad⁵, sin embargo no podemos dejar de llamar la atención sobre un punto que resulta una obviedad de la sola lectura del artículo 240, cual es el carácter de delito de peligro abstracto con que se encuentra formulado, y con ello, siguiendo al profesor Kindhäuser, la concurrencia de a lo menos tres problemas que aquí sólo enunciaremos: la fundamentación del injusto, su sistematización y el anclaje ético-social del derecho penal en una sociedad pluralista⁶.

- 1 Abogado Asesor de Delitos Económicos, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.
- 2 Cury U., Enrique. Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13 N°2 (1986), pp. 295-304, p. 2.
- 3 Idem. La misma mención, aunque sin definirse por una u otra posición, encontramos en Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, *Delitos contra la Función Pública. El Derecho Penal Frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 422.
- 4 Véase a Ossandón Widow, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales. Valoración Crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*. Editorial Jurídica de Chile. Colección de Ciencias Penales, Santiago de Chile, primera edición, 2009.
- 5 Cianciardo, Juan. *El Principio de Razonabilidad*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- 6 Kindhäuser, Urs. *Teoría de las Normas y Sistemática del delito*. Ara Editores, Lima, Perú, 2008, pp. 41 y ss.

Ahora bien, y en lo que al concepto de interés se refiere, realizaremos el análisis de este elemento normativo del tipo⁷ a través de dos ejemplos supuestos que involucran decisiones tomadas en órganos colegiados (y que pudieran resultar más problemáticas), y ambas bajo una misma hipótesis. En el primer ejemplo, un caso cotidiano: un Concejal interviene en una sesión del concejo municipal y participa de la discusión, que en base a la modificación de la ordenanza municipal tiene lugar, sin votar en la sesión referida, dado que como lo decidido le afectaba (ya que en el caso de aprobarse la modificación ello afectaría a los contratos que él mantenía vigentes), decide abstenerse, no sin antes como mencioné, expresar a sus pares los argumentos de un posible rechazo y abogar por ello en la sala, advirtiendo eso sí que mantenía un interés subyacente. En el otro extremo, una situación similar: un Diputado o un Senador, en idéntica situación durante la tramitación de una ley que los favorece, no llegando a votar por lo mismo, pero interviniendo no sólo en el debate general, sino incluso en comisiones especiales en las cuales manifestó su opinión favorable. Serán éstas nuestras hipótesis de trabajo.

Sabemos que en el mencionado artículo 240 del Código Penal⁸, como bien refería Maggiore al hablar del artículo 324 del CP italiano (hoy abuso di ufficio art. 323), el bien jurídico protegido resulta ser “el interés del Estado en impedir que los funcionarios públicos, movidos por la codicia, y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la administración pública para su provecho personal o para fines privados cualesquiera que sean”⁹. Se evita de esta forma lo que los autores llaman el “desdoblamiento del agente”¹⁰, es decir, “hacer intervenir en ellos un interés propio y particular, situarse ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración”¹¹. En otras palabras, “*El ilícito nombrado conmina punitivamente al funcionario que asume un interés de parte, en el contrato, negociación u operación en el cual intervenga en razón de su cargo, yuxtapuesto al interés administrativo*”¹².

7 En este sentido Bendezú Barnuevo, Rocci Fiorella. El Delito de colusión: un tratamiento desde la órbita extranjera y nacional y sus componentes típicos. En www.redjus.com

8 Un buen análisis del delito en cuestión, lo encontramos en la Memoria de Prueba de don Maximiliano Gregorio, Alfaro Jarpa. El Delito de Negociaciones Incompatibles. Tratamiento Doctrinario, Estudio y Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 19.645. Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, 2004. Profesor Guía don Roberto Salim-Hanna.

9 Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal. Delitos en particular*, 2a ed., reimpr., Temis, Bogotá, 1989, Tomo. III, p. 214.

10 Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992 reimpresión, Tomo V, p. 188.

11 Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 299.

12 CCCorr. Fed, sala I, “Zaffaroni, Ricardo”, B. J. 1985-2-329.

Pero la protección aquí enunciada no resulta ser un producto de la modernidad, sino más bien de antaño. Así aparece en los comentarios de Pacheco al Código Penal Español¹³, específicamente al artículo 323, el cual era del mismo tenor que nuestro artículo 240¹⁴. Como refiere Pacheco, los antecedentes directos de este artículo son la Novísima Recopilación (ley 4, título 14, libro V¹⁵), el artículo 175 del Código Penal Francés¹⁶, los artículos 213-215 del Código Napoleónico¹⁷, los artículos 146 y 147 del Código Penal del Brasil¹⁸ y los artículos 479 y 480 del Código Español de 1822¹⁹.

-
- 13 El Código Penal, Concordado y Comentado, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1888. Sexta edición, Tomo II, pp. 516 y ss.
- 14 Artículo 323: El empleado público que directa ó indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato ú operación en que deba intervenir por razón de su cargo será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa de 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.
Esta disposición es aplicable á los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes ó cosas, en cuya tasación, adjudicación o partición intervinieren, y a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarios.
- 15 “Mandamos, que en las almonedas que se hicieren por mandato de nuestros alcaldes, no puedan ellos ni otra persona alguna en su nombre sacar cosa alguna de lo que en la tal almoneda se vendiere”.
- 16 Artículo 175: Todo empleado u oficial público u agente del gobierno que abiertamente o por actos simulados, o por interpuesta persona, tomare o percibiére algún interés, sea el que fuere, de los actos, adjudicaciones, empresas o negocios cuya administración o vigilancia tuviera en todo o parte al tiempo del acto, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, y multa de la duodécima a la cuarta parte del importe de las restituciones e indemnizaciones, quedando además incapacitado para ejercer cargo público alguno. Esta disposición es aplicable a todo empleado o agente de gobierno que se interesare de algún modo en algún negocio cuya liquidación o pago le estuviere encomendada.
- 17 Artículo 213: El oficial o empleado público que abiertamente o por actos simulados tomare por sí o por interpuesta persona un interés personal en las adjudicaciones empresas o administraciones cuya dirección o vigilancia en todo o parte le estuviere encomendada o lo hubiere estado en la época en que principiaron aquellos negocios, será castigado con las penas de interdicción de cargos públicos de seis a veinte años y multa de ciento a cuatrocientos ducados.
Artículo 214: El empleado u oficial público que tomare un interés personal en un negocio, cuya liquidación, dirección o pago le estuviere encomendada, será castigado con las penas de interdicción de cargos públicos de seis a veinte años y multa de ciento a cuatrocientos ducados.
Artículo 215: Siempre que en cualquiera de los casos previstos por los dos artículos anteriores resulte algún perjuicio cometido fraudulentamente a la administración de que depende el negocio, se impondrá la pena de cadena de primer grado en presidio.
- 18 Artículo 146: Adquirir en todo o parte, ya sea por sí mismo, directa o indirectamente, o por interpuesta persona, alguna finca o efectos en cuya dirección, administración o custodia, se debe intervenir por razón de su empleo, o entrar en alguna especulación de lucro o interés sobre la misma finca o efectos. Penas. La pérdida del empleo, la prisión de dos meses a cuatro años, y una multa del cinco al veinticinco por ciento, del valor de la finca o efectos, o del interés en la negociación. En todo caso la adquisición será nula.
Artículo 147: Las mismas penas se aplicarán a los que cometan los delitos señalados en el artículo anterior, si intervinieren con el carácter de peritos, tasadores, árbitros, partidores y contadores, y a los tutores, curadores, albaceas y depositarios que cometieren este delito respecto de los bienes de los pupilos testamentarias o depósitos.
- 19 Artículo 479: Cualquier funcionario o comisionado en nombre del gobierno, que o abiertamente o por medio de algún acto simulado, o por interpuesta persona, tome para sí, en

Comenta Pacheco la disposición indicando que se trata de un “*gravísimo delito, el de concertarse un empleado con un contratista para defraudar a la hacienda pública, delito y grave es convertirse en contratista del empleado de modo que trate en rigor consigo mismo. Aquí la ley teme y presume el fraude, y le teme y le presume con razón, porque no es de creer que ninguno descuide sus intereses, ni que haciendo contratos para ganar, deje de ganar todo lo posible, cuando es él mismo quien ha de fijar los límites de su ganancia. Nada hay pues más justo que la idea de este artículo; nada más claro que la disposición de la primera parte. El empleado que ha de intervenir en un contrato, de cualquier modo que esta intervención sea, no ha de llevar ningún interés directo ni indirecto*”²⁰.

todo o parte, finca o efecto, en cuya subasta, arriendo, adjudicación, embargo, secuestro, partición judicial, depósito o administración, intervenga en aquel acto por razón de su cargo u oficio, o bien entre a la parte en alguna otra negociación o especulación de lucro o interés personal relativa a las mismas fincas o efectos o a cosa en que tenga igual intervención oficial, perderá su empleo o cargo, no podrá tener otro alguno público en el espacio de dos a seis años, ni el juez ejercer más la judicatura, y pagará una multa del seis al veinte por ciento del importe de la finca, efecto o interés de la negociación, siendo además nula cualquiera adquisición que haga de esta manera. No se comprenden en esta disposición, los comerciantes que siéndolo obtengan nombramiento de tesoreros de provincia o depositarios de partido y hubiesen dado la correspondiente fianza.

Artículo 480: Igual pena sufrirán los que interviniendo de oficio en los actos expresados con el carácter de peritos, tasadores, agrimensores, partidores, contadores o defensores judiciales, incurran en el propio delito, y asimismo los tutores, curadores y albaceas testamentarios que lo cometan con respeto a los bienes de sus pupilos ó testamentarios.

- 20 Pacheco, ob. cit., p. 518. La actual figura española de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos presenta algunas diferencias con el antiguo delito de negociaciones incompatibles, ya que tal como refiere el Tribunal Supremo Español en recurso 604/1999: “Sin duda de mayor calado es la distinta descripción de la acción típica estimada punible, ya que si el art. 401 se refería al funcionario público que “...se interesase en cualquier clase de contrato u operación en el que daba intervenir por razón de su cargo...”, en el vigente art. 439, la acción se refiere a la autoridad o funcionario público “...que debiendo informar por razón de su cargo... se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar...”. La comparación de los dos textos permite concluir en una reducción del tipo operada en el vigente Código pues si en el art. 401, la expresión “se interesase” supone una expresión más amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener la participación, siendo más difusa la idea de obtención de beneficio o ventaja, en el actual art. 439 los elementos que integran el tipo, partiendo del origen común de tratarse el sujeto activo de autoridad o funcionario se exige además: a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, debiéndose notar que el término “informar” es más preciso y concreto que el de “interesarse”. b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para “...forzar o facilitar cualquier forma de participación...”, lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para en asunto público en el que deba informar, obtenga un interés particular. Resulta evidente que el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se integra por un incumplimiento de deberes de abstención por parte del funcionario o autoridad como materialización del deber de imparcialidad que debe exigirse tanto a la Administración como a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que tiene su consagración constitucional en el art. 103. Se está en presencia de un delito de los llamados “de infracción de deber” que evidencian singularmente –como se recoge en la STS n° 73/2001 de 19 de Enero–, la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal, en la medida que suponen la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal por quien tiene una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. En efecto, la impar-

Cuando el legislador habla de “interesare” se hace alusión a tal como “*señala el Diccionario en su segunda acepción, darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés*”²¹. En otras palabras, se trata de que el “*empleado tome parte en la negociación respectiva de tal modo que de ella pueda derivar, según los casos, un beneficio económico*”²² para él o las demás personas señaladas en el artículo²³, con lo cual, como bien refiere Donna, se “*reprime la existencia de parcialidad en el sujeto activo, el cual puede, o no, confluir con el interés público*”²⁴, por lo que “*no sanciona entonces los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público*”²⁵.

Si trasladamos la problemática al concejal, o como podría suceder con un diputado o senador que interviene en las discusiones parlamentarias en similar situación, preguntas relevantes serían: *¿existe en estos casos un interés penalmente sancionado por parte del funcionario? ¿Cumple su actuar los requisitos típicos de este delito especial propio, formal²⁶ y de peligro abstracto?*

cialidad en la actuación de la Administración Pública es uno de los valores que vertebran el estado de derecho de una sociedad democrática, pues en base a ello se consolida que credibilidad entre los ciudadanos, consecuencia de ello, es la prohibición de obtener ventaja particular por parte del funcionario en asunto en el que deba de intervenir oficialmente, a esta idea responden los dos tipos penales analizados: el art. 401 del anterior Código Penal y el art. 439 del vigente texto, pero como ya se ha dicho y ahora se reitera, son apreciables diferencias importantes en relación a la descripción del tipo penal en el sentido de haberse reducido la acción típica en la versión actual ya que el sujeto activo del delito debe ser algún funcionario público o autoridad que en negocio público concreto deba intervenir en la forma de emitir un dictamen, es decir, deba asesorar, en tanto que en el tipo del art. 401 del actual Código Penal bastaba que se “*interesase*”, ya su intervención fuera de asesoramiento o ejecutiva, lo que permite concluir que quedan actualmente extramuros del tipo las autoridades que decidan en un asunto, aunque tengan interés particular en el, conclusión sorprendente pero que es la que se deriva del tipo y que debe ser aceptado en virtud del principio de legalidad y de la prohibición de su interpretación extensiva”.

- 21 Politoff L, Sergio, Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 499. En el mismo sentido Rodríguez Collao, Luis y otro, ob. cit., p. 409.
- 22 Tanto la sanción de multa señalada por la ley al delito, como la sistemática de su ubicación en el Código, dan cuenta del mencionado carácter económico del interés. No puede dejar de mencionarse que en doctrina comparada, se indica por algunos, siguiendo a los italianos, que resulta suficiente en este delito un interés ajeno a la Administración, aun sin ser de carácter económico. Bendezú, ob. cit. p. 17.
- 23 Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 248.
- 24 Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal Parte Especial Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1992, p. 317.
- 25 Arboleda Vallejo, Mario, y Ruiz Salazar, José Armando. Manual de Derecho Penal. Parte general y Especial. Editorial Leyer, Bogotá, Colombia, 2008, p. 1239.
- 26 Por todos Labatut Glenda, Gustavo. Derecho Penal II. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, 2005, p. 84. La referencia al carácter formal de este delito alude a que no se exige resultado alguno para su punición, ya que no se requiere el que se obtenga un beneficio por el agente, ni que resulte perjuicio para la Ad-

A primera vista pareciera que sí, ya que efectivamente, en el primer ejemplo, el concejal tomó parte en la discusión de la modificación de la ordenanza, cuyo resultado influiría indirectamente en su negocio. Sin embargo, la referencia hecha sólo resulta ser un esbozo tangencial y equivocado del asunto, ya que en este delito *“No constituye tal intervención la sola manifestación del interés, sino la asunción del carácter de parte”*²⁷, y aquí lo que el concejal hace es manifestar simplemente su interés relacionado en este caso a un pretexto, verdadero o no, que le permita participar en la discusión de la modificación, pero al no votar, no se transforma en parte alguna, sino más bien en un opinante más (cuestión no prohibida a nadie!), y en esa actuación *no se comete delito alguno, ni siquiera a título de “Tráfico de Influencias”*, ya que en el art. 240 bis la influencia referida dice relación, tal como se sostiene en España, y a objeto de propiciar una interpretación sistemática de estos delitos, con el ejercicio de *“un predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo”*²⁸, realizándola el funcionario *“prevaleciéndose o aprovechándose de una posición de poder, derivada de su relación jerárquica o de su relación personal con el empleado que debe adoptar la decisión”*²⁹, lo que en este caso debería darse con los que integran el concejo, lo cual no parece ser lo usual, o no al menos en la forma de discurso público del concejal en la asamblea respectiva frente a sus pares.

En definitiva, como dice Creus: *“No basta con ser parcial; es menester que se intervenga como parte; el agente que se limita a ser parcial en su actuación funcional en el negocio, pero no interviene en él como parte -aunque sea ocultamente, como veremos, cometerá una falta administrativa”*³⁰. Por ello se entiende lo señalado por el Tribunal Supremo Español, en recurso 1823/2000, y que nosotros aquí utilizamos sólo a título alusivo, al indicar que *“existió sí una falta de ética pública en el acusado, pues tenía que haberse abstenido de intervenir en todo lo concerniente a ese suministro, dado que él estaba económicamente interesado en el asunto. Había, en efecto, una incompatibilidad entre su actuar como autoridad municipal y su obrar como dueño y administrador del referido. Y quizá la violación de esa incompatibilidad pueda tener alguna relevancia jurídica; pero desde luego no en el ámbito penal”*.

En otra línea argumentativa, si bien en nuestro ejemplo se podría señalar que el artículo 89 de la Ley Orgánica de Municipalidades permite delimitar, incluso

ministración, que incluso podría aparecer como beneficiada. En otro aspecto, tampoco se requiere que el sujeto llegue a intervenir en términos efectivos, o que haciéndolo lo haga en la etapa final, ya que puede hacerlo en cualquier etapa del concierto. Por todos, Etcheberry, obra cit. p. 249.

27 Creus, ob. cit., p. 301.

28 Tribunal Supremo Español, recurso 480/2004.

29 Ossandón, María Magdalena, “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, en *Rev. de Derecho de la U. Católica del Norte* N°10 (2003), pp. 161-180; p. 171.

30 Creus, obra citada, p. 299.

en la sola discusión, el interés a que alude el tipo penal del art. 240 (y también del artículo 240 bis) al indicar dicho artículo que “A los concejales no les serán aplicables las normas que rigen a los funcionarios municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal. Ningún concejal de la municipalidad *podrá tomar parte en la discusión y votación* de asuntos en que él o sus parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, estén interesados, salvo que se trate de nombramientos o designaciones que deban recaer en los propios concejales. *Se entiende que existe dicho interés cuando su resolución afecte moral o pecuniariamente a las personas referidas*”. La verdad es que dicha prohibición debe tomarse en su real contexto, que no es otro que el administrativo sancionador. ¿Cuál es el fundamento de esto? La respuesta es sistemática y de carácter apagógico, siguiendo a Perelman³¹, ya que la LOC del Congreso Nacional (y con ello damos solución al segundo caso planteado) señala en su artículo 5 B que “*los miembros de cada una de las Cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos o a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción. Con todo, podrán participar en el debate advirtiendo previamente el interés que ellas, o las personas mencionadas, tengan en el asunto*³². *No regirá este impedimento en asuntos de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la respectiva Cámara*”.

De esta forma el legislador, tanto en la Ley Orgánica de Municipalidades como en la del Congreso Nacional, establece parámetros de naturaleza administrativa que implican incompatibilidades en el ejercicio de la función con ciertos intereses particulares, impidiendo, en el primer caso, participar incluso en la discusión de asuntos donde puedan estos intereses estar involucrados, pero pese a ello, no tendría sentido, llegando incluso al absurdo, una interpretación que apunte a sostener que, siendo delictiva la conducta de diputados y senadores al tomar interés participando en la discusión de un asunto de aquellos que la norma menciona, debió el legislador expresamente excluir dicha actuación de esta categoría típica, y que en el parangón con los concejales, a éstos, **que realizan lo menos**, se les sancione penalmente por el solo hecho de participar en la discusión en la misma situación antes referida para diputados y senadores. La verdad es que en este contexto la prohibición o el permiso referido sólo son conciliables entendiéndolos dentro del ámbito meramente administrativo sancionador, pese a establecerse por disposición legal. Entiendo que “necia sería la sabiduría que pretendiese aparecer mas sabia que la ley”³³, de ahí la interpretación sistemática ofrecida.

31 Perelman, Chaim. La lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Traducido por Diez Picazo, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, pp. 73-83.

32 Lo subrayado es nuestro.

33 Matus Acuña, Jean Pierre, La Ley Penal y su Interpretación, Ediciones Jurídicas Congreso, Santiago de Chile, 1994, p. 243.

Por lo demás, cuando se discutió la modificación de la LOC del Congreso, señalaba el H. Senador a la fecha, don Sergio Diez, respecto a este artículo 5 B (en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución) que *“si prevalecía la posición opuesta, sería partidario de eliminar, de la actual norma contenida en el artículo 8° del Reglamento del Senado, la prohibición de “debatir” los asuntos, ya que no advertía inconvenientes en que, si se da previamente aviso del interés que exista en ellos, los demás parlamentarios puedan igualmente ilustrarse con los antecedentes que proporcione el interesado”*³⁴.

En conclusión, la idea de permitir la intervención dice relación con la posibilidad de escuchar argumentos que, advertidos los otros parlamentarios del interés del que habla, pudieran ser de suficiente peso como para ser considerados, más allá de aquello que pudiera motivarlos. Se pasa, así, de regular la materia del reglamento a la ley por la importancia del asunto en cuestión, lo que se traduce en que sería imposible pensar que el legislador permitiría **“delinquir” legalmente a unos y perseguir a otros (concejales) por los mismos hechos**. De ahí que la adecuada interpretación de estas antinomias recaiga en las sanciones administrativas que puedan o no imponerse.

Ahora, y relacionado con el interés, en cuanto al objeto del delito, es decir, el negocio u operación en que se interesa el funcionario, debe tratarse de “actos capaces de producir compromisos o fuente de obligaciones”³⁵ y, al hablarse de operaciones (excluyendo desde ya en nuestro caso lo referente a contratos) se quiere aludir a **“disposiciones de carácter económico** en que la Administración actúa a **“título singular** (p. ej., disponer un llamado a licitación³⁶), por lo que incluso podría excluirse la posibilidad de actuaciones que impliquen actos generales como la ordenanza, pues **“la acción típica de interesarse cometida por el autor debe ser específica respecto a alguna negociación en la que tome parte el funcionario público, extremo que no concurriría en el caso de la firma de una medida general (decreto)”**³⁷, o una ordenanza, como en nuestro caso. Así entonces, aceptando lo controvertido de esta afirmación, lo cierto es que aun considerando intervención lo realizado por el concejal, el interés económico producido resultaría por vía de consecuencia para él, dado que su negocio ya existía lícitamente antes de la modificación y malamente ésta se aplicaría a contratos ya existentes. Es decir, si bien el interés puede obtenerse directa o indirectamente, no se dice lo mismo respecto del supuesto negocio u operación que lo vincula, por lo que sólo puede ser una operación relacionada al interés vinculado directamente al funcionario, lo que aquí no ocurre. Además, esto es consecuente con la misma ley orgánica antes mencionada, dado que incluso un

34 Boletín 1510-2007. Segundo Informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. De fecha 2 de junio de 1998.

35 Rodríguez Collao, ob. cit., p. 411.

36 Creus, ob. cit., p. 300.

37 Donna A., ob. cit., p. 319.

concejal puede *tener caución o contratos por ciertos montos (hasta 200 UTM) con la misma municipalidad y no incurrir en incompatibilidad*, lo que en el caso que nos preocupa significaría sancionar lo menos y dejar impune lo más (artículo 74 letra c) de la mencionada ley.

COMENTARIO SENTENCIA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO EN ACCIÓN DE PROTECCIÓN POR ALZAMIENTO DE SECRETO BANCARIO EN CUENTA CORRIENTE BIPERSONAL DE H. DIPUTADA DE LA REPÚBLICA

Marta Herrera Seguel¹

1. Antecedentes generales de la acción de protección

La Jueza Titular del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, doña María Fernanda Sierra Cáceres, autorizó el levantamiento del secreto bancario en la investigación RUC N°080049033-2, seguida por los delitos de fraude al Fisco, negociación incompatible y cohecho, a cargo de los fiscales adjuntos de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, don José Manuel Ramírez Berenguer y doña Ximena Chong Campusano.

La particularidad que motivó la acción constitucional de protección radicó en el hecho que la cuenta corriente cuyo secreto se ordenó alzar, es de propiedad del imputado *conjuntamente* con la recurrente de protección, una H. Diputada de la República que no tiene la calidad de imputada en la referida investigación; vale decir, se trata de una cuenta bancaria que tiene el carácter de “bipersonal”.

La recurrente sostuvo que la resolución judicial que autorizó el levantamiento del secreto bancario vulneraba la garantía constitucional del respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia contenida en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, por cuanto **ella no tenía la calidad de interviniente, imputada o querellada en la investigación en comento**; así, a juicio de la misma recurrente, la legislación no tenía una solución expresa para acceder al levantamiento del secreto de una cuenta bipersonal, por tanto, no existiendo norma que regulara la situación, la jueza había actuado en forma **ilegal y arbitraria**.

2. Consideraciones previas

Para efectos de realizar algunos comentarios a la presente resolución, nos referiremos a aquellos aspectos de la misma que recogen la falta de ilegalidad -de manera más amplia-, así como la falta de arbitrariedad de la medida autorizada por el Tribunal de Garantía recurrido, aún cuando ello no corresponda exactamente al orden del fallo.

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

Lo anterior, por cuanto se trató de los principales argumentos vertidos por el Ministerio Público en estrados y, por el contrario, omitiremos pronunciarnos, en este comentario, respecto del Considerando Octavo que alude a la improcedencia, en general, de la acción de protección contra resoluciones judiciales.

Finalmente, aludiremos a ciertos puntos que el fallo no recoge expresamente -como la investidura de la recurrente en relación a la diligencia de que se trata- a fin de aprovechar la instancia y ponerlos de relieve, en concordancia con las instrucciones generales que se han impartido por el Fiscal Nacional en la materia.

3. Análisis de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago

3.1. Inexistencia de una actuación ilegal

En los considerandos quinto a séptimo, el fallo aborda las razones que excluyen, absolutamente, la ilegalidad en la resolución recurrida de protección. Así, de forma bastante categórica los Ministros de este Iltmo. Tribunal analizan la normativa aplicable, partiendo de la base, según señalan, de algo que disimuladamente se menciona en el escrito de protección y a lo que ninguna referencia hace el apoderado de la recurrente en estrados: la **doble titularidad de la cuenta corriente** cuya reserva fuealzada (considerando cuarto).

Aclara, en primer lugar, que la normativa aplicable en este caso está constituida por el art. 1° del DFL N°707 y no por el art. 154 de la Ley General de Bancos, siendo improcedentes las argumentaciones en cuanto a la vulneración de este último. Considera oportuno recordar *“que la disposición de la Ley General de Bancos citada, sólo permite acceso a operaciones específicas de la cuenta corriente de que se trata”*.

“Que llama la atención atendiendo a la particularidad de la cuenta corriente cuyo secreto fue alzado, la reiterada alegación, tanto en el texto del recurso como en su defensa oral en estrados, en el sentido de que la ilegalidad y arbitrariedad cometida por la Sra. Jueza recurrida ha sido la aplicación de una disposición legal expresa, que resulta de una precisión tal que no requiere de más interpretación que analizar si se dan los presupuestos fácticos que la misma disposición establece (...)”.

“Por ello parece del todo improcedente argumentar en el sentido de que se habría vulnerado lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 154 de la Ley General de Bancos, cuando no es esa la disposición invocada para adoptar la resolución de alzamiento, sino que ella es la contenida en el artículo 1° del D.F.L.707 (...)”.

(CONSIDERANDO QUINTO)

Luego se hace cargo de las alegaciones en torno a la ilegalidad, las que se fundan en la ausencia de disposición que autorice esta diligencia, en circuns-

tancias que estas situaciones, a juicio del recurrente, se contemplan de manera taxativa en el Código del ramo. A este respecto el Tribunal razona, impecablemente a nuestro juicio, en cuanto a que la situación sí está contemplada pues la norma que la regula es el artículo 9° del Código, contenido, precisamente –y de manera decidora a estos efectos–, en el Título relativo a los **“Principios básicos”**.

“(…) Sin embargo, el profesional olvida el preciso texto del artículo 9° del Código Procesal Penal, que contempla con toda exactitud la materia que se viene tratando. En efecto, la señalada disposición, bajo el epígrafe de Autorización judicial previa, se ubica en el Título I del Libro Primero del citado Código, que se denomina. Principios Básicos (...).”

“(…) no resulta factible desconocer que se aplicó una norma que constituye un Principio Básico del procedimiento penal y por cierto, anterior a la enumeración, no taxativa, que el Código hace de diligencias intrusivas que pueden afectar a terceros y que se contienen en los artículos mencionados al inicio de este considerando”.

(CONSIDERANDO SEXTO)

Finalmente, los sentenciadores descartan que el carácter “bipersonal” de la cuenta altere lo que se ha razonado respecto a legalidad de la autorización, estableciendo que la afectación que pueda sufrir el cotitular no investigado se ajusta plenamente al marco legal, lo que no debiera resultar extraño al considerar la dinámica propia de este tipo de cuentas; todo ello, además, ajustado al clásico adagio en materia de hermenéutica legal que obliga al intérprete a no distinguir donde el legislador no lo ha hecho. Una interpretación contraria, en último término, conduciría a la absurda conclusión de formas inaceptables de impunidad.

“(…) la circunstancia de que la cuenta corriente cuyo secreto fue alzado, sea una cuenta bipersonal abierta por el imputado Luis Gonzalo Cornejo Chávez, conjuntamente con su cónyuge y tercera ajena a la investigación, doña Claudia Nogueira Fernández, a juicio de estos sentenciadores, en nada altera lo hasta aquí razonado. Así es que, efectivamente se trata de una persona que no está siendo investigada en este procedimiento, pero que se ve forzada a sacrificar parcialmente la protección de su vida privada, en lo que dice relación con su cuenta corriente bancaria, por el hecho de que su cónyuge, co-titular de aquella cuenta corriente, se encuentra sometido a una investigación criminal en la cual el órgano persecutor ha reunido un cúmulo de antecedentes (...).”

“(…) Forzoso entonces resulta concluir que si una operación bancaria común y corriente, afecta al co-titular no responsable de ella, con mucho mayor razón le afectará el levantamiento del secreto bancario (...).”

“(...) al ser autorizadas, por la normativa respectiva, las cuentas bipersonales, sin distinguirlas de manera alguna con las cuentas unipersonales (...), no resulta lícito al interprete distinguir si la ley no lo hace (...)”.

“(...) las alegaciones de la recurrente en el sentido de que por ser tercero ajeno (...), no se podría levantar el secreto bancario que ampara su cuenta corriente de la que es titular conjuntamente con un imputado, podría conducir al absurdo consistente en que bastaría que un imputado se asociara en una cuenta corriente conjunta, con otra persona no imputada, para eliminar la posibilidad de que esa cuenta corriente pudiera ser objeto de una diligencia investigativa, consolidando así, una inaceptable forma de impunidad”.

(CONSIDERANDO SÉPTIMO)

Nuestra posición, recogida por los sentenciadores, fue que Jueza de Garantía actuó, **absolutamente**, en uso de sus facultades constitucionales y legales al autorizar el levantamiento del secreto bancario solicitado por el Ministerio Público respecto de la cuenta corriente del imputado la que, **accidentalmente**, tenía el carácter de bipersonal.

Efectivamente, el secreto bancario tiene regulación especial en el artículo 1° de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, DFL N°707, que lo consagra. No obstante, la propia norma establece las excepciones, referidas a la posibilidad de que un tribunal ordene la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente del librador, en causas civiles y criminales seguidas en su contra. Misma posibilidad que tiene el Ministerio Público en las investigaciones que lleve adelante, previa aprobación del Juzgado de Garantía. La situación se ve agudizada cuando se trata de investigaciones criminales seguidas contra empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, caso en el cual, el Ministerio Público, con autorización del Juez de Garantía, **podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de sus cuentas corrientes y de los respectivos saldos.**

Así las cosas, la facultad del Juez de Garantía de otorgar la autorización impugnada mediante esta acción, sin lugar a dudas, existe. La pregunta que surge entonces es: el hecho de que la cuenta corriente sea bipersonal, *¿altera en algo las facultades del Juez de Garantía?* Derechamente sostenemos que no, entre otras razones, porque el requisito básico para que proceda el alzamiento de una cuenta es que **su titular sea imputado en una investigación penal**, y esa condición está presente en este caso, esa condición no desaparece por el hecho que se trate de una cuenta bipersonal.

En efecto, en ninguna parte se exige como requisito para levantar el secreto que el imputado sea titular exclusivo de la cuenta corriente.

Así y como recogió el fallo en comentario, una interpretación contraria llevaría a la absurda conclusión de que cualquier persona podría ocultar cualquier acti-

vidad económica ilícita mediante la simple contratación de cuentas corrientes bipersonales o, para mayor seguridad, de multititularidad, de preferencia con personas intachables, auto generándose, de esta forma, un marco absoluto de impunidad, ajeno a la voluntad del legislador.

El fallo, como señaláramos previamente, se hizo cargo de manera precisa de la normativa aplicable, señalando que ella corresponde al art. 9° del Código Procesal Penal que se refiere a la autorización judicial previa para la afectación de derechos de terceros con una actuación del procedimiento. La parte recurrente había sostenido que, con lo resuelto, se afectaban derechos de un tercero ajeno a la investigación y que ello sólo podía ocurrir en los casos –en su opinión– “taxativamente” contemplados en la ley.

Sin duda alguna la norma aplicable es el artículo 9° del Código y erróneo resulta estimar que el Código contemple un catálogo exhaustivo de situaciones de afectación de derechos de terceros, no obstante, queremos hacernos cargo de este aspecto tan reclamado por la recurrente: afectación de derechos de un tercero ajeno al procedimiento con ocasión de la persecución penal. Al respecto la pregunta que surge es *¿constituye acaso, el caso de marras, una situación única en el ordenamiento chileno?* La respuesta negativa es nuevamente categórica. Sin duda que, para llevar adelante el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal².

Nada sorpresivo puede resultar, en el actual Estado del Derecho y del sistema procesal penal en nuestro país, el reconocimiento de que los intereses de la persecución penal y, sobretodo, la necesidad de la misma, en ciertas ocasiones pueden superponerse a los derechos individuales, todo ello, por supuesto, previa ponderación del único llamado a resolver esta colisión de intereses: el órgano jurisdiccional.

De esta forma existen casos en que las diligencias de investigación afectan, incluso, a terceros tan lejanos al imputado como lo es la propia víctima, como ocurre en los exámenes corporales o en la incautación de bienes. Otro ejemplo bastante gráfico lo encontramos en una medida de gran afectación a las garantías de intimidad y a la inviolabilidad del hogar como la entrada y registro en lugar cerrado, la que no requiere que el lugar a registrar sea de titularidad exclusiva del imputado y, generalmente, se verán afectadas terceras personas no investigadas, todas aquellas que vivan con el imputado en la misma morada.

Si pensamos en aquellas medidas intrusivas que sólo pueden recaer sobre el imputado, no encontramos una alteración de la situación. Pensemos, por ejemplo, en la interceptación de comunicaciones telefónicas, una medida de gran afectación al derecho a la intimidad y que, por tanto, requiere el mayor

2 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000, p. 249.

estándar de procedencia que nuestro legislador procesal penal contempla y, no obstante, ella no sólo afecta al imputado sino que a todas las personas a quienes éste llama o que lo llaman. E, incluso, a personas totalmente ajenas que ocupen la línea intervenida y que ninguna relación tienen con la investigación que motiva la medida.

A mayor abundamiento, aún tratándose de cuentas unipersonales puede existir una afectación a terceros con el levantamiento del secreto, ya que puede saberse quiénes han hecho depósitos en la cuenta del imputado o a quiénes se ha hecho transferencia de fondos desde la cuenta del imputado, los montos de las transacciones, sus fechas, etc.

Por tanto, hay varios casos en que diligencias de investigación pueden producir afectación de terceros y **no existe ninguna excepción establecida en materia de cuentas corrientes bipersonales**. Reconocer que existe esta excepción implicaría reconocer que la garantía protegida por el secreto bancario tiene mayor importancia que otras dimensiones del derecho a la intimidad, que pueden verse afectadas por la otras medidas referidas y en las cuales sí se reconoce la afectación de derechos de terceros y ello, a nuestro juicio, es inaceptable. Es decir, debemos reconocer que, **a lo menos**, la vulneración a esta esfera de la intimidad **no** es mayor que cuando se registra el hogar doméstico y los efectos personales de una persona, o cuando se revisa su correspondencia, o cuando se interceptan y escuchan sus conversaciones telefónicas. El registro de una parte muy limitada de la actividad económica de una persona, claramente, no puede entenderse superior que los otros aspectos³.

En efecto, cuando hablamos de la diligencia de entrada y registro, hablamos de una diligencia que comporta, por regla general, la afectación o perturbación de los derechos fundamentales a la intimidad y la inviolabilidad del hogar, consagrados en los artículos 19 Nos. 4 y 5 de la CPR, artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica⁴. Por otra parte, cuando hablamos de comunicaciones (telefónicas o correspondencia), estamos hablando de la más esencial transmisión de pensamientos, ideas, sentimientos, propósitos, noticias, toda fuente de información que se encuentra o puede encontrarse en el fuero interno de una persona y que sale al exterior por su acto voluntario, pero dirigido sólo a quién/es se elige/n como destinatarios de dicha información. Los antecedentes de la cuenta corriente de una persona, sin duda, son merecedores de protección

3 En este sentido y con un acabado análisis de la situación en Derecho Comparado, se pronuncia el Informe en Derecho del Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto, de fecha 12 de noviembre de 2008, solicitado por la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, que puede consultarse en la Unidad Especializada Anticorrupción y en la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

4 HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. P. 512.

y, por lo mismo, a su respecto todos nosotros tenemos una **razonable expectativa de privacidad** pero que no puede estimarse mayor y, por ende, merecedora de una más amplia protección que los otros aspectos de la intimidad antes indicados.

Sin embargo, tal expectativa debiera verse disminuida cuando nos encontramos frente a cuentas bipersonales. En efecto, abrir una cuenta corriente bipersonal es un acto voluntario, si yo lo hago asumo todas las consecuencias y riesgos que de ello deriven. Y, así como asumo riesgos en materia de utilización de fondos y otros, también los debo asumir en el ámbito de la persecución penal, concretamente, el riesgo de que se pueda levantar el secreto si mi cotitular es investigado por un delito, y que el levantamiento sea íntegro si mi cotitular es un empleado público investigado por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, porque eso se ajusta a la normativa vigente.

3.2. Inexistencia de una actuación arbitraria

La sentencia descartó, asimismo, la existencia de un acto arbitrario y, consecuentemente, rechazó la acción en comento, lo que también se ve reflejado en el considerando segundo al disponer que:

“(...) En su extensa y fundada presentación, el Fiscal detalla los antecedentes reunidos en la investigación que hacen indispensable levantar el secreto bancario de la mencionada cuenta corriente para poder continuarla adecuadamente; acredita la calidad de funcionario público del imputado, se refiere al carácter bipersonal de la cuenta corriente, a la ausencia de autorización voluntaria; y por último reitera lo irrelevante para el caso de que se trata, del fuero parlamentario del que goza la cotitular Sra. Nogueira, atendida su calidad de H. Diputado.

Con esta petición y en una larga audiencia en que participaron los apoderados y, en particular el abogado de la tercera no imputada Sra. Nogueira, la Sra. Jueza del Tercer Juzgado de Garantía, accedió al alzamiento del secreto bancario de la cuenta corriente (...), en los términos solicitados por el Ministerio Público”.

Entendemos como actuar arbitrario aquel alejado de la razón, el que obedece a una conducta caprichosa. En este caso, en audiencia de fecha 23 de octubre del presente -que, por lo demás, no era la primera audiencia en relación a este tema- la magistrado tuvo oportunidad de conocer y ponderar los antecedentes entregados pormenorizadamente por el Ministerio Público para justificar la solicitud. Asimismo, escuchó a la defensa del imputado y al representante de la recurrente en estos autos (no interviniente en la investigación), argumentaciones y contra argumentaciones en virtud de las cuales la magistrado resolvió del modo que conocemos.

Para que el punto pudiera haber sido discutido hubiera sido necesario, por ejemplo, que no se hubieren invocado antecedentes que justificaran la nece-

sidad y pertinencia de la medida, que no se hubiera señalado qué era lo que pretendía buscar con la misma, que las partes afectadas no hubieran sido escuchadas, entre otras posibilidades de actuación arbitraria, todo lo cual no sucedió en este caso.

4. Comentarios adicionales: Irrelevancia del fuero parlamentario de la cotitular

El fuero parlamentario del que goza la recurrente en su calidad de diputada de la República, carece de toda y cualquier relevancia por dos razones:

1. En primer lugar, porque ella no es investigada en estos antecedentes.
2. En segundo lugar, porque incluso en el evento que la investigación se siguiera en su contra, dicha prerrogativa no obsta a la realización -previo al desafuero- de diligencias de investigación, tal como zanjara el Excmo. Tribunal Constitucional, en el caso **Rol N°736-2007** sobre Inaplicabilidad en los siguientes términos: *“lo que el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental prohíbe mientras la Corte de Apelaciones respectiva en pleno no apruebe previamente el llamado “desafuero” del parlamentario, son dos actuaciones precisas y determinadas: acusar y privar de libertad. Si la Carta Fundamental exige la gestión previa del desafuero para practicar esas dos actuaciones procesales, resulta claro que no las exige para otras”*⁵.

Y es que, para la correcta persecución penal que le corresponde al Estado, en nombre de la sociedad toda, cada uno de los integrantes de la misma estamos obligados a soportar ciertas cargas, dentro del correspondiente marco de constitucionalidad y legalidad, lo que no atenta contra el principio de inocencia que orienta nuestro sistema. Uno de los límites, sin embargo, está dado por la necesaria protección de la función parlamentaria, que exige un estándar superior del que existe respecto del común de las personas, velando por la seriedad de las imputaciones con el referido afán proteccional de tan importante función. Ahora bien, es una institución excepcional que, siguiendo la lógica interpretativa del propio Tribunal Constitucional, no debe entenderse con mayor amplitud que la que consagra la propia Carta Fundamental.

5. Conclusiones

- La importancia del fallo que venimos comentando radica en constituir el primer pronunciamiento judicial respecto a la situación de levantar el secreto bancario de una cuenta corriente bipersonal, en la que sólo uno de sus cotitulares es investigado, constituyendo de este modo un importante

5 Todo ello, en coherencia con la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción contenida en Oficio FN N°059 de 30 de enero de 2009.

precedente para las investigaciones de nuestra especialidad, como también de las relativas a delitos económicos y de lavado de activos, y en general de toda investigación, independiente del delito específico de que se trate, cuando se estime relevante la realización de dicha diligencia para el éxito de la misma. Este pronunciamiento, asimismo, viene a refrendar el criterio de actuación del Fiscal Nacional contenido en las Instrucciones Generales que imparten criterios de actuación en delitos de corrupción y en delitos económicos⁶.

- De esta forma, aunque acotadamente, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago se hace cargo de un tema clásico del Derecho Procesal Penal: la conocida antinomia eficacia en la persecución penal versus vulneración de garantías individuales. Así, en un Estado que está en condiciones de reconocer y dar protección plena a las garantías tanto del justiciable como de los ciudadanos, en general, se admite que la necesidad de la persecución penal, también en aras de los intereses colectivos que resguarda, permita sacrificar, en algún grado, los intereses individuales.
- La sentencia reconoce que no existen situaciones absolutas y es, precisamente, el órgano jurisdiccional el llamado a resolver todo conflicto que se produzca, siempre sobre la base de una racional ponderación de todos los intereses que se vean involucrados en el caso concreto, sin soluciones automáticas y ajenas al análisis de los casos concretos.
- Así, de modo fundamental, hace presente la importancia de los principios generales por sobre las normas específicas o la ausencia de las mismas, informando las interpretaciones y evitando la estrechez derivada del excesivo formalismo.
- No podemos, finalmente, y abstrayéndonos de manera absoluta del caso concreto, desconocer la importancia que el tema cobra en los delitos de nuestra especialidad, los que requieren técnicas de investigación que permitan hacernos cargo adecuadamente de la dinámica propia de estos ilícitos, lo que no implica necesariamente, la vulneración de garantías pero es un aspecto que debe tenerse en consideración al momento de velar por el razonable equilibrio de los distintos intereses en juego. Así deberá concluirse, tras efectuar la adecuada ponderación, que situaciones como ésta deberán permitirse cuando resulte lo más apropiado para una adecuada persecución penal que permita responder a lo que, como Estado, toca cumplir en este ámbito de acción específico correspondiente a la persecución penal de la corrupción constitutiva de delito.

6 Oficios FN N°059 y 060, ambos de 30 de enero de 2009 que contienen las Instrucciones Generales que imparten criterios de actuación en delitos de corrupción y económicos, respectivamente.

Sentencia:

Santiago, treinta y uno de marzo de dos mil nueve.

VISTOS:

A fs. 12, comparece don Carlos Cortés Guzmán, abogado, actuando como mandatario judicial de doña Claudia Nogueira Fernández, Diputado, ambos domiciliados para estos efectos, en Apoquindo 3721, Oficina 33, Comuna de Las Condes, deduciendo recurso de protección en contra de doña María Fernanda Sierra Cáceres, jueza titular del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, fundado en que por resolución de fecha 23 de octubre de 2008, dictada en audiencia de autorización de diligencias en la causa RUC N°080049033-2, cometió un acto ilegal y arbitrario consistente en levantar de manera completa y absoluta el secreto bancario de la cuenta corriente N°xxx del Banco Santander Chile, de la que es titular su representada, afectando con ello su garantía constitucional establecida en el numeral 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Expresa que su representada es titular de la mencionada cuenta desde el año 1996. Que su representada no tiene la calidad de parte o interviniente en la causa ya mencionada, no siendo ni querellante, ni denunciante, ni víctima, ni imputada. Menciona que la señalada causa se inició por denuncia de la Contraloría General de la República, figurando como imputados en ella, hasta el momento, entre otros, don Luis Gonzalo Cornejo Chávez, y se instruye por la posible

comisión de los delitos de negociación incompatible, fraude al Fisco o cohecho, todos relacionados con el cargo de Alcalde de la I. Municipalidad de Recoleta, que a la fecha de interposición del recurso ostentaba el Sr. Cornejo Chávez. Continúa expresando que con fecha 18 de octubre de 2008, el Sr. José Manuel Ramírez, Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Delitos Económicos y Funcionarios de la Fiscalía Centro Norte, solicitó el alzamiento del secreto bancario de la cuenta corriente ya aludida. En su solicitud el Fiscal expresa que ella comprende la totalidad de las cartolas, el detalle de los depósitos, copia de las boletas de depósito, copia de los cheques depositados, el detalle de los giros efectuados, copia de los cheques girados y detalle de las transacciones electrónicas, sean éstas de abono o cargo, desde la fecha de apertura de la cuenta corriente hasta el presente. Por resolución de igual fecha recaída en la solicitud del Fiscal, se fijó audiencia para resolver, disponiendo se notificara a la Sra. Nogueira Fernández.

Con fecha 23 de octubre la jueza recurrida, luego del debate de los intervinientes, en la señalada audiencia procedió a dictar la resolución en contra de la cual se recurre. En cuanto a los hechos, concluye el recurrente expresando que la tantas veces citada cuenta corriente fue contratada bajo la modalidad de multitariedad o bipersonal, siendo titular de dicha cuenta su representada y don Luis Gonzalo Cornejo Chávez.

En cuanto a la garantía constitucional infringida, se señala que ella es la

establecida en el numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, “en cuanto allí se asegura a todas las personas la protección a la vida privada y a la honra de las personas y su familia”. Señala que la Sra. Jueza en lugar de cumplir con su deber de respetar y dar protección a la vida privada de la recurrente, ha autorizado al Ministerio Público para conocer los antecedentes y movimientos de la ya referida cuenta corriente de la cual es titular. En cuanto a la ilegalidad de la autorización, expresa que la inviolabilidad de la privacidad en materia de actuaciones de los bancos comerciales y cuentas corrientes se encuentra amparada por el artículo 1 del D.F.L. 707, transcribiendo las tres excepciones que tiene esta reserva, regulados en los incisos 3° y 4° del mismo artículo 1° que señala como tercera excepción: cuando se ordena la exhibición del movimiento completo en investigaciones seguidas en contra de funcionarios públicos. Añade que estas excepciones requieren de un aspecto fundamental, cual es que las investigaciones se sigan en contra del titular de la cuenta corriente. Concluye en cuanto a la ilegalidad, que la recurrente no tiene la calidad de imputada o querrelada en la investigación de que se trata, así como tampoco ella versa sobre delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como Diputado. Por ello la Sra. Jueza no podía autorizar el alzamiento completo de la reserva o secreto de la cuenta corriente de la cual ella es titular. Argumenta más adelante sobre la arbitrariedad de la autorización otorgada sobre la base de los mismos argumentos ya señala-

dos, concluyendo que la actuación de la recurrida resulta arbitraria desde que olvida la responsabilidad fundamental que le asiste a las magistraturas que establece la ley en orden a asegurar el pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución consagra. Finaliza solicitando que se adopten de inmediato todas las medidas necesarias y convenientes para restablecer el imperio del derecho, y entre ellas, dejar sin efecto la autorización para levantar el secreto bancario de manera completa, global y sin límites de tiempo.

A fs. 21 de los autos del recurso, se deniega la orden de no innovar solicitada por la recurrente.

A fs. 26 rola presentación por medio de la cual se hace parte en el recurso, en uso de sus atribuciones legales, el Consejo de Defensa del Estado.

A fs. 28 evacua su informe la Sra. Jueza recurrida en el que expresa haber dictado la resolución por la que se recurre y en la que en uso de las atribuciones conferidas por la normativa legal vigente se autorizó la diligencia de alzamiento del secreto bancario respecto de una cuenta bipersonal del Banco Santander Chile N°xxx, siendo titular la recurrente, quien no reviste la calidad de imputada en la presente investigación. Añade que si dentro del curso de una investigación el Fiscal requiere realizar una actividad o diligencia investigativa que prive, restrinja o perturbe al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, el Código Procesal Penal exige autorización judicial previa, de

acuerdo a lo dispuesto en su artículo 9°, y como ha acontecido con el caso que afecta a la recurrente. Que dentro del marco señalado y dentro del contexto de la investigación seguida, entre otros, en contra del alcalde de la Ilustre Municipalidad de Recoleta Sr. Cornejo, el Ministerio Público ha solicitado una serie de medidas intrusivas, entre ellas, el alzamiento del secreto bancario de cuentas corrientes de las que él es titular; así es que con fecha 8 de agosto pasado el fiscal José Manuel Ramírez solicitó el alzamiento del secreto bancario de la cuenta corriente Banco Santander N°xxx en los términos del artículo 154 de la Ley General de Bancos y 1° del D.F.L. 707, autorización que fue concedida por esta misma magistrado. Con fecha 13 de agosto la defensa del Sr. Cornejo informa del carácter bipersonal de dicha cuenta, antecedente de que toma conocimiento esta misma magistrado abriendo debate, en la audiencia fijada para el mismo día para otros efectos, ordenándose suspender la ejecución de la medida intrusiva, en espera de que el banco respectivo verificara la veracidad de los dichos de la defensa, ordenando asimismo traer la información que ya se encontraba en poder del Ministerio Público a custodia del Tribunal. Más adelante y ante esta misma magistrado, con fecha 4 de septiembre de 2008 y luego de escuchar a la recurrente a través de su abogado, quien exhibe mandato notarial, se procede a acoger su reposición y se revoca la autorización del alzamiento del secreto bancario concedido. Luego con fecha 23 de octubre y ante una nueva solicitud del Ministerio

Público en la audiencia respectiva, con presencia del mandatario de la recurrente, se autorizó el alzamiento en los términos solicitados por el Ministerio Público. La Sra. Magistrado recurrida indica que dentro de las medidas intrusivas que regula el Código del ramo no se comprende taxativamente aquélla que es materia de este recurso, sin embargo, al analizar la normativa legal, esta diligencia requiere autorización judicial por ser de aquéllas a que se refiere el artículo 9° del Código Procesal Penal, que afecta a un tercero no parte del proceso en sus derechos garantizados constitucionalmente y que es perfectamente asimilable a alguna de las medidas expresamente previstas, como por ejemplo la contemplada en el artículo 217 del Código Procesal Penal y que afecta específicamente a la cónyuge de un imputado, quien tiene facultad para no declarar de acuerdo al artículo 302 del mismo texto, así como la del artículo 218 o del artículo 222 el mismo código. Que la circunstancia de ser la recurrente Diputada, cónyuge del imputado y co-titular de la cuenta corriente en cuestión, fueron debidamente analizadas, estimándose que cualquier diligencia autorizada respecto de ella no vulnera las normas del desafuero. Agrega que el hecho de ser bipersonal la cuenta corriente, dándose los presupuestos de necesidad de la diligencia investigativa, hace procedente el alzamiento del secreto bancario frente a la investigación de cualquier ilícito que involucre a uno de los titulares, que adicionalmente la investigación se lleva adelante por un presunto delito funcionario

y que se ha acreditado la proporcionalidad, necesidad y racionalidad de la diligencia cuya autorización se necesita, siendo el propio legislador el que frente a delitos funcionarios que inciden en la probidad administrativa, autoriza para ampliar las facultades del investigador para que previa resolución de un juez, se alce el secreto bancario en términos más amplios, constituyendo esta eventualidad un riesgo para el titular de la cuenta bipersonal que no es persona imputada. Agrega que negar lugar a una autorización de esta naturaleza, sería una vía legal para defraudar la voluntad del legislador, bastando solamente abrir cuentas bipersonales para excluir éstas de cualquier diligencia investigativa objeto de una medida intrusiva. Finaliza señalando que ponderó adecuadamente los antecedentes, el bien jurídico protegido en esta investigación, esto es, la probidad administrativa, el recto funcionamiento de la administración pública y los elementos investigativos que justificaban lo necesario de la diligencia, por lo que estima no haber existido un acto arbitrario o ilegal que haya vulnerado los derechos de la recurrente.

A fs. 34 se hace parte, instando por el rechazo del recurso, la Sra. Fiscal Regional de la Zona Metropolitana Centro Norte del Ministerio Público.

A fs. 63 se hace parte, manifestando su interés de que se rechace el recurso de protección de autos, el H. Diputado don Jorge Alfonso Burgos Varela.

A fs. 88 se hace parte, expresando su interés en que se rechace el recurso de protección de autos, la concejal de la I. Municipalidad de Recoleta, doña Francisca Zaldívar Hurtado.

Finalmente, se trajeron los autos en relación y se procedió a la vista del recurso, compareciendo en estrados los apoderados de la recurrente, del Ministerio Público, del Consejo de Defensa del Estado, de don Jorge Alfonso Burgos Varela y de doña Francisca Zaldívar Hurtado.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en la investigación iniciada por denuncia de la Contraloría General de la República, a cargo de la Fiscalía de Delitos Económicos y Funcionarios de la Fiscalía Centro Norte de esta ciudad, se indaga la eventual comisión de los delitos de negociación incompatible y fraude al fisco, seguida, entre otros, contra quien detentaba la calidad de Alcalde de la I. Municipalidad de Recoleta, a la fecha de los hechos, don Luis Gonzalo Cornejo Chávez.

Son querellantes los H. Diputados Jorge Alfonso Burgos Varela, Gonzalo Duarte Leiva, Carlos Montes Cisternas y los Concejales de la I. Municipalidad de Recoleta, Francisca Zaldívar Hurtado, Jadille Baza Apud y Fernando Pacheco Bustamante. De estos querellantes se hicieron parte, en esta tramitación de protección, el H. Diputado Sr. Burgos Varela y la Concejala Sra. Zaldívar Hurtado, además del Consejo de Defensa del Estado.

SEGUNDO: Que en el contexto de esta investigación, con fecha 18 de octubre de 2008, el Fiscal Sr. Ramírez Berenguel, solicitó al Juez de Garantía el alzamiento del secreto bancario respecto de la cuenta corriente xxx del Banco Santander Chile, de la que su titular es el imputado Cornejo Chávez. A renglón seguido en su solicitud, hizo presente que la referida cuenta corriente obedece a una modalidad bipersonal, correspondiendo la cotitularidad a la cónyuge del imputado doña Claudia Nogueira Fernández. En su extensa y fundada presentación, el Fiscal detalla los antecedentes reunidos en la investigación que hacen indispensable levantar el secreto bancario de la mencionada cuenta corriente para poder continuarla adecuadamente; acredita la calidad de funcionario público del imputado, se refiere al carácter bipersonal de la cuenta corriente, a la ausencia de autorización voluntaria; y por último reitera lo irrelevante para el caso de que se trata, del fuero parlamentario del que goza la co-titular Sra. Nogueira, atendida su calidad de H. Diputado.

Con esta petición y en una larga audiencia en que participaron los apoderados y, en particular el abogado de la tercera no imputada Sra. Nogueira, la Sra. Jueza del Tercer Juzgado de Garantía, accedió al alzamiento del secreto bancario de la cuenta corriente del Banco Santander N°xxx, en los términos solicitados por el Ministerio Público.

TERCERO: Que la resolución referida en la parte final del considerando anterior, fue dictada por la

Jueza Sra. María Fernanda Sierra Cáceres en su calidad de Juez Titular del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, constituyéndose por ello en recurrida en estos autos de protección por estimar la recurrente que cometió un acto ilegal y arbitrario al dictar al señalada resolución, con lo que se afecta su garantía constitucional del respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia contenida en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República. La recurrente funda su pretensión de protección imputando a la Sra. Jueza no haber cumplido su deber de respetar y proteger su vida privada, estimando que ello es aún más grave por tratarse de un juez de la República. Estos sentenciadores, por el contrario, estiman que el celo de la Jueza recurrida por los eventuales derechos de terceros ajenos a la contienda, queda de manifiesto al reconocer esa calidad a la Sra. Nogueira y no obstante ello requerir su presencia en las audiencias respectivas destinadas a adoptar una decisión relativa a la petición del Ministerio Público.

CUARTO: Que la alegación de la recurrente, en cuanto a que la autorización otorgada por la jueza recurrida, adolece de ilegalidad, deberá estarse a las normas relativas al secreto o reserva contenidas en el artículo 1° del D.F.L. N°707, de Justicia, de 1982, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques. Esta norma, sin embargo, tiene tres excepciones calificadas, todas las cuales requieren que las investigaciones se sigan en contra del

titular de la cuenta corriente. Señala la recurrente Sra. Nogueira, que ella no tiene esa calidad de imputada o querrelada en la investigación de que se trata, así como tampoco dicha investigación versa sobre delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como Diputado. Es preciso destacar que no obstante el disimulo con que la recurrente menciona en el escrito que constituye su recurso, su carácter de co-titular de la ya tantas veces mencionada cuenta corriente con don Luis Gonzalo Cornejo Chávez y la ninguna mención que de ello hace su apoderado en estrados, para esta Corte y para la jueza que autorizó la diligencia, la doble titularidad de la cuenta corriente cuya reserva fue alzada, era evidente y constaba de los antecedentes.

QUINTO: Que llama la atención atendiendo a la particularidad de la cuenta corriente cuyo secreto fue alzado, la reiterada alegación, tanto en el texto del recurso como en su defensa oral en estrados, en el sentido de que la ilegalidad y arbitrariedad cometida por la Sra. Jueza recurrida ha sido la aplicación de una disposición legal expresa, que resulta de una precisión tal que no requiere de más interpretación que analizar si se dan los presupuestos fácticos que la misma disposición establece. En efecto, el artículo 1° del D.F.L.707, ya citado, contiene las excepciones calificadas frente a la estricta reserva del movimiento de las cuentas corrientes, siendo la última de ellas la contenida en su inciso final cuando se ordena la exhibición del movimiento completo de la cuenta en investiga-

ciones seguidas contra empleados públicos. No parece necesario abundar en consideraciones respecto a que los supuestos que esta norma exige, se dan plenamente en la especie. Por ello parece del todo improcedente argumentar en el sentido de que se habría vulnerado lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 154 de la Ley General de Bancos, cuando no es esa la disposición invocada para adoptar la resolución de alzamiento, sino que ella es la contenida en el artículo 1° del D.F.L.707, como ya se ha señalado y que permite el levantamiento completo de la reserva en investigaciones seguidas contra un empleado público que, como en este caso, sirve la función de Alcalde. Es oportuno recordar que la disposición de la Ley General de Bancos citada, sólo permite acceso a operaciones específicas de la cuenta corriente de que se trata.

SEXTO: Que en su alegación oral, el apoderado de la recurrente, ha sostenido que el Código Procesal Penal contempla en forma taxativa las diligencias que pueden ser solicitadas por el Ministerio Público, autorizadas por el Juez de Garantía y dirigidas en contra de un tercero que no tiene la calidad de imputado y que ellas son las contenidas en los artículos 204, 205, 206, 209, 218, 222 y 223 del Código Procesal Penal, entre las cuales no se encuentra la dictada por la Sra. Jueza recurrida. Sin embargo, el profesional olvida el preciso texto del artículo 9° del Código Procesal Penal, que contempla con toda exactitud la materia que se viene tratando. En efecto, la señalada disposición, bajo

el epígrafe de Autorización judicial previa, se ubica en el Título I del Libro Primero del citado Código, que se denomina Principios Básicos, y en su inciso primero señala. Toda actuación del procedimiento que privare a un imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. Luego, tal como lo señala la magistrado recurrida en su informe, es esta la norma a la que se dio aplicación en la especie, reconociendo que la diligencia afectaría a un tercero ajeno a la investigación y que la diligencia no es de aquellas que se encuentran taxativamente reguladas por el Código del ramo. Pero no resulta factible desconocer que se aplicó una norma que constituye un Principio Básico del procedimiento penal y por cierto, anterior a la enumeración, no taxativa, que el Código hace de diligencias intrusivas que pueden afectar a terceros y que se contienen en los artículos mencionados al inicio de este considerando.

SÉPTIMO: Que la circunstancia de que la cuenta corriente cuyo secreto fue alzado, sea una cuenta bipersonal abierta por el imputado Luis Gonzalo Cornejo Chávez, conjuntamente con su cónyuge y tercera ajena a la investigación, doña Claudia Nogueira Fernández, a juicio de estos sentenciadores, en nada altera lo hasta aquí razonado. Así es que, efectivamente se trata de una persona que no está siendo investigada en este procedimiento, pero que se ve forzada a sacrificar parcialmente la protección de su vida privada, en

lo que dice relación con su cuenta corriente bancaria, por el hecho de que su cónyuge, co-titular de aquella cuenta corriente, se encuentra sometido a una investigación criminal en la cual el órgano persecutor ha reunido un cúmulo de antecedentes que detalla en su solicitud que rola a fs. 1 de los autos, que hacen indispensable para el éxito de la investigación, que se levante el secreto bancario que protege esa cuenta. Adicionalmente, los delitos que se investigan son de aquellos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, calidad que detentaba el investigado, al desempeñar la función de Alcalde de la I. Municipalidad de Recoleta.

Esta modalidad bipersonal de las cuentas corrientes, está expresamente contemplada en la normativa respectiva, tal es así que el Capítulo 2-2 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se denomina Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en su apartado 1.4. Titulado. Apertura de Cuentas Corrientes Bipersonales o Multipersonales, señala textualmente: No hay inconveniente legal para que dos o más personas abran una cuenta corriente conjunta en un banco. Resulta así, evidente que cualquier situación que afecte a uno de los cuentacorrentista, necesariamente afecta al otro, así por ejemplo el depósito de una importante suma de dinero, el que resulte protestado un cheque depositado o que uno de los giradores proceda al giro de un cheque excediendo los fondos disponibles en la

cuenta, sea que exista o no una línea de sobregiro; son todas situaciones que indudablemente afectan al co-titular no directamente responsable de la operación de que se trata. Forzoso entonces resulta concluir que si una operación bancaria común y corriente, afecta al co-titular no responsable de ella, con mucho mayor razón le afectará el levantamiento del secreto bancario que ordinariamente protege su cuenta, si su co-titular es objeto de una investigación criminal, en la que se dan absolutamente todos los requisitos que la ley establece para que se conceda una medida de esta naturaleza.

A modo de conclusión en este aspecto, se puede señalar que al ser autorizadas, por la normativa respectiva, las cuentas bipersonales, sin distinguirlas de manera alguna con las cuentas unipersonales y, asimismo no distinguir tampoco entre ellas las normas que rigen el eventual alzamiento del secreto que las protege, no resulta lícito al interprete distinguir si la ley no lo hace. Por último en este punto, las alegaciones de la recurrente en el sentido de que por ser tercero ajeno a la investigación criminal que se adelanta, no se podría a modo de conclusión en este aspecto, se puede señalar que al ser autorizadas, por la normativa respectiva, las cuentas bipersonales, sin distinguirlas de manera alguna con las cuentas unipersonales y, asimismo no distinguir tampoco entre ellas las normas que rigen el eventual alzamiento del secreto que las protege, no resulta lícito al interprete distinguir si la ley no lo hace. Por último en este punto, las alega-

ciones de la recurrente en el sentido de que por ser tercero ajeno a la investigación criminal que se adelanta, no se podría levantar el secreto bancario que ampara su cuenta corriente de la que es titular conjuntamente con un imputado, podría conducir al absurdo consistente en que bastaría que un imputado se asociara en una cuenta corriente conjunta, con otra persona no imputada, para eliminar la posibilidad de que esa cuenta corriente pudiera ser objeto de una diligencia investigativa, consolidando así, una inaceptable forma de impunidad.

OCTAVO: Que finalmente, esta Corte estima que por regla general, no es procedente la utilización de esta acción cautelar de protección de las garantías constitucionales, en contra de resoluciones judiciales, adoptadas por un juez de la República, en uso de sus facultades, plenamente ajustada a la ley, habiéndose cumplido en la especie todos los requisitos que las disposiciones legales respectivas exigen para una determinada actuación judicial, como es la de acceder a una solicitud del Ministerio Público, debidamente fundada, para alzar el secreto bancario que protege una cuenta corriente de la cual el imputado es co-titular junto a su cónyuge, que es ajena a la investigación de que se trata. Esta improcedencia, encuentra su fundamento en una abundante jurisprudencia, así como en la doctrina, en que se señala que la acción de protección, no es un recurso, puesto que, no constituye un medio de impugnación de resoluciones judiciales, sino que se trata de una acción cautelar que persigue

reestablecer el imperio del derecho de manera pronta y eficaz. Que de estimarse procedente esta acción, ella se estaría constituyendo en un recurso subsidiario o supletorio de los recursos ordinarios, lo que no se condice con el carácter extraordinario de esta acción propiamente cautelar. Que el asunto que se trata en estos autos, se encuentra sometido por completo al imperio del derecho, lo que evita ilegalidades o arbitrariedades que deban ser atacadas con esta acción constitucional, toda vez que la forma de impugnar las resoluciones judiciales, es a través de los medios que otorga la normativa del procedimiento que permite que los derechos de los litigantes estén suficientemente resguardados con las diversas medidas, plazos y recursos ordinarios y extraordinarios que la ley establece. En el caso específico de resoluciones judiciales dictadas por jueces de garantía, el artículo 9° del Código Procesal Penal señala que, cualquier actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero de los derechos que la Constitución asegura o los restringiere o perturbare requerirá de una autorización judicial previa, otorgada por un juez de garantía, siendo éste el único tribunal competente para conocer de esta materia según reza textualmente esta disposición. Incluso, la Excma. Corte Suprema, en un fallo de 21 de junio de 2007, en un recurso Rol N°2529-2007, sostiene ordenadamente estos conceptos señalando: *“Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar,*

destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos claramente preexistentes y no discutidos que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, moleste o amague ese ejercicio. Así, pese a la designación formal de recurso, en ningún momento el arbitrio de que se trata debe confundirse con un medio procesal para impugnar resoluciones judiciales”. Más adelante el mismo fallo señala: *“Que la naturaleza propia de la acción recién aludida y el procedimiento inquisitivo dispuesto para su tramitación, determinan que ella no constituya la vía idónea para revisar la procedencia o improcedencia de lo actuado en un juicio”.* Finalmente, la sentencia expresa: *“resulta que el asunto sometido a la decisión de esta Corte por la presente acción de protección se encuentra bajo el imperio del Derecho en este caso, la jurisdicción, es la que entrega en el mismo procedimiento, las herramientas legales y recursos procesales ordinarios o extraordinarios al recurrente para tratar de revertir la medida que se pretende impugnar; lo que hace naturalmente improcedente que ello se pretenda obtener por medio de la presente acción cautelar, destinada a resolver situaciones de muy distinta naturaleza, como resulta del análisis de las normas constitucionales que la consagran.”.*

NOVENO: Que por lo razonado precedentemente, se rechazará la acción constitucional intentada en autos, con costas.

De conformidad, además, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el

Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **SE DECLARA QUE SE RECHAZA, con costas,** el Recurso de Protección deducido en lo principal de fs. 12, por don Carlos Cortés Guzmán, en representación y como mandatario judicial de doña Claudia Nogueira Fernández.

Redacción del abogado integrante señor Asenjo.

Regístrese y archívese.

N°9.522 2.008.-

Dictada por la *Quinta Sala* de la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro doña Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el Ministro don Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante don Rodrigo Asenjo Zegers.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

COOPERACIÓN EFICAZ EN RELACIÓN CON UN RECURSO DE QUEJA INTERPUESTO EN CONTRA DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

Renzo Figueroa Aste¹

Con fecha 2 de julio de 2009, la Excelentísima Corte Suprema rechazó un recurso de queja interpuesto por la Fiscalía Regional de la Araucanía en contra de los Ministros de la Il. Corte de Apelaciones de Temuco Sres. Leopoldo Llanos Sagristá, Fernando Carreño Ortega y el Abogado Integrante don Eduardo Álamos Vera, quienes resolviendo la apelación interpuesta por la defensa en contra de la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de Garantía de Temuco por el delito de tráfico ilícito de drogas, reconoció la atenuante especial del artículo 22 de la mencionada ley, en circunstancias que no fue discutida en el primitivo juicio.

Sentencia condenatoria por tráfico ilícito de drogas, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, en causa RUC N°0800367306-6, de fecha 27 de febrero de 2009

En la referida causa, el Ministerio Público fundó su acusación en los hechos ocurridos con fecha 3 de junio de 2008, día en que funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile efectuaron un control de identidad al imputado con el correspondiente registro de vestimentas, incautándosele la cantidad de siete envoltorios de clorhidrato de cocaína cuyo peso fue de 8,9 gramos. Posteriormente se hizo ingreso autorizado a su domicilio, encontrándose un envoltorio con marihuana prensada que arrojó un peso de 8,1 gramos, configurándose con ello el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N°20.000.

Señaló la Fiscalía que para el evento que el acusado aceptara los hechos de la acusación y el procedimiento abreviado, se le reconocería la circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal del artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, el haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

De esta forma, el acusado, habiendo tomado conocimiento de los hechos materia de la acusación y los antecedentes en que se fundó la investigación, aceptó expresamente los mismos y estuvo de acuerdo con la aplicación del procedimiento abreviado.

1 Abogado de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Para el Tribunal, los hechos señalados por la Fiscalía se tuvieron por acreditados sobre la base de la aceptación que el acusado manifestó respecto de los antecedentes de la investigación y que no fueron desvirtuados por éste, tipificándose con ello el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas contemplado en el artículo 4° de la Ley N°20.000.

No obstante ello, y pese a que el acusado aceptó los hechos, la defensa solicitó su absolución entendiendo que no se habría acreditado el delito, y en el evento de dictarse sentencia condenatoria, se le sancionara en virtud de la falta del artículo 50 de la Ley N°20.000, atendida la cantidad y pureza de droga, toda vez que su representado había acreditado su calidad de consumidor y tratamiento de su adicción.

En definitiva el Tribunal señaló que: *“...efectivamente, tal como lo señala el señor Fiscal y la defensa, beneficia al acusado la atenuante de responsabilidad del artículo 11 N°9 del Código Penal, en relación con el artículo 407 del Código Procesal Penal, por cuanto aceptó los hechos de la acusación, antecedentes de la investigación y el procedimiento abreviado, razones que el Fiscal consideró suficientes para invocarla. Que respecto de la petición de la defensa de que dictar sentencia absolutoria, tal petición será rechazada por cuanto tal como se dijo en la audiencia de 23 de febrero en curso, existen antecedentes suficientes para no hacerlo, como se deja establecido en los considerandos que anteceden. Por la misma razón, y habiendo dado por acreditada la existencia del delito y la participación del acusado en el delito de microtráfico, se desechará la petición de la defensa de sancionar a su representado como autor de la falta del artículo 50 de la Ley 20.000”*².

Fallo Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en causa RUC N°0800367306-6, Rol N°200-09, de fecha 23 de marzo de 2009, en el que se acoge el recurso de apelación interpuesto por la defensa

En virtud del fallo dictado por el Juzgado de Garantía de Temuco, la defensa interpuso recurso de apelación invocando a favor de su representado la atenuante especial de responsabilidad del artículo 22 de la Ley N°20.000, esto es, haber cooperado eficazmente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitir la identificación de sus responsables; o que tal cooperación sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas.

Tal cooperación eficaz fue fundada en la denuncia que el condenado I.O.F. le formuló al Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco donde se encontraba privado de libertad, la que señalaba que al interior de dicho penal se realizaban conductas de microtráfico, lo que motivó una investigación interna que arrojó como resultado el decomiso de marihuana y fármacos.

² JG de Temuco, 27/02/09, Rit N°5963-2008, RUC 06800367306-6, considerando 10°.

La Corte señaló que de los documentos acompañados por el recurrente, y respecto de los cuales el representante del Ministerio Público admitió estar en conocimiento, se podía desprender que Gendarmería de Chile, con fecha 9 de diciembre de 2008, ofició al Fiscal Adjunto de Temuco dando cuenta de la información aportada por el condenado sobre un presunto tráfico de marihuana al interior del recinto penitenciario. En virtud de ello se dispuso por parte del Alcaide del Penal un procedimiento que tuvo como resultado la incautación de drogas, informando de ello al Fiscal de turno, quien ordenó que se constituyera en el sitio del suceso personal de la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones.

Al respecto, la Corte señaló que³:

“...la atenuante en comento tiene por finalidad favorecer mediante una rebaja de pena a quien suministre datos o informaciones que contribuyan, entre otros objetivos, a prevenir o impedir la perpetración o consumación de ilícitos contemplados en la Ley 20.000, ya sea de igual o mayor gravedad que los que son objeto del procedimiento en que se verificó tal cooperación (...) no cabe duda que la denuncia del recurrente estaba revestida de plausibilidad y, que los datos que suministró resultaron ser precisos, verídicos y comprobables, y que en la especie se consiguió el propósito que se tuvo en vista al instaurar dicha circunstancia atenuante de responsabilidad, desde el momento en que tal información motivó un procedimiento de registro y allanamiento que culminó con incautación de droga y fármacos y con un interno rematado reconociendo, si bien es cierto en una investigación desformalizada, ser el tenedor de tales sustancias y que las iba a destinar a su comercialización en el interior del recinto carcelario”.

“...no es óbice para aplicar en esta etapa procesal la atenuante en comento, la ausencia de la declaración del Ministerio Público contenida en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, calificando la cooperación prestada por el imputado como eficaz, ya que la norma del inciso cuarto del artículo 22 de la Ley 20.000, solo contempla la hipótesis que tal colaboración haya sido prestada con anterioridad a la audiencia preparatoria del juicio oral, desde el momento en que el reconocimiento formulada por el ente persecutor debe constar en la formalización de la investigación o en el escrito de acusación (...) sostener la improcedencia de invocar dicha minorante de responsabilidad durante la vista del recurso de nulidad, implicaría menoscabar el derecho de defensa, el cual al tenor de los artículos 8 y 102 del Código Procesal Penal, puede ser ejercido desde la primera actuación del procedimiento hasta la completa ejecución de la sentencia, mediante la formulación de planteamientos y alegaciones que considere oportunos, y sin lugar a dudas, reviste tal calidad la petición de circunstancias modificatorias (...) en consecuencia, esta Corte le reconocerá al apelante la atenuante especial consagrada en el artículo 22 de la Ley 20.000 y por

3 Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, 23/03/09, RUC N°0800367306-6, Rol N°200-09, considerandos 3° a 7°.

consiguiente se regulará el quantum de la pena a imponer en la forma que se dirá en la parte resolutive de este fallo”.

“Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 371 y 410 del Código Procesal Penal se declara:

*I.- Que se confirma la sentencia apelada, ya individualizada, con declaración que el acusado I.O.R. es condenado por el delito a que se refiere la decisión I del fallo enalzada a la pena de **doscientos días de presidio menor en su grado mínimo**, manteniéndosele la cuantía de la multa impuesta en primera instancia, la condenación en costas y el comiso de las especies incautadas.*

*II.- Que tanto la pena privativa de Libertad impuesta al acusado O.F. como la conversión de la pena de multa a que fue sentenciado, que se reguló por el juez a quo en 10 días, **se le darán por cumplidas** con el mayor tiempo que permaneció privado de libertad en este proceso, según abono que le es reconocido en la resolución IV del fallo en análisis y que asciende a 261 días (...) **dése orden inmediata de libertad para I.O.F.**, si no estuviera privado de ella por otro motivo”.*

Recurso de queja interpuesto por la Fiscalía Regional de la Araucanía

En virtud de lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, la Fiscalía interpuso Recurso de Queja en contra de los Ministros y abogado integrante de la sala en cuestión, por haberse incurrido en graves faltas o abusos al dictarse la sentencia recaída en el recurso de apelación deducido por la defensa, haciéndose especial hincapié en el hecho que la discusión planteada en el juicio abreviado nunca dijo relación con la concurrencia de la atenuante especial del artículo 22 de la Ley de Drogas, siendo la petición principal de la defensa la declaración de absolución de su representado por el delito de tráfico ilícito de drogas y en subsidio se le sancionara por la falta del artículo 50 de la Ley N°20.000.

Como vimos, la defensa sostuvo en su apelación que concurría respecto de su defendido la circunstancia atenuante de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley N°20.000, fundada en los antecedentes que aportó en su momento y que se tradujeron en un procedimiento al interior del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco que culminó con una incautación de droga, pero a juicio de la Fiscalía ello constituyó una reclamación nueva, no formulada ni sometida a discusión en el procedimiento abreviado.

Dichas circunstancias, sólo llegaron a conocimiento de la Fiscalía mediante un oficio del Alcaide del Centro Penitenciario, con fecha 9 de marzo de 2009, a solicitud de la defensa del día 3 de marzo del mismo año, es decir, un día antes de la presentación de la apelación y cuatro días después de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Garantía de Temuco, aclarando que el parte de Gendarmería de diciembre de 2008 no hizo referencia alguna a la cooperación que reclama la defensa.

Así las cosas, el fallo de la Ilma. Corte de Temuco dio lugar a la apelación presentada por la defensa, aún cuando en el juicio ésta no planteó la procedencia de tal atenuante, no siendo parte del pronunciamiento de la sentencia del Juzgado de Garantía de Temuco.

Al fundamentarse la falta o abuso grave cometida en la resolución recurrida, la Fiscalía señala que los recurridos obraron excediéndose de la competencia que la ley les ha asignado, toda vez que hicieron lugar a una alegación que no formó parte del debate y contienda en primera instancia, aclarando que el propio artículo 414 del Código Procesal Penal hace procedente el recurso de apelación en contra de una sentencia dictada en procedimiento abreviado, sin consignar regla alguna que permita a los sentenciadores de segunda instancia exceder el margen de la controversia sobre el que ha recaído el fallo en primera, con la única excepción, expresamente señalada en el texto legal, del pronunciamiento acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado.

Agrega el recurso interpuesto, que los recurridos decidieron con infracción a lo dispuesto en el artículo 359 del Código Procesal Penal, toda vez que éste admite la prueba de las circunstancias que constituyen las causales de nulidad que se invocan, y por lo mismo, sólo resulta aplicable al recurso de nulidad y no de apelación, por lo que contrariando tal disposición, lo recurridos fundamentan su decisión en los documentos acompañados por la defensa en la audiencia del recurso de apelación.

Importante nos parece el fundamento del recurso en cuanto a la disminución de las posibilidades de actuación del acusador que trae consigo el juicio abreviado, toda vez que el sometimiento del asunto a este tipo de procedimiento es un acuerdo cuyo fundamento para el ente persecutor es la satisfacción razonable de la pretensión punitiva, y para la defensa, normalmente, una disminución de la misma. Siguiendo con esta idea, el recurso expresa que la base de dicho acuerdo está determinada por el mérito de las pesquisas que constan como antecedentes de la investigación, quedando todo entregado al órgano jurisdiccional, quien es el encargado de resolver el conflicto en base al mérito de ellas. De esta forma, señala el recurso, *“...el quebrantamiento de las condiciones en que se acuerda y desenvuelve el procedimiento, y más aún, su infracción mediante la introducción en la segunda instancia de elementos no considerados en él, limita las posibilidades de actuación de los intervinientes y resta las condiciones de racionalidad y justicia que debe observar todo procedimiento”*⁴.

Queda claro, entonces, que el ente persecutor no tuvo opción de ponderar en su investigación la existencia de la cooperación eficaz solicitada, y mucho menos acordar el procedimiento abreviado contando con los antecedentes que justificaban la misma.

4 Recurso de Queja, 02/04/09, interpuesto por el Fiscal Regional (S) del Ministerio Público de la Araucanía. En lo principal, II. Falta o abuso grave cometido con la dictación de la resolución recurrida, 3.- Disminución de las posibilidades de actuación.

Fallo Excelentísima Corte Suprema, en causa RUC N°0800367306-6, Rol N°2125-09, de fecha 2 de julio de 2009, en el que se rechaza el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público

Vistos los antecedentes, y examinado el fallo de la Ilustrísima Corte de Temuco, la Corte Suprema señala que la reducción del castigo estipulada en el artículo 22 de la Ley N°20.000 se fundó en los documentos acompañados por el apelante y de los cuales el Ministerio Público admitió estar en conocimiento, desprendiéndose que Gendarmería de Chile, con fecha 9 de diciembre del año 2008, ofició al Fiscal dando cuenta que el interno I.O.F. entregó información sobre un presunto tráfico de marihuana al interior del recinto penitenciario, lo que arrojó como resultado la incautación de las sustancias ilícitas, lo que dio cuenta que la denuncia estaba revestida de plausibilidad y que los datos que suministró resultaron ser precisos, verídicos y comprobables, y que en la especie, se consiguió el propósito que se tuvo en vista al instaurar dicha circunstancia atenuante de responsabilidad, desde el momento que tal información motivó un procedimiento de registro y allanamiento que culminó con incautación de droga y con un interno rematado reconociendo, si bien es cierto en una investigación desformalizada, ser el tenedor de tales sustancias y que las iba a destinar a su comercialización en el interior del recinto carcelario.

La Corte continúa su argumentación señalando que: *“...es de toda evidencia que el análisis efectuado por el laudo cuestionado se encuentra constreñido a lo que fue materia de controversia y debate, como además lo manifestó la defensa en estrados, sin que el representante del Ministerio Público objetara tales asertos. En efecto, el sustrato fáctico en que descansa la minorante especial del artículo 22 de la Ley N°20.000, fue demandado por el imputado en el curso de la investigación, sin resultados, quien sólo tuvo la evidencia respaldatoria ya emitido el fallo de primer grado, haciéndola llegar oportunamente al Ministerio Público”⁵.*

“...no existe antecedente alguno que lleve a concluir que el fiscal haya incidentado o controvertido la aportación de los instrumentos que respaldaron la petición de la defensa y que determinaron la decisión del tribunal, oyendo sobre este punto al órgano persecutor, como se expresa en la reflexión segunda del dictamen censurado”⁶.

“...como corolario de lo razonado puede afirmarse que los recurridos pronunciaron su sentencia con estricto apego a las peticiones concretas contenidas en la apelación, respetando en todo momento el principio del contradictorio”⁷.

“En consecuencia, de los antecedentes de autos y lo que se desprende de la copia del registro computacional de la causa IC N°2125-09, en que incide este recurso, lo

5 Excelentísima Corte Suprema, 02/07/09, Rol N°2125-09, RUC N°0800367306-6, considerando 3°.

6 Idem, considerando 4°.

7 Idem, considerando 5°.

informado por los jueces recurridos y las consideraciones precedentes, se desprende que los jurisdicentes no han incurrido en faltas o abusos graves que ameriten la actuación de la Corte por esta vía disciplinaria, como se solicita; y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, SE RECHAZA el recurso de queja de lo principal de la presentación de fojas 11 a 24, interpuesto por el abogado Sergio Moya Domke, Fiscal Regional (s) de la Araucanía, por el Ministerio Público⁸.

Comentario

Primero, y para efectuar un mejor análisis de las resoluciones de suyo contrarias a los intereses del Ministerio Público que hemos podido tener a la vista en el presente artículo, debemos analizar la definición de cooperación eficaz entregada por la propia norma del artículo 22 de la Ley N°20.000, su oportunidad y órgano facultado para estimar si ella se configura y, por ende, si beneficia a un determinado imputado.

La norma del mencionado artículo, en su inciso 1°, expresa que: “Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En este caso, el tribunal podrá reducir la pena hasta dos grados...”.

Luego, en su inciso 4°, expresa que: “El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero”.

De la lectura de estos dos incisos podemos entender que la propia ley es la que le da al órgano persecutor la facultad privativa de determinar si la cooperación prestada por un imputado es o no eficaz, imperio que no priva al tribunal de su facultad jurisdiccional, como se ha sostenido en algunas oportunidades, toda vez que éste la puede rechazar o acoger, pudiendo en este último caso reducir la pena hasta en tres grados, es decir, fue el propio legislador el que le señala al Tribunal que puede rebajar la pena si el ente persecutor califica y reconoce de eficaz la cooperación prestada por un imputado, lo que da a entender que en la hipótesis contraria no cabe ni siquiera la discusión de su procedencia.

Debemos entender, también, que la cooperación eficaz del Párrafo 3° de la Ley N°20.000 no es sólo una atenuante especial de responsabilidad penal, sino que además está concebida como una herramienta de política criminal, una verdadera técnica de investigación para ser utilizada por el Fiscal en una determinada investigación y durante la misma, estableciendo la propia norma las etapas procesales en las cuales debe reconocerse si se dan sus supuestos,

8 Idem, considerando 5°.

teniendo dicha facultad y etapa para ejercerla una lógica definida, cual es, que sólo el órgano persecutor que lleva la investigación puede, en este nuevo sistema, comprobar si la información entregada es o no eficaz, toda vez que el órgano jurisdiccional no conoce los antecedentes de ella, y sólo toma conocimiento de los mismos una vez que los intervinientes se los presentan conjuntamente con las pruebas que los fundamentan, momento en el cual nace la facultad para que en el caso específico de la cooperación reconocida, ésta sea acogida o rechazada por el Tribunal.

Si analizamos la redacción del artículo 11 del Código Penal, que establece las circunstancias atenuantes genéricas, éste expresa: “*Son circunstancias atenuantes*”. A contrario sensu, el artículo 22 de la Ley N°20.000 señala “Será circunstancia atenuante...”. Lo anterior debe entenderse en el sentido que la cooperación eficaz sólo “*será*” atenuante del delito cuando sea prestada durante la investigación, el Ministerio Público la reconozca, y siempre que concurren todos los requisitos para su procedencia.

Lo anterior excluye, también, la posibilidad que sea cualquier otro interviniente el que la solicite al Tribunal, toda vez que, como hemos dicho, sólo concurre su discusión si el órgano persecutor la reconoce y dicho reconocimiento lo hace presente en su formalización o escrito de acusación para someterlo a la aceptación o rechazo por parte del Tribunal.

En el caso analizado, no concordamos con lo resuelto tanto por los Ministros de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, como por la Excelentísima Corte Suprema, toda vez que aun cuando la denuncia del recurrente estaba revestida de plausibilidad, y que los datos que suministró resultaron ser precisos, verídicos y comprobables, consiguiéndose con ello la detención de los responsables e incautación de droga, ella –en el momento en que fue prestada– constituyó una denuncia nueva y extemporánea para los fines que está prevista la cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley de Drogas. Estimamos que aceptar este tipo de denuncias en dicha etapa procesal podría llevar a una vulneración de la certeza jurídica que debe imperar en nuestro sistema, exponiéndonos a las ya conocidas fabricaciones de cooperaciones eficaces por parte de sujetos ya condenados, que utilizando la vía de la apelación, introducen hechos nuevos para aminorar la pena.

Más aún, seguir aceptando esta práctica, podría llevar al órgano persecutor a inhibirse de acceder a juicios abreviados, a fin de asegurar la nula posibilidad que el imputado reconozca los antecedentes para luego desdecirse y apelar, incluyendo elementos nuevos como el caso de una atenuante no reconocida ni discutida en juicio.

EL SECRETO DE LA INVESTIGACIÓN EN LOS CASOS DE LA LEY 20.000

Manuel Guerra Fuenzalida¹

Introducción

Uno de los principios inspiradores de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal es el de publicidad. Mediante el mismo se procura que los actos procesales que se van produciendo a lo largo del procedimiento estén revestidos de la transparencia que el sistema requiere para su legitimidad.

No obstante constituir la publicidad un principio fundamental de nuestro sistema, el mismo ha contemplado situaciones en las cuales por diversas razones está permitido decretar el secreto de la investigación.

En el presente artículo pretendemos mostrar el tratamiento especial que la Ley 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, le da a este tema a través de normas que establecen un ámbito más amplio al Ministerio Público a efecto de que éste pueda realizar investigaciones más eficaces y cumpla, además, con su deber de protección respecto de quienes presentan determinadas calidades que los transforman en merecedores de una especial protección.

Finalmente, buscamos entregar elementos que permitan una adecuada interpretación de las normas que en la Ley N° 20.000 establecen situaciones relativas al secreto de la Investigación, tomando posición respecto a los casos que más debate generan.

I. El secreto de la investigación en el Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal ha establecido en su artículo 182 como norma de carácter general, y por ende aplicable en principio a toda investigación por hechos constitutivos de delito, el que las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretos para los terceros ajenos al procedimiento.

De este modo, se ha dejado abierta la posibilidad de que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento puedan tener acceso a los registros de la investigación, lo cual se condice con la necesidad de garantizar un debido proceso a todos los intervinientes posibilitando una adecuada participación en el curso de la investigación.

1 Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

No obstante lo anterior, el propio artículo 182 del CPP, establece que incluso respecto del imputado o los restantes intervinientes, el Fiscal puede decretar que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación, estableciendo como requisito adicional la identificación de las piezas o actuaciones que van a ser objeto de secreto, fijando un plazo de cuarenta días para su extensión, existiendo el derecho a que los intervinientes soliciten su limitación o derechamente solicitando se le ponga término.

Como mecanismo de resguardo adicional, el inciso quinto del citado artículo dispone que no se podrá disponer el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tuviere derecho a intervenir, así como respecto de las actuaciones en que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

La norma en comento, por ende, establece un principio de publicidad que admite limitaciones, las cuales guardan relación con la eficacia de la investigación y el éxito de las diligencias que el Fiscal disponga, lo cual en caso alguno atenta en contra de la esencia del sistema de enjuiciamiento criminal que recoge como principio fundante la publicidad.

II. Casos de secreto de la investigación contenidos en la Ley N°20.000

Frente a la norma general del artículo 182 del CPP, la Ley N°20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, y que fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, contiene una serie de normas que regulan los casos en que se puede decretar el secreto de la investigación otorgando al ente persecutor un margen mayor para limitar la publicidad.

En efecto, la citada ley dispone medidas constitutivas de secreto que pueden subclasificarse según tengan por finalidad servir de medidas de protección a favor de testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficaces, o que estén destinadas a asegurar el mejor resultado de la investigación.

En primer término, con la finalidad de proteger la seguridad de testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficaces, el artículo 36 de la ley dispone que: *“Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o mas intervinientes.*

Se aplicará lo dispuesto en el artículo 182 del Código Procesal Penal, pero el Ministerio Público podrá disponer que se mantenga el secreto hasta el cierre de la investigación. Además deberá adoptar medidas para garantizar que el término del secreto no ponga en riesgo la seguridad de las personas mencionadas en el inciso anterior”.

En esta norma se ve reflejado el afán protector que respecto de determinadas personas la ley pretende establecer. De otro modo, no se puede entender la decisión del legislador de mencionar expresamente qué grupos de personas son aquellos respecto de los cuales se establece esta necesidad de protección.

Paralelamente, la norma antes citada agrega un elemento innovador, cual es que respecto de la extensión del secreto de conformidad con el inciso segundo, puede disponerse el secreto de las diligencias relativas a alguna de las personas señaladas en el inciso primero hasta el cierre de la investigación.

Por último, la norma establece un deber de protección especial que es de cargo del Ministerio Público una vez que ha cesado el secreto, a efecto de no poner en riesgo la seguridad de alguno de los amparados por el secreto de la investigación.

Esta norma responde a la lógica de la especial complejidad que revisten las investigaciones por delitos de la Ley N°20.000, en que la realidad indica que la posibilidad de que quienes detenten alguna de las calidades mencionadas en la disposición objeto de estudio están naturalmente expuestos a represalias que pueden llegar a afectar incluso su vida, por lo que puestos en juego por un lado la posibilidad de acceso a los intervinientes, frente a la necesidad de dotar de eficacia a las investigaciones relativas al tráfico de drogas, la ley ha optado por favorecer esta última, resguardando el derecho de la defensa a que en la oportunidad procesal relativa al Juicio Oral tendrá de todos modos la posibilidad de conocer todos los antecedentes y poder preparar su Teoría del Caso.

Por otro lado, en cuanto a la extensión del secreto, no es menor el hecho de que el Ministerio Público pueda decretar el secreto de las actuaciones en que aparezcan algunas de las personas que el artículo 36 señala, ya que de ese modo se pretende evitar fenómenos más específicos, como son las amenazas que puedan llevar a una eventual retractación durante el transcurso de la investigación.

Desde una perspectiva constitucional tampoco se ve afectado el debido proceso, pues respecto de dicha garantía el núcleo esencial de la misma está constituida por la posibilidad de rebatir las pruebas que se esgriman respecto del imputado, derecho que permanece incólume frente a la norma en comento.

Paralelamente, el artículo 37 de la Ley N°20.000 se preocupa de reforzar la especial preocupación del legislador en orden a proteger a quienes facilitan o cooperan con el éxito de la investigación mediante el establecimiento de un tipo penal que sanciona a quienes violen el secreto de la investigación y de la

identidad de las personas a que se refiere el artículo 36, fijando una pena que va del presidio menor en su grado medio a máximo.

De este modo, se contempla un mecanismo destinado a otorgar eficacia a la norma del artículo 36 a fin de evitar que sea una norma meramente declarativa de propósitos, ya que se busca inhibir precisamente las intenciones de quienes puedan vulnerar el secreto decretado por el Ministerio Público.

Particular análisis merece la norma dispuesta en el artículo 38 de la Ley N°20.000. Esta se caracteriza, en primer término, por estar dispuesta con la finalidad de asegurar un mejor resultado de la investigación, posibilitando una adecuada y eficiente recolección de antecedentes que permitan un efectivo ejercicio de las facultades que la Constitución y la ley confieren al Ministerio Público.

La primera característica digna de análisis de la disposición aludida es el hecho de que amplía el marco de aplicación del secreto, ya que dispone que la investigación no sólo será secreta para los terceros ajenos al procedimiento, sino que también será secreta, sin necesidad de que se decrete, respecto de los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público.

Lo anterior no es menor si consideramos que el artículo 182 del CPP, al cual ya nos hemos referido, impide esta posibilidad al señalar como principio general que el secreto sin necesidad de decisiones del Ministerio Público se refiere única y exclusivamente a los terceros ajenos al procedimiento.

Pues bien, consciente de la dinámica en que opera el Tráfico de Drogas, que supone la realización de una actividad organizada y mayoritariamente clandestina, es que la ley dispone de especiales técnicas de investigación, las cuales son mecanismos destinados a apoyar el proceso de averiguación de la verdad en que está inmerso el Ministerio Público.

La utilización de dichas técnicas, como la interceptación de comunicaciones telefónicas, la utilización de agentes encubiertos, reveladores o informantes, sólo pueden ser eficaces si quien es objeto de una investigación está imposibilitado de conocer de la existencia de la misma, ya que lo normal es que la utilización de estas técnicas se haga durante el proceso de investigación preliminar o desformalizada, etapa fundamental para la obtención de antecedentes que permitan el posterior enjuiciamiento de los partícipes.

En principio podría preguntarse cuál es el motivo que lleva al legislador a establecer esta norma especial de secreto imposibilitando el conocimiento por parte del afectado por la investigación de alguno de los delitos contemplados en esta ley, siendo del caso indicar que la explicación está dada por la historia fidedigna del establecimiento de la norma en estudio.

En efecto, en el proceso de discusión de la ley, en el informe complementario la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia con fecha 11 de mayo de 2004, se tuvo especialmente en consideración evitar que un presunto narcotraficante desbaratara lo avanzado poniendo en riesgo a los participantes encubiertos utilizando mecanismos que le permitan acceder a lo obrado en la investigación.

En definitiva se procuró evitar que las organizaciones criminales, mediante la presentación de alguna solicitud de control judicial anterior a la formalización, contemplada en el artículo 186 del CPP, pudiesen acceder al contenido de las mismas frustrando el éxito de las diligencias investigativas.

Quizás el aspecto más novedoso es la disposición contenida en la parte final del inciso primero del artículo 38, que establece una posibilidad de extensión del secreto única en nuestra legislación.

En efecto, esta norma posibilita que el Ministerio Público disponga respecto del imputado, así como respecto de los restantes intervinientes, el secreto por un plazo de 120 días, renovables sucesivamente con autorización judicial por plazos máximos de sesenta días.

Respecto de esta disposición se ha originado un interesante debate sin que hasta la fecha exista un criterio absolutamente asentado en la materia, pero respecto del cual nos ha parecido conveniente dar a conocer nuestra opinión, no sin antes analizar la raíz del problema y las posibilidades de interpretación existentes.

El tema objeto de debate, en lo relativo a esta disposición, guarda relación con el nivel de autonomía que el Ministerio Público tendría en la adopción de la medida, así como también respecto de a qué sujetos se consideraría extendida la medida.

En efecto, el tema no es menor si consideramos que la regla general en materia de secreto de la investigación razona sobre la base de que durante el período de vigencia del mismo los intervinientes tienen el derecho a solicitar la revisión de la mantención del secreto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 del CPP.

De ese modo, se suscita una primera controversia, la cual se refiere al hecho de que si algún interviniente tiene o no derecho dentro del plazo de 120 días indicados en la ley a solicitar el levantamiento del secreto, o si por el contrario, dicho derecho no existiría, con lo que la discusión de la vigencia quedaría postergada hasta la época en que se discutiesen las renovaciones del mismo.

Sobre el particular estimamos que la ley da de manera clara y precisa los parámetros a la luz de los cuales debe interpretarse la norma del artículo 38 de la Ley N°20.000.

En efecto, lo que hace la disposición legal es establecer una prerrogativa al Ministerio Público en orden a poder decretar el secreto total y absoluto de la investigación por un plazo de 120 días, sin que exista la posibilidad de discutir su levantamiento durante dicho período.

Para aseverar lo anterior, creemos que los fundamentos son múltiples y revis-ten un nivel de coherencia que no hace plausible la sustentación de una tesis diversa como la que se ha planteado por algunas defensas, siendo indispensable para arribar a una conclusión como la esbozada, realizar una interpretación sistemática de las diversas normas en juego.

En primer término, tal como ya lo hemos expresado, el principio general en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal es que la investigación sea pública para los intervinientes y secreta respecto de los terceros ajenos al procedi-miento, lo cual se corrobora de la sola lectura del artículo 182 del CPP.

Luego, la ley en la disposición aludida establece casos en que el Ministerio Público puede decretar el secreto de piezas, registros o documentos por un plazo de 40 días, estando sujeta dicha decisión a la revisión por parte del Juez de Garantía, quien puede limitar su extensión, como poner término al secreto.

El principio general enunciado se ve ratificado por la disposición del artículo 36 de la Ley N°20.000, que, como hemos señalado, posibilita que en aras de la protección de determinadas personas que revisten determinadas calidades y determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes.

Así las cosas, esta disposición establece un régimen especial de secreto y de protección específica a favor de determinados sujetos, lo cual se ve reafirmado por la posibilidad de extender el Ministerio Público el secreto hasta el cierre de la investigación.

Pues bien, en ese contexto, la norma del artículo 38 de la Ley N°20.000, espe-cial en la materia y que busca asegurar el mejor resultado de la investigación, establece un régimen especial de secreto que por un lado comienza reafirmando el principio de secreto absoluto de la investigación respecto de terceros ajenos al procedimiento y que, además, innova al extender dicho secreto absoluto a los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público.

Ahora bien, es en ese momento en que la ley contempla la norma excepcional que da la posibilidad al Ministerio Público de decretar el secreto absoluto de la investigación respecto del imputado y los restantes intervinientes por un plazo de 120 días, sin posibilidad de que dicha decisión sea objeto de revisión en el plazo señalado.

En efecto, la ley sólo ha contemplado la posibilidad de intervención judicial para los casos en que transcurrido el plazo de 120 días el Fiscal opte por solici-

tar la renovación del secreto, caso que deberá ser resuelto por el Juez de Garantía por períodos sucesivos no pudiendo exceder cada una del plazo de 60 días.

De ese modo, el legislador ha querido otorgar una herramienta especial al Ministerio Público tendiente a posibilitar el éxito de las investigaciones en un área especialmente compleja como es la relativa al Tráfico de Drogas, intención que se ve reflejada si se analiza el proceso de discusión de esta norma en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en que expresamente se estableció como mecanismo de control a la actividad del Ministerio Público la posibilidad de levantamiento una vez transcurridos los 120 días en que la decisión de secreto es autónoma de dicho ente, pero no dentro de este plazo, al igual como en su momento se había realizado con motivo de la discusión de la Ley N°19.913 sobre Lavado de Dinero, en que se contempla igual posibilidad, pero por un plazo de seis meses y que a los Senadores integrantes de la comisión les pareció excesivo para hacerlo aplicable a la Ley de Drogas.

De otra forma no se entendería la expresión “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36*” con que comienza la redacción del artículo 38 de la Ley N°20.000, toda vez que, como hemos visto, la norma del artículo 36 ya se refiere al secreto, con lo que el artículo 38, si no tuviese el sentido que proponemos, sería tautológico, ya que repetiría la posibilidad de un secreto susceptible de revisión por parte del Juez de Garantía desde el primer momento.

Por otra parte, de haber querido el legislador sujetar la mantención de este secreto dentro de los primeros 120 días a la supervisión judicial, lo habría señalado expresamente, cosa que no ocurre, toda vez que lo que se indica de manera precisa es que esta es una facultad del Ministerio Público, reservando la intervención judicial para la discusión de la renovación del mismo, luego de transcurridos los 120 días ya indicados.

Hasta la fecha el tema no ha dado origen a mayores discusiones, no obstante lo cual es relevante plantear que han existido un par de casos en que el tema se ha resuelto, a nuestro juicio, de manera equivocada, explicitando los respectivos jueces que en aras del adecuado ejercicio del derecho a defensa, debe siempre existir la posibilidad de levantar el secreto por parte del juez, mas aun cuando se ha decretado con carácter absoluto, toda vez que al no conocer el contenido de la investigación, se haría ilusoria la posibilidad de defender al imputado desacreditando las imputaciones de las cuales ha sido objeto.

Sobre el particular, es necesario decir que la esencia del derecho a la defensa está dada por la convergencia de dos ejes fundamentales, el primero guarda relación con la necesidad de que el imputado cuente con asistencia letrada desde los primeros actos del procedimiento dirigidos en su contra, lo que se traduce en la especie con el momento en que se formaliza la investigación en su contra o se discute la legalidad de su detención, y, el segundo, con la posibilidad de desvirtuar los cargos de los que ha sido objeto y a los cuales ha tenido

acceso precisamente en el acto en que se ha formalizado investigación en su contra.

Por ende, lo relativo a la mayor amplitud o no del secreto debe ser entendida como una modalidad accesoria en la investigación destinada a proteger la eficacia e integridad de la misma, y que, como hemos visto, es de alcance limitado en el tiempo y está sujeta a controles posteriores, sin afectar la esencia del derecho a la defensa en cuanto a la posibilidad de controvertir las imputaciones de las cuales se ha sido objeto.

Conclusiones

Como hemos podido apreciar, el tema no es aún pacífico a nivel jurisprudencial, siendo indispensable, además, que la doctrina se preocupe de analizar sus alcances, toda vez que se refiere a un elemento esencial de las investigaciones por Tráfico de Drogas.

En ese sentido, claramente el sistema de enjuiciamiento criminal debe buscar el logro de una armonía entre lo que es por una parte el respeto a los derechos y garantías fundamentales de las personas que son objeto de la imputación penal, frente al desafío de efectuar una persecución penal eficiente y que sirva de pilar para la consecución de los diversos fines de un Estado Democrático de Derecho, como lo es el logro de la paz social.

En ese contexto, es indispensable reconocer la existencia de áreas de criminalidad en que resulta indispensable contar con herramientas que sin afectar la esencia de los derechos de las personas, posibiliten la ejecución del rol persecutor del Estado, siendo el Tráfico de Drogas una de aquellas que más impacto tienen en nuestra sociedad.

Sobre esa base es que consideramos que las normas del secreto establecidas en la Ley N°20.000 posibilitan la consecución de las finalidades que la Constitución y la ley han impuesto al Ministerio Público, otorgando la posibilidad de revisar el mismo cuando ya se ha avanzado lo suficiente, lo cual en caso alguno puede ser entendido como una negación al derecho a la defensa.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN. TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL Y CORRELATO EN LA LEY DE DROGAS

Jorge Muñoz Bravo¹

Introducción

El presente artículo desarrolla, en su parte inicial, los elementos conceptuales que distinguen la autoría y la participación, para analizar a continuación las principales posiciones que la doctrina nacional sostiene frente al tratamiento que el Código Penal chileno entrega al tema.

A continuación, y a través del análisis de una de las figuras más discutidas en torno a la autoría y la participación, veremos cómo la doctrina y la jurisprudencia aplican sus diferentes enfoques sobre este caso específico, a partir del cual, y a través de su aplicación al delito de tráfico ilícito de droga, extraeremos algunos criterios diferenciados que nos darán una visión general sobre su la aplicación en la Ley de Drogas.

I. Autoría y participación

Existe en general una inclinación mayoritaria en la doctrina por aceptar la “teoría del dominio del hecho”, como criterio para distinguir entre autores y partícipes.

En este sentido se pronuncia Politoff², quien define al autor –citando para estos efectos a Quintero Olivares³– como “...la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo, porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho”.

Vivian Bullemore, siguiendo una línea semejante, y reconociendo la paternidad de Roxin sobre la misma, expresa que “el concepto de autor depende que el sujeto haya tenido desde un punto de vista objetivo y subjetivo a la vez, el dominio final del hecho típico, lo que supone la capacidad y posibilidad de decidir acerca de su realización y consumación. Por supuesto, quienes no tienen el dominio del hecho, pero intervienen en él, son partícipes”⁴.

1 Abogado Asesor de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 395.

3 Quintero Olivares, Gonzalo, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, segunda edición, Navarra 2000, p. 609.

4 Vivian Bullemore, John Mackinnon, “Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito”, segunda edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, p. 161.

El fallecido catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Sergio Yáñez, en una alusión al Código Penal chileno, conceptualiza de manera simple y clara –como era su particular estilo de cátedra– las diversas formas de autoría:

“Este centenario Código incluyó en sus disposiciones, diferenciándolas en números diversos, las tres formas de autoría que reconoce la doctrina moderna, la autoría directa, que puede ser caracterizada como el realizar el hecho por sí mismo, la autoría mediata, que es la realización por intermedio de otro y la coautoría, como realización conjunta”⁵.

Este autor centra el concepto en el sujeto que por propia mano ejecuta el hecho, es decir, quien realiza totalmente y por sí mismo el tipo penal. El autor prescinde de cualquier consideración subjetiva al actuar del individuo, sin perjuicio de que deberíamos suponer al menos un actuar doloso.

A su vez, Enrique Cury, propone el siguiente concepto de partícipe:

“Es partícipe en general, el que interviene dolosamente en un hecho ajeno sin concurrir a la ejecución de la conducta típica ni contar con el dominio de ella, realizando ciertos actos descritos en forma expresa por la ley y que de ordinario revisten carácter preparatorio o de colaboración ulterior a la consumación”⁶.

La ley distingue tres formas de participación en el hecho de otro: instigación, complicidad y encubrimiento, aún cuando, de acuerdo a lo que veremos a continuación, ello no necesariamente significará que nuestro código los castigue a dicho título, y que respecto de la doctrina mayoritaria, el encubrimiento no sea propiamente tal una forma de participación y se castigue como un delito independiente.

II. Autoría y participación en el Código Penal chileno

Recientemente la Excelentísima Corte Suprema⁷ se refirió al tema de la siguiente manera:

“Octavo: ... es menester recordar, como lo sostiene la opinión dominante de la doctrina nacional, que el artículo 15 del Código Penal, al contener tipos complementarios que abarcan situaciones en las cuales la conducta descrita es propiamente de participación, extiende la punibilidad propia del autor. Decisión consciente del legislador, claramente manifestada al utilizar en el encabe-

5 Yáñez, Sergio, “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”, Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, Valparaíso, Edeval, 1974.

6 Cury, Enrique “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, novena edición 2009, p. 622.

7 CS. Rit: 7475-2009, Rol N°7475 – 08, 16/06/2009.

zado de dicho precepto una fórmula por la cual se reconoce algo convencional o ficticio: “se consideran autores”. En consecuencia, a pesar que no todos los enumerados por la regla son verdaderos autores, los sentenciadores están obligados a emplearla, so pena de ignorar principios básicos del Derecho Penal, reconocidos por la Constitución Política de la República y plenamente vigentes en nuestro Estado de Derecho”.

Efectivamente, como lo declara el citado fallo de la Excelentísima Corte Suprema, la opinión mayoritaria de la doctrina nacional pareciera inclinarse por la interpretación que atribuye al legislador la voluntad de incluir en el artículo 15 del Código Penal conductas que exceden a la autoría, introduciendo derechamente algunas formas de participación.

Enrique Cury, partidario a nuestro juicio de esta interpretación, se refiere indirectamente al punto de la siguiente manera:

“En nuestro ordenamiento jurídico, por lo demás, esta característica se encuentra expresamente establecida para los cómplices y encubridores mediante las cláusulas de subsidiaridad contenidas en los artículos 16 y 17, inciso primero, del C.P. las cuales deben entenderse válidas también respecto de los instigadores a que se refiere el artículo 15, N°2, segunda parte, y de los cómplices tratados como autores en el N°3 de ese mismo artículo”⁸.

En este sentido, y siguiendo la misma interpretación, Politoff sistematiza el tratamiento de los partícipes en el Código Penal, de la siguiente manera:

“Conforme lo disponen los artículos 15, 16, 17 y 50 y siguientes, del C.P., debemos distinguir diversas clases de partícipes, atendida su penalidad:

- a) Partícipes castigados con pena de autor: son los casos del instigador (artículo 15, N°2) y de los cómplices del artículo 15, N°3. Su pena se determina como la del autor, según los artículos 50 y siguientes del C.P.
- b) Cómplices del artículo 16: A ellos les corresponde, conforme lo disponen los artículos 51 y siguientes del C.P., la pena inferior en un grado respecto a la señalada por la ley para el autor del delito, cuando éste está consumado; la inferior en dos grados, cuando está frustrado, y en tres grados, si sólo ha llegado al grado de tentativa.
- c) Encubridores de los N°1, 2 y 3 del artículo 17: A ellos les corresponde, conforme lo disponen los artículos 52 y siguientes C.P., la pena inferior en dos grados respecto a la señalada por la ley para el autor del delito, cuando éste está consumado; la inferior en tres grados, cuando está frustrado, y en cuatro grados, si sólo ha llegado al grado de tentativa.

8 Idem nota 6, pp. 622 y 623.

d) Encubridores del artículo 17 N°4: A ellos les corresponde, en todo caso, la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, conforme lo dispone en inciso 3° del artículo 52 del C.P.”⁹.

Esta posición dominante apoya parte de sus postulados, como lo recuerda el citado fallo de la Excelentísima Corte Suprema, en la expresión “se consideran autores” utilizada por el legislador en el encabezado de la norma, y que pareciera advertir abiertamente que ella incluirá conductas que no son propiamente de autoría.

Sin embargo, esta posición aparentemente unánime en nuestra doctrina, se vio relativizada cuando el Profesor Sergio Yáñez expuso en las Jornadas de Derecho Penal celebradas en Valparaíso, con ocasión del centenario de la publicación del Código Penal, su conocido trabajo titulado “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”.

Este trabajo nos parece particularmente interesante dado el objetivo de estas notas, por lo cual nos detendremos brevemente a analizar la posición sostenida por el autor.

Don Sergio Yáñez rompe bruscamente con esa “rara unanimidad”¹⁰, como la denomina en aquella histórica ponencia (la que según algunos autores como Cury, sería una de sus principales contribuciones al derecho penal chileno¹¹), planteando que nuestros autores se encuentran errados cuando sostienen que el legislador ha consagrado en el artículo 15 del Código Penal un “desorbitado ensanchamiento del concepto de autor”¹².

Al contrario, sostiene Yáñez, el legislador ha actuado respetando rigurosamente el principio del tipo, “inherente a un Estado de Derecho”, estableciendo en el artículo 15, “criterios decisivos para la determinación de los conceptos de autoría y participación”¹³.

Su planteamiento consiste fundamentalmente en que “para penar a quién realiza totalmente y por sí mismo el tipo penal, son suficientes las disposiciones de la Parte Especial que describen los tipos delictivos, ya que el 15, N°1, se refiere en realidad a aquellas en que interviene en el hecho delictivo más de una persona”¹⁴.

9 Idem nota 2, p. 439.

10 Idem nota 5, p. 165.

11 Jean Pierre Matus, “Sergio Yáñez, obra e influencia. La dogmática chilena actual”, Revista de derecho, Universidad Católica del Norte, año 14, N°1, 2007, p. 114.

12 Idem nota 5, p. 166.

13 Idem nota 5, p. 171.

14 Idem nota 5, p. 173.

“Es extraño, pero nuestra doctrina, en general, ha olvidado o pasado por alto algo tan esencial como es el que las dos situaciones que describe el artículo 15, número 1, se refieren a formas de tomar parte en la ejecución del hecho”¹⁵.

Para el autor, cuando el legislador habló en la norma de “tomar parte”, sólo podía pensar en hechos ejecutados por más de una persona. Dicho de otra forma, sólo se puede tomar parte en algo, cuando se está ejecutando un hecho junto a otro, u otros.

“Prescindir de este requisito objetivo, que es el tomar parte en la ejecución del hecho, es la razón fundamental por la cual nuestra doctrina y jurisprudencia han incluido en este número situaciones que, en realidad, sólo pueden ser abarcadas por el artículo 16, como casos de complicidad”¹⁶.

A partir de este presupuesto, el autor plantea que el artículo 15 N°1, que se refiere a los que “toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”, está distinguiendo entre aquellos que, en la ejecución conjunta de un hecho, ejecutan el núcleo de la acción típica y aquellos que realizan acciones típicas, pero que no quedan comprendidos entre los que actúan en forma inmediata y directa.

Yáñez afirma que el legislador está aludiendo en este numeral a aquellos delitos que constan de dos acciones, por ejemplo, los delitos “compuestos”.

“En la violación, un sujeto puede yacer con la víctima y otro ejecutar la violencia, sujetándola o golpeándola; en el robo con violencia o intimidación en las personas, uno puede apropiarse de la cosa mueble ajena y otro ejercer la violencia o intimidación”¹⁷.

Este sería el verdadero sentido e importancia de incluir en la segunda parte del artículo 15 N° 1 a los que impiden o procuran impedir la evitación del hecho típico.

Pero a su vez, y aquí está la razón que fundamenta la afirmación de Yáñez relativa a su visión restrictiva del concepto de autor utilizado por el legislador, sostiene que éste excluye de aquel numeral a todos los sujetos que no realizan o ejecutan actos para impedir o procurar impedir que el delito se realice, por ejemplo, dice Yáñez, “como sujetar la escala para que penetre otro por vía no destinada al efecto, para materializar el robo con fuerza en las cosas”¹⁸.

15 Idem nota 5, p. 171.

16 Idem nota 5, p. 171.

17 Idem nota 5, pp. 173 y 174.

18 Idem nota 5, p. 175.

Estos sujetos necesariamente caen en el artículo 16 del Código Penal¹⁹, norma residual respecto del artículo 15.

Esto le lleva a concluir que la visión del artículo 15, como una aplicación extensiva del legislador al concepto de autor, no es tal, y que se trata en realidad de distintas hipótesis de coautoría, donde se excluyen aquellos actos que no están dirigidos a impedir o procurar impedir que el hecho se realice.

El elemento esencial en este numeral es, para Yáñez, “el haber tomado parte en la ejecución del hecho”.

Respecto del N°2 del artículo 15 (“los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”), Yáñez afirma que si hay fuerza física directa sobre el cuerpo, hay autoría directa, y si hay realización del hecho, no de propia mano, sino mediante otra persona, hay autoría mediata²⁰.

Lo importante, según este autor, es consignar que ambas son situaciones de autoría.

Distinto es el caso de la segunda parte de este numeral, donde concuerda con la restante doctrina, en que se trata de un caso de participación, situación que en ningún caso es excepcional, puesto que la mayoría de las legislaciones comparadas, llegan a igual solución, esto es, castigar al instigador con pena de autor.

Para Yáñez, y pese a su visión radicalmente distinta a la doctrina casi unánime relativa a la utilización por el legislador de un concepto extensivo de autor en el artículo 15 del Código Penal, considera que el instigador aludido en el N°2 es una forma de participación que sustenta y da sentido a la frase utilizada por el legislador en el encabezado de la norma, a saber, “se considerarán autores”.

Concuerda, de esta forma, parcialmente con la doctrina que fundamenta su visión en dicha aseveración.

Respecto del numeral tercero del artículo en comento, Yáñez afirma: “a nuestro entender, la doctrina chilena está equivocada y ello se debe, en gran medida, a que no ha podido desprenderse del trasfondo doctrinal de la disposición española”²¹.

19 Artículo 16: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”, Código Penal.

20 Idem nota 5, p. 179.

21 La norma española establecía, erróneamente según Yáñez, “el que hubiere colaborado en la ejecución del hecho, con una acción sin la que el mismo no se hubiera realizado”.

“Se ha olvidado de destacar lo que en este número es lo esencial, *el concierto previo*, que es lo que imprime el carácter particular a esa forma de autoría, ya que une las diversas acciones parciales en un todo”²².

Tres son los elementos que Yáñez ve como elementos diferenciadores para determinar la inclusión de una determinada conducta en el numeral tercero del artículo 15°:

- Decisión común respecto del hecho,
- Concierto previo, y
- Realización común del hecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor concuerda con la mayoría de la doctrina en que “no sólo incluye la entrega de instrumentos materiales, sino también la manera o modo de comisión y, en general, los medios intelectuales. De esta forma, puede abarcar prácticamente la mayoría de las situaciones importantes que pueden presentarse aún, por ejemplo, la del jefe de la banda que maneja los hilos del hecho de manera meramente intelectual”²³.

Respecto de la segunda parte del numeral en comento (“*Los que, concertados para su ejecución, ... lo presencian sin tomar parte inmediata en el*”), el autor coincide con la comisión redactora del Código, la que estimaba que se aumenta la fuerza y poder de los ejecutores con la sola concurrencia, aunque no se tome parte directa en la ejecución, con lo cual se estaría frente a otra forma de coautoría y no de complicidad²⁴.

Continuar el análisis de esta interesante contribución del Profesor Yáñez excede las pretensiones del presente artículo, por lo cual, citaremos a continuación a Bullemore, quien resume este pensamiento de la siguiente manera:

“En síntesis:

1. Artículo 15 N°1: Se trata de autores directos (o materiales, ejecutores, etc.) y de un caso de coautoría²⁵.
2. Artículo 15 N°2: Se trata de autoría mediata (entendida como *vis compulsiva*; la fuerza irresistible, para nosotros sólo origina autoría directa). Respecto del caso del instigador, para la doctrina, casi unánime, es un partícipe que debe ser tratado como autor. En ese mismo sentido (...), para Vivian Bullemore, además de la autoría mediata cabe considerar en este numerando a la instigación. Sin embargo, para John MacKinnon, el artículo 15 N°2 trata únicamente de casos de autoría mediata al distinguir entre induc-

22 Idem nota 5, p. 176.

23 Idem nota 5, p. 178.

24 Idem nota 5, p. 179.

25 Para Yáñez, sólo son casos de coautoría.

tor directo (autor mediato, con dominio del hecho), y el denominado doctrinariamente, instigador, partícipe que debe ser reconducido al artículo 16.

3. Artículo 15 N°3: Se trata de la coautoría, en que cada uno cuenta de medios y el presenciar el hecho sin impedirlo, pudiendo”²⁶.

Hasta aquí las dos principales posiciones de nuestra doctrina en torno a la interpretación del artículo 15 del Código Penal, y que nos servirán de marco referencial para el análisis particular del tema en la Ley de Drogas, que desarrollamos a continuación.

III. Autoría y participación en la Ley de Drogas

A continuación examinaremos algunos puntos que han sido particularmente discutidos en la aplicación de algunas formas de autoría y participación a ciertas conductas asociadas al delito de tráfico ilícito de drogas, y otros delitos incluidos en la Ley de Drogas, citando la opinión de la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

Estas discusiones en todo caso se circunscriben -a nuestro juicio- a la pequeña área que existe entre un artículo 15 del Código Penal, poseedor -según la mayoría de la doctrina- de un amplio concepto de autor, y los no menos amplios tipos penales de la Ley de Drogas.

Utilizaremos para este análisis una figura que es reiteradamente abordada para ejemplificar los límites de una u otra postura de la doctrina frente al tema, cual es, la del sujeto que desde la distancia observa la acción de otros que ejecutan la acción delictuosa, con conocimiento de los mismos, más conocido como “loro” o “sapo”.

a. La doctrina

Don Enrique Cury afirma que “en nuestro medio, la situación del *loro* es muy discutida”, y lo define como el “integrante de la banda que se limita a permanecer en las proximidades del lugar del hecho, para avisar a sus compinches en el caso en que se aproxime la policía, guardias o cualquier otra persona que pueda sorprenderlos”²⁷.

Plantea que “es necesario distinguir atendiendo a la “funcionalidad” de la intervención de este concurrente: si se le ha confiado la vigilancia porque se estima probable una interrupción que desbarataría el plan, debe apreciarse coautoría; si en cambio, la posibilidad de aparición de terceros es remota, y sólo se lo ha apostado allí porque se trata de un novato al cual se desea ir fogueando sin exponerlo, se trata únicamente de un cómplice”²⁸.

26 Idem nota 4, p. 171.

27 Idem nota 6, p. 613.

28 Idem nota 6, p. 613.

En suma, según este autor, el “sapo” que presencia la acción de otros miembros de la organización, puede ser clasificado como autor, si se tratan de funciones de vigilancia para alertar sobre movimientos de terceros sospechosos que signifiquen una amenaza a las acciones de los restantes miembros de la banda; y como cómplice, si su acción está destinada a un fin de aprendizaje delictual.

Subyace, de alguna forma, su compromiso con la ejecución del hecho, el cual es mejor delimitado por Roxin, como veremos más adelante, respecto a la Teoría de la Organización.

Don Sergio Yáñez, en la ya varias veces citada ponencia, alude al caso desde una óptica distinta. El autor se refiere en los siguientes términos: “Tomemos el caso del vigilante, llamado *el loro* en nuestro medio. No realiza acciones típicas, ni acciones conectadas directa e inmediatamente con la acción típica (en el sentido de la concepción objetivo-material); por tanto, no realiza acciones ejecutivas y no toma parte en la ejecución del hecho. O sea, a pesar de que procura impedir que el delito se evite, no es abarcado por el artículo 15, número 1, ya que no toma parte en la ejecución del hecho, y su intervención es de mera complicidad”²⁹.

Ambas ópticas pueden resultar absolutamente atendibles, en lo que a otros delitos se refiere. Sin embargo, a nuestro juicio, la situación cambia radicalmente respecto de los delitos de la Ley de Drogas, y en especial respecto del delito de tráfico ilícito, establecido en el artículo 3°, y tráfico ilícito de pequeñas cantidades, del artículo 4°; y ello fundamentalmente por dos razones.

La primera, porque como ha sido reconocido ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, el tipo penal en cuestión cubre ampliamente esta situación. Basta, para ello, remitirnos a los verbos rectores de ambos artículos, a saber, a quienes “induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias”, tráfico en sentido amplio (artículo 3°, inciso primero), o a quienes “importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”, tráfico en sentido estricto (artículo 3°, inciso 2°); o en relación al tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, el que “posea, transporte, guarde o porte” (artículo 4°, inciso primero).

No es posible sostener, razonablemente, que el tipo penal consagrado en el artículo 3° de la Ley de Drogas, a saber, tráfico ilícito de drogas en sentido amplio, pueda excluir la conducta de quien vigila para dar cobertura a quienes delinquen traficando.

A esta primera e inmediata razón, se une aquella que entrega al delito de tráfico (incluimos en esta mención al tráfico en pequeñas cantidades, que desde nuestro punto de vista no constituye un delito distinto de aquél), el carácter de

29 Idem nota 5, p. 172.

delito de “emprendimiento”, es decir, un delito consistente en la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por el autor³⁰.

Esta participación indeterminada en la cadena de los distintos actos que puede involucrar el proceso de difusión ilícita de drogas para su consumo, desde la elaboración de la droga hasta la puesta a disposición del consumidor final, y que el legislador ha buscado tipificar en las distintas figuras de la Ley de Drogas, y en los diferentes verbos rectores que ellos integran en su tipo objetivo, pueden y son ejecutados por diversos individuos.

Es en esta cadena de individuos, y en especial en las funciones de seguridad, donde podemos constatar que esta función está absolutamente integrada a la realidad del tráfico de drogas, siendo innegable su importancia a partir de las múltiples “amenazas” que sufre el tránsito de la droga desde las áreas de producción –en su mayoría situadas en el extranjero– hasta la recepción por el consumidor.

Esta función es reforzada, y podríamos decir “institucionalizada”, por el marcado proceso de organización que hoy vive el tráfico ilícito de drogas.

Al respecto, en la anterior publicación de esta Revista, se incluyó un artículo relativo al tema, elaborado por quien suscribe, donde se caracteriza a las organizaciones vinculadas al tráfico urbano de drogas, de acuerdo al actual grado de desarrollo que estas han alcanzado³¹.

b. La jurisprudencia

El siguiente fallo³² nos permite conocer, a través de un voto de minoría, un interesante ejercicio sobre los requisitos, que a juicio de este autor, deberían permitir delinear esta difusa frontera. Sin embargo, y a fuerza de objetividad, citaremos en primer lugar el voto de mayoría, y luego el de minoría.

“UNDÉCIMO: (...) Por estas mismas consideraciones, no es posible acceder a la solicitud de las defensas de estos mismos enjuiciados en el sentido de estimar que la participación que a ellos les cupo fue en calidad de cómplices, dado que conforme se razono en su oportunidad, ambos enjuiciados acompañaron a A.C.I., desde Iquique a Calama, y en los momentos en que se montó el dispositivo policial en torno a la agencia de buses “Kenny Bus” de Calama, pudo observarse por los testigos de cargo que M.R.I., permaneció en el exterior del local y contrató un taxi donde se retirarían los tres enjuiciados con la caja contenedora de la droga, esto es, con su accionar cooperó en el traslado de la droga, en tanto que C.A.T. ingresó al local mencionado con el acusado A.C.I.,

30 Idem nota 2, p. 602.

31 Revista Jurídica del Ministerio Público N°39, junio de 2009.

32 TOP de Iquique, Rit N° 227-2006, Ruc: N°0600075798-3, 15/12/2006.

y lo acompañó durante toda la gestión de retiro de la encomienda, siendo detenidos en el mismo lugar, es decir, con su proceder, a lo menos presencié las gestiones para el traslado de la droga realizadas por A.C.I., estando concertado con éste para la perpetración del delito.

En definitiva, el tribunal da por establecido que los tres sujetos concurren al retiro de una encomienda contenedora de la droga, distribuyéndose distintas tareas en la ejecución del hecho.

Así, mientras A.C.I. retira la encomienda, C.A.T. lo acompañaba en todo momento, y M.R.I., permanece en el exterior procurando la contratación de un taxi para el transporte de los involucrados y la droga. El voto de mayoría pone énfasis en el conocimiento que poseían todos los imputados sobre los hechos, y la concertación que existía entre los mismos.

El voto de minoría que reproducimos a continuación cambia ésta óptica -aunque sin lograr construir una teoría del caso del todo convincente, a nuestro juicio, a la luz de los hechos- y aporta, como decíamos, algunos criterios de distinción entre autoría y participación en el delito que nos ocupa.

“DÉCIMO SÉPTIMO: Que, se previene que el juez Sr. Cosma estuvo por condenar a C.A.T. y M.R.I., como cómplices del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en los términos del artículo 16 del Código Penal, al haber participado en el hecho por actos anteriores o simultáneos. En efecto, si bien se logró establecer, como se indica en el considerando séptimo, que probablemente tuvieron conocimiento de la existencia del alcaloide contenido en la encomienda que fue retirada por A.C.I., no se pudo probar que estuvieran concertados con éste para la ejecución de dicho tráfico ilícito. De este modo, sólo pudo acreditarse que estaban actuando junto a éste, ya sea acompañándolo hasta el interior del local, en el caso del primero, o haciendo parar un taxi, el segundo, sin que esta cooperación haya sido decisiva para la consumación del hecho delictual, el que pudo perfeccionarse con absoluta prescindencia de sus respectivas intervenciones. Por otra parte, dichas actuaciones, consideradas en sí mismas, no son constitutivas de delito alguno, y no puede entenderse que las mismas tuvieran como objetivo final participar de la operación de transporte de droga, sino tan sólo colaborar con su verdadero autor de manera absolutamente tangencial. Finalmente, los acusados C.A.T. y M.R.I., jamás tuvieron el dominio de la acción, por cuanto la encomienda no habría podido ser retirada por ellos, ya que venía a nombre de A.C.I., de forma tal que sin la participación directa de éste, el delito nunca se habría concretado”.

El primer elemento que destaca el voto de minoría es la concertación; el segundo, que las actuaciones, consideradas en sí mismas, no son constitutivas de delito; y el tercero, relativo a que no poseyeron dominio de la acción.

Analizaremos por separado cada uno de estos criterios.

La concertación

Efectivamente, en general en la doctrina no hay discusión sobre que este elemento es decisivo para enmarcar o subsumir la conducta en el tercer numeral del artículo 15. Así lo reconoce el propio Sergio Yáñez, cuando se refiere a los distintos numerales del artículo 15 del Código Penal: “En realidad, subyacen en estas disposiciones concretas criterios decisivos para la determinación de los conceptos de autoría y participación. En el artículo 15, número 1, el elemento esencial es haber *tomado parte en la ejecución del hecho*; en el artículo 15, número 3, es el *concierto previo*, y en el artículo 16, la *mera cooperación*”³³. Por lo demás, ello es explícito en la norma, por lo tanto no ahondaremos en el punto.

Los hechos no son constitutivos de delito

Discrepamos absolutamente de esta posición, puesto que el propio artículo 3° de la Ley de Drogas, respecto del cual el voto de minoría procura la aplicación de la figura de complicidad, establece que quienes por cualquier medio faciliten el uso o consumo de tales sustancias, son autores de este delito.

Por lo demás, el voto de minoría mantiene una opinión zigzagueante sobre el numeral del artículo 15 del Código Penal, en el que subsume la conducta de los imputados C.A.T. y M.R.I. En un primer momento parece claro que se trata del numeral tercero, al aludir a la concertación, pero luego, exige la tipicidad de la conducta del coautor, hecho que más bien, como vimos en detalle en la primera parte de estas notas, es un aspecto exigible, por una parte de la doctrina, cuando estamos frente al numeral primero, segunda parte; y para la doctrina mayoritaria, ni siquiera exigible.

Entendemos, en todo caso, que la opinión de la doctrina al respecto no obliga a nuestro sentenciador, quien parece desarrollar una opción propia al respecto.

Los imputados C.A.T. y M.R.I. no habrían poseído el dominio de la acción

No entraremos en la valoración de los hechos, porque no es nuestra preocupación, sino más bien, en la consideración de dicho elemento como criterio diferenciador entre autoría y participación.

La aceptación del dominio de la acción, como criterio diferenciador en la materia que nos ocupa, es ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, postura que plantea, en pocas palabras, que frente a la intervención de varios sujetos en un hecho, quienes no poseen dominio sobre él, serán partícipes.

Olvida el sentenciador que estamos frente a una forma de participación que no exige dominio del hecho, sino simplemente el haber facilitado los medios con

33 Idem nota 5, p. 171.

que se lleva a efecto, y la facilitación del taxi por parte de M.R.I. como medio de transporte de la droga, es un hecho que el propio tribunal da por probado y que ni el voto de minoría objeta.

Algo parecido sucede con C.A.T., que se enmarca en la hipótesis del numeral primero del artículo 15, a través de impedir o procurar impedir que se evite el hecho, como es lógico suponer en quien acompaña al autor en todo momento mientras retira la carga de droga, hasta el momento de ser detenidos, hecho que tampoco es controvertido por el voto de minoría.

Es importante al respecto citar a Politoff, el que si bien concuerda con la aplicación de la teoría del dominio del hecho que propone el voto de minoría, establece la salvedad de que ella no puede responder a la división del trabajo, elemento que es claramente deducible de los hechos descritos y aceptados por el tribunal.

Esta forma que puede adoptar el dominio del hecho, referente a lo que es denominado por los autores como “dominio funcional del hecho”, es definido por Bullemore como aquel que se basa “en la división del trabajo y que se fundamenta en las funciones compartidas para la consumación de un ilícito”³⁴.

IV. Conclusiones

Hemos realizado, así, una revisión de las principales ópticas que hoy, desde la doctrina, tratan de establecer criterios diferenciadores respecto de autoría y participación.

Partimos desde las dos principales posturas que la doctrina nacional posee frente al tema, y luego a través de un caso práctico, y extremadamente ejemplificador, analizamos la aplicación que la jurisprudencia hace de dichos criterios en la Ley de Drogas.

Quisiera concluir diciendo que el desarrollo criminal del tráfico ilícito de drogas en el país es un tema que tensiona las diferentes ópticas, a partir de la creciente complejidad que hoy presenta, y que redundo, por ejemplo, en una compartimentación de funciones cada vez más habitual, la que impone a nuestra doctrina y jurisprudencia una dificultad adicional en la delimitación de la difusa frontera entre autoría y participación en los delitos de la Ley de Drogas, desafío que, afortunadamente, está siendo adecuadamente resuelto, aunque de manera gradual³⁵.

34 Idem nota 4, p. 162.

35 Un caso más extremo, y ya tratado por quien suscribe en artículos anteriores, es aquel que condenó por tráfico ilícito de drogas (artículo 3°, en sentido amplio, Ley de Drogas) a un sujeto que ejercía labores de vigilancia en la población La Victoria, y que fue materia del fallo del 6° TOP de San Miguel, Santiago, RUC 0700023109-0, 29/09/2007.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES

ACUERDO DE ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES DEL MERCOSUR DE 2009

Eduardo Picand Albónico¹

1.- Antecedentes

El 18 de febrero de 2002, la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay, la República Oriental del Uruguay –todos Estados Partes del Mercado Común del Sur [MERCOSUR]–, la República de Bolivia y la República de Chile, suscribieron el “Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales” –en adelante “El Acuerdo”–, al cual posteriormente se adhirió además, la República del Ecuador, con fecha 30 de junio de 2008.

El referido Acuerdo fue aprobado por el Congreso Nacional de Chile, a través del Oficio N°7.713, de 30 de septiembre de 2008; los instrumentos de ratificación fueron depositados por las Repúblicas de Chile, Argentina, Ecuador y Paraguay, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 del Acuerdo, entrando en vigor internacional el 8 de febrero de 2009. En el orden interno, el Texto fue promulgado a través de DS N°78, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de 7 de mayo de 2009, y publicado en el Diario Oficial el 17 de octubre del mismo año.

2.- Estados a los cuales vincula actualmente el Acuerdo

Por ahora, el presente tratado internacional regula la asistencia jurídica en materia penal entre las autoridades de las Repúblicas de Chile, Argentina, Ecuador y Paraguay.

3.- Relación de este Acuerdo con otros tratados bilaterales y multilaterales ratificados por los Estados Parte

El artículo 29 del Acuerdo de MERCOSUR dispone que “El presente Acuerdo no restringirá la aplicación de las Convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados Partes en tanto fueran más favorables para la cooperación”. En consecuencia, debemos entender que el texto convencional que estamos analizando no hace otra cosa que

1 Abogado de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

complementar los siguientes textos internacionales vigentes actualmente entre las partes:

a) Argentina:

- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita en Nassau, el 23 de mayo de 1992, y su Protocolo Facultativo, suscrito en Managua, el 11 de junio de 1993, publicados en el Diario Oficial el 8 de julio de 2004;
- Convenio bilateral relativo a la tramitación de exhortos judiciales, suscrito el 2 de junio de 1935.

b) Paraguay:

- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita en Nassau, el 23 de mayo de 1992, y su Protocolo Facultativo, suscrito en Managua, el 11 de junio de 1993, publicados en el Diario Oficial el 8 de julio de 2004;

c) Ecuador:

- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita en Nassau, el 23 de mayo de 1992, y su Protocolo Facultativo, suscrito en Managua, el 11 de junio de 1993, publicados en el Diario Oficial el 8 de julio de 2004;

Si alguna de las disposiciones de estos tratados internacionales entrara en conflicto con alguna norma del Acuerdo del MERCOSUR de 2009, deberá preferirse la aplicación de aquella norma que permita la cooperación y asistencia entre los Estados Parte, sin importar la fecha de ratificación del tratado o el carácter especial de la norma.

4.- **Ámbito de aplicación**

El artículo 1° del Acuerdo dispone que el objeto o finalidad del mismo es que las *autoridades competentes* de los Estados Partes puedan prestarse “asistencia jurídica mutua” en la investigación de los delitos, y “cooperación” en los procesos penales. Esto quiere decir que sólo las “*autoridades*” pueden utilizarlo, de modo tal que los particulares no tendrán derecho alguno para oponerse al cumplimiento de la solicitud, y menos aún para obtener, suprimir o excluir pruebas. Para estos efectos, el Acuerdo considera como autoridades a los encargados de “juzgar” (jueces), e “investigar” (Ministerio Público). Ninguna otra autoridad de los Estados puede formular requerimientos internacionales basados en este Acuerdo.

Referido también al ámbito de aplicación del Acuerdo, surge la pregunta de si *¿es necesaria la doble incriminación para utilizar este Convenio?*. A nuestro juicio la respuesta es negativa, pues bastaría con que los hechos sean constitutivos de delito conforme la legislación del Estado requirente. En consecuencia, los fiscales del Ministerio Público de Chile y jueces de la República, pueden solicitar asistencia mutua en sus investigaciones y cooperación en los procesos penales, respectivamente, cuando los hechos que investiguen en Chile sean constitutivos de delito, siendo indiferente que los mismos no sean constitutivos de delito conforme la legislación del Estado requerido.

5.- Diligencias que pueden solicitarse

Las autoridades pueden solicitar la realización de cualquier diligencia que tenga por objeto prestar la cooperación mutua en materia penal, la cual deberá llevarse a cabo, siempre que no sea contraria a la legislación del Estado requerido. En particular, y a título meramente enunciativo, los fiscales del Ministerio Público, en el desarrollo de sus investigaciones, podrían solicitar, entre otras, las siguientes diligencias:

- notificación de actos procesales;
- recepción y producción de pruebas, tales como testimonios o declaraciones², realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares;
- localización o identificación de personas;

2 El artículo 17 del Acuerdo dispone que “1.- *Toda persona que se encuentre en el Estado requerido y a la que se solicita prestar testimonio, aportar documentos, antecedentes o elementos de prueba en virtud del presente Acuerdo, deberá comparecer, de conformidad con las leyes del Estado requerido, ante la autoridad competente.* 2.- *El Estado requerido informará con suficiente antelación el lugar y la fecha en que se recibirá la declaración del testigo o los mencionados documentos, antecedentes o elementos de prueba. Cuando sea necesario, las autoridades competentes se consultarán, por intermedio de las Autoridades Centrales, a efectos de fijar una fecha conveniente para las autoridades requirente y requerida.* 3.- *El Estado requerido autorizará la presencia de las autoridades indicadas en la solicitud durante el cumplimiento de las diligencias de cooperación, y les permitirá formular preguntas si ello estuviera autorizado por las leyes del Estado requerido y de conformidad con dichas leyes. La audiencia tendrá lugar según los procedimientos establecidos por las leyes del Estado requerido.* 4.- *Si la persona a que se hace referencia en el párrafo 1 alega inmunidad, privilegio o incapacidad según las leyes del Estado requerido, esta alegación será resuelta por la autoridad competente del Estado requerido con anterioridad al cumplimiento de la solicitud y comunicada al Estado requirente por intermedio de la Autoridad Central. Si la persona a que se hace referencia en el párrafo 1 alega inmunidad, privilegio o incapacidad según las leyes del Estado requirente, la alegación será informada por intermedio de las respectivas Autoridades Centrales, a fin de que las autoridades competentes del Estado requirente resuelvan al respecto.* 5.- *Los documentos, antecedentes y elementos de prueba entregados por el testigo u obtenidos como resultado de su declaración o en ocasión de la misma, serán enviados al Estado requirente junto con la declaración”.*

- entrega de objetos y documentos³;
- notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el Estado requirente⁴;
- traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente⁵ con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme al presente Acuerdo;
- medidas cautelares sobre bienes⁶;
- cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes;
- Traslado de imputados para ser enjuiciados en territorio del Estado requirente⁷;

3 El artículo 23 del Acuerdo dispone que “1.- La autoridad competente diligenciará la solicitud de cooperación en lo referente a inspecciones y a la entrega de cualesquiera objetos, comprendidos entre otros, documentos o antecedentes, si ésta contiene la información que justifique la medida propuesta. Dichas medida se someterá a la ley procesal y sustantiva del Estado requerido, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 15, literal b) y artículo 22, párrafo 3. 2.- Los Estados Partes se prestarán asistencia, de conformidad con sus respectivas leyes, en los procedimientos referentes a medidas asegurativas, indemnización a las víctimas de delitos y cobro de multas impuestas por sentencia judicial”.

4 El artículo 18 del Acuerdo dispone que “1.- Cuando el Estado requirente solicite la comparecencia de una persona en su territorio para prestar testimonio o rendir informe, el Estado requerido invitará al testigo o perito a comparecer ante la autoridad competente del Estado requirente. 2.- La autoridad competente del Estado requerido registrará por escrito el consentimiento de la persona cuya comparecencia se solicita en el Estado requirente e informará con prontitud a la Autoridad Central del Estado requirente de dicha respuesta. 3.- Al solicitar la comparecencia, la autoridad competente del Estado requirente indicará los gastos de traslado y de estadía a su cargo”.

5 En todo caso, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 1° N°5 del Acuerdo: “El presente Acuerdo no faculta a las autoridades o a los particulares del Estado requirente a emprender en el territorio del Estado requerido funciones que conforme a sus leyes internas están reservadas a sus Autoridades...”.

6 El artículo 22 dispone que “1.- La autoridad competente del Estado requerido diligenciará la solicitud de cooperación cautelar, si ésta contiene información suficiente que justifique la procedencia de la medida solicitada. Dicha medida se someterá a la ley procesal y sustantiva del Estado requerido. 2.- Cuando un Estado Parte tenga conocimiento de la existencia de los instrumentos, del objeto o de los frutos del delito en el territorio de otro Estado Parte que puedan ser objeto de medidas cautelares según las leyes de ese Estado, informará a la Autoridad Central de dicho Estado. Esta remitirá la información recibida a sus autoridades competentes a efectos de determinar la adopción de las medidas que correspondan. Dichas autoridades actuarán de conformidad con las leyes de su país y comunicará al otro Estado Parte, por intermedio de las Autoridades Centrales, las medidas adoptadas. 3.- El Estado requerido resolverá, según su ley, cualquier solicitud relativa a la protección de los derechos de terceros sobre los objetos que sean materia de las medidas previstas en el párrafo anterior”.

7 El artículo 19 del Acuerdo dispone que “1.- La persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requerido, cuya comparecencia en el Estado requirente sea necesaria en virtud de la asistencia prevista en el presente Acuerdo, será trasladada con ese fin al Estado requirente, siempre que esa persona y el Estado requerido consientan dicho traslado. 2.- La persona sujeta a un

- entrega de documentos y otros elementos de prueba;
- incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar⁸;
- aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas; etc.

Otras preguntas relevantes relativas a estos requerimientos son por ejemplo:

¿Cómo se llevan a cabo o se cumplen estos requerimientos?

El cumplimiento de cualquier solicitud de asistencia internacional debe cumplir siempre con un principio básico que gobierna la cooperación penal internacional: los requerimientos internacionales en materia penal se cumplen exclusivamente conforme a la ley del Estado requerido, sin perjuicio de las indicaciones formales o de procedimiento que pueda sugerirle el Estado requirente. En consecuencia, cuando sean las autoridades extranjeras [hasta ahora Argentina, Ecuador o Paraguay] las que soliciten a Chile su asistencia en virtud de este Convenio, las mismas deberán llevarse a cabo por nuestras autoridades respetando la ley chilena, de modo tal que cada vez que el cumplimiento del requerimiento internacional prive, restrinja o perturbe al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, el encargado

procedimiento penal en el Estado requirente de la asistencia y cuya comparecencia en el Estado requerido sea necesaria, será trasladada al Estado requerido, siempre que lo consienta esa persona y ambos Estados estén de acuerdo. 3.- Cuando un Estado Parte solicite a otro, conforme al presente Acuerdo, el traslado de una persona de su nacionalidad y su Constitución impida la entrega a cualquier título de sus nacionales, deberá informar el contenido de dichas disposiciones al otro Estado Parte, que decidirá acerca de la conveniencia de lo solicitado. 4.- A los efectos del presente artículo:

- a) el Estado receptor deberá mantener a la persona trasladada bajo custodia, a menos que el Estado remitente indique lo contrario;*
 - b) el Estado receptor devolverá la persona trasladada al Estado remitente tan pronto como las circunstancias lo permitan y con sujeción a lo acordado entre las autoridades competentes de ambos Estados, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior;*
 - c) respecto a la devolución de la persona trasladada, no será necesario que el Estado remitente promueva un procedimiento de extradición;*
 - d) el tiempo transcurrido bajo custodia en el Estado receptor, será computado a los efectos del cumplimiento de la sentencia que se le impusiere;*
 - e) la permanencia de esa persona en el Estado receptor no podrá exceder de noventa (90) días, a menos que la persona y ambos Estados consientan en prorrogarlo;*
 - f) en caso de fuga en el Estado receptor de la persona trasladada que esté sujeta a una medida restrictiva de libertad en el Estado remitente, éste podrá solicitar al Estado receptor el inicio de un procedimiento penal a fin del esclarecimiento del hecho así como su información periódica”.*
- 8 El artículo 24 del Acuerdo dispone que “El Estado Parte que tenga bajo su custodia los instrumentos, el objeto o los frutos del delito, dispondrá de los mismos de conformidad con lo establecido en su ley interna. En la medida que lo permitan sus leyes y en los términos que se consideren adecuados, dicho Estado Parte podrá transferir al otro los bienes decomisados o el producto de su venta”.

de su diligenciamiento deberá obtener previamente la respectiva autorización judicial.

¿Puede suspenderse el cumplimiento de un requerimiento internacional si esto interfiere en un proceso penal que se tramita en el Estado requerido?

En estos casos, las autoridades del Estado requerido pueden “*aplazar*” el cumplimiento del requerimiento [en caso alguno denegar], o “*sujetar su cumplimiento a ciertas condiciones*”, las cuales serán informadas al Estado requirente a través de la Autoridad Central respectiva.

6.- Elaboración de un requerimiento de asistencia internacional. Menciones mínimas

La solicitud de asistencia penal internacional sólo puede formularse por escrito, debidamente firmada y traducida -si fuere necesario- por la autoridad requirente, sin perjuicio que pueda ser adelantada por cualquier medio de comunicación idóneo (télex, correo electrónico, fax, etc.).

La solicitud debe contener las siguientes indicaciones mínimas:

- identificación de la autoridad competente requirente;
- descripción del asunto y naturaleza del procedimiento judicial, incluyendo los delitos a que se refiere;
- descripción de las medidas de asistencia solicitadas;
- los motivos por los cuales se solicitan dichas medidas;
- el texto de las normas penales aplicables; y
- la identidad de las personas sujetas a procedimiento judicial, cuando se las conozca.

Además, cuando fuere necesario y en la medida de lo posible, la solicitud deberá incluir la información sobre la identidad y domicilio de las personas cuyo testimonio se desea obtener; información sobre la identidad y domicilio de las personas a ser notificadas y la relación de dichas personas con los procedimientos; información sobre la identidad y paradero de las personas a ser localizadas; descripción exacta del lugar a inspeccionar, identificación de la persona que ha de someterse a examen y de los bienes que hayan de ser cautelados; el texto del interrogatorio a ser formulado para la recepción de la prueba testimonial en el Estado requerido, así como, en su caso, la descripción de la forma en que ha de recibirse y registrarse cualquier testimonio o declaración; descripción de las formas y procedimientos especiales con que ha de cumplirse la solicitud, si así fueren requeridos; información sobre el pago de los gastos que se asignarán a la persona cuya presencia se solicite al Estado requerido; cualquier otra información que pueda ser de utilidad al Estado requerido a los

efectos de facilitar el cumplimiento de la solicitud; cuando fuere necesario, la indicación de la autoridad del Estado requirente que participará en el diligenciamiento en el Estado requerido.

7.- Recepción y envío de un requerimiento de asistencia internacional. Confidencialidad en su tramitación

La recepción y el envío de los requerimientos de asistencia internacional en materia penal deberán llevarse a cabo a través de las “Autoridades Centrales” que haya nombrado cada Estado, las cuales podrán comunicarse directamente entre ellas. En el caso de Chile, tal función la cumple el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien debe transmitir al Ministerio Público de Chile los requerimientos de asistencia internacional que reciba desde el extranjero, y enviar a la Autoridad Central extranjera, los requerimientos de asistencia internacional que formulen los jueces y fiscales chilenos.

A petición del Estado requirente, se mantendrá el carácter confidencial de la solicitud y de su tramitación. Si la solicitud no puede cumplirse sin infringir ese carácter confidencial, el Estado requerido informará de ello al Estado requirente, que decidirá si insiste en la solicitud.

8.- Causales para rechazar el cumplimiento de un requerimiento de asistencia internacional

El Estado Parte requerido podrá denegar la asistencia cuando:

- a) la solicitud se refiera a un delito tipificado como tal en la legislación militar pero no en su legislación penal ordinaria;
- b) la solicitud se refiera a un delito que el Estado requerido considerare como político o como delito común conexo con un delito político o perseguido con una finalidad política;
- c) la solicitud se refiera a un delito tributario;
- d) la persona en relación a la cual se solicita la medida ha sido absuelta o ha cumplido condena en el Estado requerido por el mismo delito mencionado en la solicitud. Sin embargo, esta disposición no podrá ser invocada para negar asistencia en relación a otras personas; o
- e) el cumplimiento de la solicitud sea contrario a la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido.

Si el Estado requerido deniega la asistencia, deberá informar al Estado requirente, por intermedio de la Autoridad Central, las razones en que se funda la denegatoria.

9.- ¿Puedo utilizar la información proporcionada para otros procesos penales? ¿Puedo solicitar que la información proporcionada se mantenga en reserva?

Salvo consentimiento previo del Estado requerido, el Estado requirente solamente podrá emplear la información o la prueba obtenida en virtud del presente Acuerdo en la investigación o el procedimiento indicado en la solicitud.

La autoridad competente del Estado requerido podrá solicitar que la información o la prueba obtenida en virtud del presente Acuerdo tengan carácter *confidencial*, de conformidad con las condiciones que especificará. Si no pudiere aceptarlas, lo comunicará al requerido, que decidirá sobre la prestación de la cooperación.

10.- ¿Quién paga los gastos?

El Estado requerido tomará a su cargo los gastos de diligenciamiento de la solicitud. El Estado requirente pagará los gastos y honorarios correspondientes a los informes periciales, traducciones y transcripciones, gastos extraordinarios que provengan del empleo de formas o procedimientos especiales y los costos del viaje de las personas cuyo traslado se requiera.

11.- Exención de la legalización de documentos

Los documentos emanados de autoridades o del Ministerio Público de un Estado Parte, cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte, que sean tramitados por intermedio de las Autoridades Centrales, quedan exceptuados de toda legalización u otra formalidad análoga.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Eduardo Picand Albónico¹

I.- Introducción

El profesor Enrique Navarro Beltrán, al referirse a las reformas introducidas a la Constitución Política, a través de la Ley N°20.050, publicada en el DO el 26 de agosto de 2005, concluye sin titubeos que “...la Constitución de 1980 es sin duda la carta fundamental más modificada en la historia chilena...”.² No podemos sino compartir esta afirmación si tenemos en consideración que se han introducido más de 120 modificaciones a la Constitución de 1980 a través de las sucesivas reformas de 1988, 1990 y 2005, las que superan, por lejos, las modestas alteraciones sufridas por su predecesoras de 1833 y 1925.

La reforma del año 2005 fue tan profunda que muchos han dicho que nos encontramos ante un nuevo texto constitucional. Aunque no compartimos dicha opinión, pues la Carta Fundamental de un Estado sólo puede ser fruto de la acción deliberativa de una Asamblea Constituyente [Poder Originario] o de un plebiscito, no es posible tampoco soslayar el hecho que se modificaron prácticamente todos los capítulos del texto constitucional, salvo los relativos al “Banco Central” [Capítulo XIII] y a la “Justicia electoral” [Capítulo IX].

Así, por ejemplo, se precisa el “principio de igualdad ante la justicia” ante la exigencia que el tribunal debe estar establecido con anterioridad a los hechos; se modifica el recurso de protección; se reconocen constitucionalmente los principios de publicidad y probidad de los órganos del Estado; se eliminan los “senadores designados”; se reduce el mandato del Presidente de la República a cuatro años; se elimina el requisito de “residencia” de los senadores; se rebaja la edad para acceder a los cargos de Presidente de la República y senadores a 35 años; se modifican sustancialmente las atribuciones del Tribunal Constitucional; entre otras. Como podrá advertirse, todas las modificaciones introducidas a la Constitución por la Ley N°20.050, sin excepción, son de gran relevancia para la vida política y jurídica de nuestro país. Dentro de ellas, aparecen como especialmente relevantes para el Derecho Internacional aquéllas relativas a la nueva fisonomía orgánica y funcional que se le ha dado al Tribunal Constitucional, fundamentalmente en lo relativo al *control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, transformándolo hoy en el único órgano del Estado

1 Abogado de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 NAVARRO BELTRÁN, Enrique: “Reformas constitucionales 2005. Un año después”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Tomo I, 2007, p. 17.

con atribuciones en esta materia, atribuciones que recientemente han sido conformadas a través de la Ley N°20.381, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 2009.

La materia que trataré en las líneas siguientes es fundamental, no sólo pues el control preventivo de constitucionalidad de un tratado internacional es la herramienta más efectiva para resguardar la “supremacía constitucional”, sino también pues protege al propio tratado internacional de no ser impugnado en el futuro por nuestras autoridades, lo cual es inaceptable para el Derecho Internacional ya que implicaría, ante los ojos de la Comunidad Internacional, que Chile no cumple los Acuerdos que celebra válidamente y ante los cuales se obliga.

II.- El “monopolio” del Tribunal Constitucional en el control de la constitucionalidad. Supresión de las facultades de la Excma. Corte Suprema

Desde la Constitución Política de 1925³, y hasta la reforma constitucional de 2005, conocidas eran las facultades que detentaba la Excma. Corte Suprema de Justicia en el control de constitucionalidad de los preceptos legales⁴; podía, a través del “recurso de inaplicabilidad”, revisar *a posteriori* [control represivo] la constitucionalidad material de los preceptos legales. Esta facultad podía ejercerla de tres maneras: de oficio; a través de una petición de parte ante la Corte Suprema; y a través de un recurso interpuesto ante otro tribunal en cualquier gestión del procedimiento.

El Tribunal Constitucional, por su parte, y desde su creación en 1970⁵, se hizo cargo de la revisión de constitucionalidad *a priori* [control preventivo] de las

3 La Constitución de 1833 entregaba esta facultad exclusivamente en el Congreso Nacional. El artículo 164 disponía que “sólo el Congreso, conforme a los artículos 40 (31) y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”. La Constitución de 1925, fuertemente influenciada por la práctica norteamericana, permitió que la Corte Suprema de Justicia participara activamente en el control de constitucionalidad de las leyes. Así, se redactó el artículo 86 de la Constitución en los siguientes términos: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

4 Artículo 80 de la Constitución Política de Chile [no reformada], disponía que “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias que conozca, o que le fueran sometidas en recurso interpuesto en cualquiera gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

5 El Tribunal Constitucional de Chile fue creado a través de la ley N°17.284, de 23 de enero de 1970. Ejerció sus atribuciones hasta el 10 de noviembre de 1973, fecha en la cual la Junta Militar, a través del Decreto Ley N°119, de igual fecha, lo declaró disuelto.

leyes y de los tratados internacionales, tanto en su aspecto formal como material.

Pues bien, la Reforma constitucional de 2005, quitó a la Excma. Corte Suprema estas facultades, radicando de manera exclusiva el control de constitucionalidad –*a priori* y *a posteriori*– en un único órgano del Estado: el Tribunal Constitucional.

III.- El “control preventivo” de constitucionalidad de los tratados internacionales después de 2005

La reforma constitucional de 2005, estableció un doble control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales: en primer lugar, un control “*obligatorio*”, que debe llevarse a cabo necesariamente respecto de todos los tratados internacionales que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional⁶; en segundo lugar, un control “*facultativo*”, que puede ejercer el Tribunal Constitucional respecto de cualquier tratado internacional que verse sobre “*otras materias*”, cuando el Presidente de la República, alguna de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, durante el proceso de aprobación del tratado, le formulen un requerimiento para el examen de constitucionalidad del mismo.

En efecto, el nuevo artículo 93 de la Constitución Política, y 25 C N°1° y 3° de la Ley N°20.381, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dispone que son atribuciones del Tribunal Constitucional [particularmente del Pleno]: **N°1:** “*Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación*” [**control preventivo obligatorio**]. **N°3:** “*Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*” [**control preventivo facultativo**].

En conclusión, el actual texto de la Constitución Política de 1980, no contempla un control de constitucionalidad obligatorio para todos los tratados internacionales. Sólo será obligatorio revisar su constitucionalidad cuando el mismo trate alguna de las materias que requieren quórum de 4/7 de los dipu-

6 Aún cuando ahora el texto de la Constitución es expreso, con anterioridad a la reforma de 2005, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya había recogido este criterio. Así, en la STC, Rol N°309, de 04 de agosto de 2000, al pronunciarse sobre el Convenio N°169 de la OIT sobre “*Prueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”. Lo mismo ocurrió en la STC, Rol N°553-2006, de 30 de agosto de 2006, referido al control de constitucionalidad obligatorio de un tratado internacional que versaba sobre materias del Banco Central de Chile.

tados y senadores en ejercicio, conforme lo dispuesto en los artículos 54 N°1° y 66 de la Constitución.

IV.- ¿Es posible efectuar un “control represivo” de constitucionalidad de los tratados internacionales después de la Reforma de 2005?

Con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, el artículo 80 de la Constitución disponía que “*La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueran sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución...*”. Desde 1925 y hasta el año 2005, muy poco se discutía sobre el alcance que debía dársele a la norma en comento; así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia chilena admitieron sin problema el “control de constitucionalidad represivo” de los tratados internacionales por parte de la Corte Suprema, la que podía, a través del “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, declarar inaplicable la norma de un tratado internacional que fuere considerado contrario a la Constitución. La doctrina y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, fueron relativamente uniformes al pronunciarse sobre el sentido y alcance que debía dársele a la expresión “*precepto legal*” utilizado por el artículo 80 de la Constitución, considerando que ella era aplicable a cualquier fuente del Derecho que tuviera “*fuera de ley*”, con independencia de la *forma* o *caparazón* a través de la cual se exteriorizara. Así las cosas, el término “*precepto legal*” comprendía no sólo las leyes en sus diferentes modalidades y quórum, sino también los “decretos leyes”, los “Decretos con Fuerza de Ley” y los “tratados internacionales”⁷. Incluso, algunos profesores de Derecho Internacional Privado, consideraron que dentro de la expresión “*precepto legal*” cabía comprender también la “*ley extranjera*”, pues la ley no distinguía, y en donde el legislador no lo hacía, no era lícito al intérprete distinguir. Esta opinión, aunque mayoritaria, fue poco a poco contrarrestada con importantes fallos del Tribunal Constitucional que reconocieron expresamente que “la ley” y el “tratado internacional” eran fuentes del Derecho distintas⁸.

A.- Opinión del Tribunal Constitucional, a propósito de la STC, [Rol N°1.288-2008], de 25.08.2009. Declara la procedencia y legalidad del control represivo de los tratados internacionales

No obstante lo señalado en el apartado anterior, algunos Ministros del Tribunal Constitucional han estimado la procedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales en la Constitución Política, y sus plenas atribuciones para declararlo inaplicable e inconstitucional. En efecto, el

7 Véase STC, Rol N°346, de 6 de abril de 2002.

8 Véase: STC, Rol 288, de 24 de junio de 1999. STC, Rol N°309, de 4 de agosto de 2000.

25 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional, en autos Rol N° 1.288-2008, declaró la inconstitucionalidad de una norma del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional que modificaba su Ley Orgánica Constitucional N° 17.997, y que le impedía decretar la inaplicabilidad de los tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes.

El texto del fallo es el siguiente:

“V. Normas del proyecto de ley que son inconstitucionales.

3°. Procedencia de la acción de inaplicabilidad respecto de tratados internacionales.

TRIGESIMOQUINTO.- Que el artículo 47 B que el artículo único, N° 57, del proyecto introduce al Párrafo 6° del Título II del Capítulo II de la Ley N° 17.997, cuyo epígrafe es “Cuestiones de Inaplicabilidad”, establece que “de conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”; TRIGESIMOSEXTO.- Que, a su vez, el artículo 47 G, que el artículo único, N° 57, del proyecto incorpora al mismo párrafo, señala en su inciso primero, N° 4°, que procederá declarar la inadmisibilidad “cuando se promueva (la cuestión) respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”; TRIGESIMOSEPTIMO.- Que el artículo 93, inciso primero, de la Constitución Política, establece como atribución del Tribunal Constitucional, en su número seis, “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”; TRIGESIMOCTAVO.- Que esta atribución, además, debe ser ejercida cumpliendo con los requisitos que se indican en 41 el inciso decimoprimer del mismo artículo 93 de la Constitución, que indica que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley...”; TRIGESIMONOVENO.- Que, por su parte, conforme a lo establecido en el artículo 92, inciso final, de la Constitución, agregado por la reforma constitucional de 2005, respecto del Tribunal Constitucional: “Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”; CUADRAGESIMO.- Que esta ley orgánica constitucional, cuyo proyecto de modificación es materia de control de constitucionalidad en la presente sentencia (en conformidad a lo establecido en el artículo 93, N° 1°, de la Constitución), no puede -desde luego- restringir o limitar las facultades de esta Magistratura más allá de lo que establece la Constitución, pues ello obligaría a declarar la inconstitucionalidad de toda norma que, bajo pretexto de regular el “funcionamiento” o los “procedimientos” del Tribunal, viniera a cercenar sus funciones atribuidas por la Carta Suprema; CUADRAGESIMOPRIMERO.- Que respecto de los tratados internacionales,

luego de la reforma constitucional aludida, esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. Primero, un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución). Segundo, un control *ex post* y concreto –facultativo– de constitucionalidad de una norma de un tratado que, en cuanto “precepto legal”, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”, esto es, el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, arriba transcrito. De este modo, tal como lo ha sostenido el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, “la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna” (Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, pág. 7); CUADRAGESIMOSEGUNDO.- Que si en el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de un tratado, el Tribunal estimare la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones, ella no podrá formar parte de aquel que finalmente ratifique el Presidente de la República. En cambio, en el caso de la declaración de inaplicabilidad de una norma de un tratado ya promulgado y vigente, dicha declaración sólo producirá un efecto particular en el orden interno y para el caso concreto que constituye la gestión pendiente en que la norma no se podrá aplicar, sin que se altere de este modo la generalidad de la disposición del tratado ni su vigencia desde el punto de vista del derecho internacional, cuestión que conforme se verá, según se desarrolla en esta sentencia, es de la máxima importancia; CUADRAGESIMOTERCERO.- Que, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N° 1 del artículo 54 de la Constitución (“...se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”) que aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (Rol N° 288), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental; CUADRAGESIMOCUARTO.- Que así, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 346, esta Magistratura dejó claramente establecido que la Carta Fundamental “autoriza el control de constitucionalidad de determinados preceptos legales, entre los que deben considerarse los tratados internacionales”; CUADRAGESIMOQUINTO.- Que en dicho fallo se cita la doctrina del profesor Alejandro Silva Bascuñán, para quien los tratados revisten “una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, pág. 124); CUADRAGESIMOSEXTO.- Que, como se verá, la reforma constitucional de 2005 no añade nada que permita establecer un criterio diferente al ya sostenido por este Tribunal tanto bajo el texto original de la Constitución de 1980 como en su texto reformado el año 1989, no habiendo variado a la fecha de esta sentencia los criterios expuestos sobre la jerarquía de los tratados

internacionales y su calidad de preceptos legales (Roles N°s 309 y 312); CUADRAGESIMOSEPTIMO.- Que, en concordancia con lo expresado en los considerandos precedentes, debe señalarse que tanto esta Magistratura como la Corte Suprema, antes de 2005, cuando era competente para conocer del recurso de inaplicabilidad, han considerado que la expresión “precepto legal” debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo, por cierto, las disposiciones de un tratado internacional (sentencia de 24 de octubre de 1997, Rol N° 33.097). El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de “precepto legal”.; CUADRAGESIMOC-TAVO.- Que la misma tesis del sentido amplio de la expresión “precepto legal”, que incluye a los tratados internacionales, ha sido seguida invariablemente por este Tribunal Constitucional desde que es de su competencia el conocimiento del requerimiento de inaplicabilidad. Así, ha declarado que la expresión precepto legal “es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley”, en términos tales que es equivalente a “regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)”. Concluyéndose que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable” (sentencia de 28 de mayo de 2009, dictada en los autos Rol N° 1204, considerando 6°); CUADRAGESIMONOVENO.- Que un ejemplo reciente y corolario de lo dicho respecto de la jerarquía de los tratados y de que sus disposiciones tienen en nuestro sistema rango legal, se encuentra en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional y que introdujo la nueva disposición transitoria vigesimocuarta a la Carta Suprema para dichos efectos. Esta nueva disposición que se agrega a nuestra Constitución era la única vía para que Chile pudiera ratificar dicho tratado internacional pues, conforme dictaminó esta Magistratura en la sentencia Rol N° 346, arriba citada, los tratados internacionales no tienen rango constitucional. Pues bien, si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello; QUINCUAGESIMO.- Que, de la lectura de los artículos 47 B nuevo del proyecto que se revisa y número 1) del artículo 54 de la Constitución Política a que aquél hace referencia, no aparece justificación alguna para que se sustraiga del Tribunal Constitucional, por una norma legal, su atribución relativa a declarar inaplicable un precepto legal -precepto que perfectamente puede estar contenido en las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Chile y vigente- a un caso concreto; QUINCUAGESIMOPRIMERO.- Que, en efecto, el número 1) del artículo 54 de la Constitución, norma que también fue objeto de reforma constitucional el año 2005, establece la facultad exclusiva del Congreso Nacional para aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el Presidente de la República antes de su ratificación. Es decir, ambas

cámaras deben aprobar el tratado para su incorporación en el derecho interno, debiendo hacerse presente que no le pueden introducir modificaciones (sin perjuicio de que pueden sugerir reservas y declaraciones interpretativas), ni derogarlo conforme a las normas de derecho interno, pues es de resorte exclusivo del Presidente de la República “conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras..., y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país...” (artículo 32, N° 15, de la Constitución). Es por ello que el artículo 54, número 1), de la Constitución, en su inciso primero “in fine”, indica que la aprobación del tratado en el Congreso “se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”, haciendo la diferencia con el antiguo artículo 50 de la Constitución, que no indicaba “en lo pertinente”; QUINCUAGESIMOSEGUNDO.- Que, así, el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella, sino que se rige, por lo menos en su formación, por las voluntades de dos o más Estados. En atención a lo anterior es que la Carta Fundamental precisa que las disposiciones de un tratado no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas sino “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional” (artículo 54, N° 1), inciso quinto). Con ello, además, se reconoce la intervención del derecho internacional tanto en la formación como en la derogación de los tratados; QUINCUAGESIMOTERCERO.- Que lo señalado respecto a las particularidades de la tramitación de un tratado internacional no obsta a que éste, una vez aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República, se integre a nuestro derecho interno como un “precepto legal”, concepto que siempre se ha entendido tanto por esta Magistratura, como antiguamente por la Corte Suprema, cuando era ella quien conocía del recurso de inaplicabilidad, en un sentido amplio. De este modo, si bien y como ya lo ha sostenido en diversas sentencias esta Magistratura (Roles Nos 282, 383 y 288), no podemos decir que un tratado internacional es una ley, pues no son lo mismo, sí debemos señalar que un tratado se somete, en lo pertinente, a los trámites de una ley y que puede contener perfectamente disposiciones sobre materias propias de ley. Confirma lo anterior lo dispuesto en el artículo 54, numeral 1), párrafo cuarto, conforme al cual “las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria.”; QUINCUAGESIMOCUARTO.- Que, de otro modo, no se explicaría cómo el constituyente de 2005 estableció el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad “de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas” (artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución), haciendo referencia directa a las leyes orgánicas constitucionales. A ello debe agregarse el control preventivo y facultativo de constitucionalidad de los tratados internacionales, en conformidad al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución, que también supone que el tratado pueda contener disposiciones propias de ley; QUINCUAGESIMOQUINTO.- Que si el tratado no es una ley en sentido estricto, pero puede contener disposiciones propias de ley, tales disposiciones serán sin lugar a dudas “preceptos legales”, que pueden perfectamente ser objeto de un requerimiento de

inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La solución contraria, esto es, la que deja al margen del requerimiento de inaplicabilidad a los preceptos de un tratado internacional, según se declarará, es contraria a la Constitución; QUINCUGESIMOSEXTO.- Que, conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un solo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, como esta Magistratura ya lo ha indicado en reiteradas oportunidades (Roles Nos 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608, 609, 610, 611, 612 y 623, entre otros), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones; QUINCUGESIMOSEPTIMO.- Que, por cierto, el espíritu de la reforma de 2005 fue reunir todo el control de constitucionalidad de los preceptos infraconstitucionales –dentro de los cuales se incluyen los preceptos de un tratado internacional– en el Tribunal Constitucional, estableciéndose un control ex ante y otro ex post, este último con efectos sólo para el caso concreto. Diferente es la situación contemplada en el artículo 93, N° 7°, de la Constitución Política, caso en que se permite a esta Magistratura expulsar del ordenamiento jurídico un precepto legal, con efectos “erga omnes” y sin alcance retroactivo; QUINCUGESIMOCTAVO.- Que, en efecto, una declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por parte de este Tribunal implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como una infracción a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución), pues esa declaración de inconstitucionalidad genera el mismo efecto que una ley derogatoria: expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma jurídica sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada; QUINCUGESIMONOVENO.- Que, como es sabido, al traspasar el conocimiento de la acción antes mencionada al Tribunal Constitucional, la reforma de 2005 precisó que a éste le corresponde resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación (...) resulte contraria a la Constitución”. Se introdujo así un cambio de gran importancia. Ya no se trata de declarar inaplicable un precepto legal determinado contrario a la Constitución, sino que un precepto legal cuya eventual aplicación pueda resultar contraria a la Carta Fundamental; SEXAGESIMO.- Que, de esta manera, la declaración de inaplicabilidad es una forma de control concreto de constitucionalidad, diferente al carácter abstracto que se sostiene tenía el que se ejercía a través de esta acción con anterioridad a dicha modificación constitucional. En tal sentido, este Tribunal (Rol N° 546) ha señalado que “De la simple comparación del texto de la norma (...) con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental (...) se desprende que (...) mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situa-

ción diferente, por cuanto lo que podrá (ser) declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior”; SEXAGESIMOPRIMERO.- Que lo anteriormente descrito es de la esencia del ejercicio de la función jurisdiccional que le corresponde a esta Magistratura en conformidad con lo que establece el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Suprema y no guarda relación con lo establecido en el inciso quinto del N° 1° del artículo 54 de la Carta Fundamental, que se refiere a las atribuciones propias del Poder Legislativo; SEXAGESIMOSEGUNDO.- Que, en este sentido, la ex Ministra de este Tribunal, profesora Luz Bulnes Aldunate, en el informe que elaboró, a petición de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante la tramitación del proyecto en estudio, señaló que la inaplicabilidad de un precepto legal es una institución que resulta “del ejercicio de funciones jurisdiccionales por un órgano también de esta naturaleza jurídica”, agregando que no se puede “asimilar a las atribuciones (d)el órgano legislativo cuando deroga, modifica o suspende las disposiciones de un tratado internacional, caso al que se refiere específicamente el artículo 54 mencionado” (pág. 4); SEXAGESIMOTERCERO.- Que, en otro orden de ideas, debe tenerse presente que la reforma de 2005 vino a fortalecer el principio de supremacía constitucional ampliando considerablemente las atribuciones de esta Magistratura, que tiene por función velar por su efectiva vigencia en relación, entre otras materias, precisamente con el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, en conformidad con lo que dispone el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental; SEXAGESIMOCUARTO.- Que, si ésa fue la voluntad del constituyente, no se concilia con dicho propósito el concluir que la modificación constitucional antes mencionada eliminó el control de constitucionalidad a posteriori de los tratados internacionales que se ejerce a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; SEXAGESIMOQUINTO.- Que, en este sentido, es necesario reiterar que la atribución comprendida en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, difiere notoriamente de aquella contenida en el N° 7° del mismo precepto constitucional, no obstante la relación existente entre ambas. En el caso de esta última, esta Magistratura expulsa del ordenamiento jurídico un precepto legal con efecto “erga omnes” y sin alcance retroactivo. Sin embargo, no le corresponde hacerlo respecto de una disposición de un tratado internacional, puesto que ello implicaría una infracción a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución). Ello, en atención a que la declaración de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Ley Suprema genera el mismo efecto que una ley derogatoria: elimina el precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada; SEXAGESIMOSEXTO.- Que debe recordarse al respecto que, tal como lo ha señalado reiteradamente este Tribunal, la Constitución Política de la República es un todo orgánico

y sistemático y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que guarden entre ellas la debida correspondencia y armonía; **SEXAGESIMOSEPTIMO.**— Que es menester tener presente, adicionalmente, las expresiones vertidas por el Senador Hernán Larraín en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con motivo del estudio del proyecto sujeto a control. Señaló en esa oportunidad: “al menos desde la Carta de 1925, se ha entendido que la expresión precepto legal incluye a los tratados internacionales, para los efectos de alegar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que no afectó al principio de intangibilidad de los tratados. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema. Es evidente que la ley y el tratado son fuentes del derecho diferentes, pero, para estos efectos, se les ha asimilado siempre”. Más adelante indica: “Como partícipe directo en las reformas plasmadas por la ley N°20.050, aseguro que nunca, en todas las etapas de su tramitación, se suscitó discusión en torno al sentido y alcance de la expresión ‘precepto legal’, porque el constituyente no pretendió alterar el entendimiento que se le había dado siempre.” (Segundo Informe de la Comisión, 15 de enero de 2007); **SEXAGESIMOCTAVO.**— Que, por lo demás, según se desprende de los antecedentes de la historia fidedigna del proyecto, la norma constitucional tiene su origen en lo que dispone el artículo 96.1 de la Constitución Española, que señala: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”. Y como destaca Manuel Díez de Velasco refiriéndose precisamente al ordenamiento jurídico español: “los Tratados deben respetar y conformarse a la Constitución. En efecto, un Tratado que ya formase parte de nuestro ordenamiento interno podría ser objeto de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161. 1.a) de la Constitución y art. 27.2. c) de la L.O.T.C.) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y arts. 35 y ss. de la L.O.T.C.)”. Concluyendo el mismo autor que “El control de constitucionalidad corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado(a) unilateralmente por una de las Partes.” (Instituciones de Derecho Internacional Público, 11ª Edición, Editorial, Tecnos, 1997, pág. 198); **SEXAGESIMONOVENO.**— Que, por lo demás, como lo hizo presente el profesor de Derecho Internacional, Francisco Orrego Vicuña, durante la tramitación de la ley que motiva el presente control de constitucionalidad, “en muchos sistemas judiciales se permite tal inaplicabilidad por contravenir el tratado, por ejemplo, las garantías individuales o el debido proceso del particular afectado”; **SEPTUAGESIMO.**— Que, confirmando lo anterior, el artículo 100 de la Ley Fundamental de Alemania, en lo concerniente al control concreto de normas, indica que “si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el indi-

viduo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”; SEPTUAGESIMOPRIMERO.- Que, en suma, de lo razonado se desprende que el artículo 47 B excede el ámbito de competencias que el artículo 92 de la Constitución otorga a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, como se indicó en el considerando decimocuarto, pues no se refiere ni a la organización, ni al funcionamiento, ni a los procedimientos que se siguen ante éste. Corrobora lo recién señalado la circunstancia de haberse excluido expresamente del aludido inciso final del artículo 92 de la Constitución, la habilitación a la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal para regular sus atribuciones. En efecto, durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, en el segundo trámite constitucional, el texto aprobado por la Cámara de Diputados contemplaba las “atribuciones” del Tribunal entre tales materias, término que fue suprimido por el Senado en el tercer trámite constitucional. Señala el informe respectivo de la Comisión del Senado: “En tercer lugar, se acordó excluir de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso final la regulación de las atribuciones del Tribunal. Por esta razón, se acordó proponer a la Sala del Senado votar en forma dividida esta disposición, de manera de dejar fuera de ella la referencia a las ‘atribuciones’.”. Asimismo, el veto número 14 formulado por el Presidente de la República al referido proyecto de reforma constitucional señaló sobre la misma materia: “En el veto N°14 se precisa la interpretación de una materia al mandato de regulación del Tribunal Constitucional y se excluye otra. En el primer caso, se quiere dejar expresa constancia que la expresión ‘procedimientos’, permite organizar el debido proceso al interior de la tramitación de algunas de las competencias del Tribunal Constitucional en aquello no previsto por la propia Constitución. Es así como se puede verificar en qué consistirá el examen de admisibilidad en casos determinados, una orden de no innovar u ordenar la tramitación y vista de la causa cuando sea necesario. En el segundo caso, se trata de excluir la expresión ‘atribuciones’ del proyecto de reforma constitucional, puesto que todas ellas son materia de rango constitucional y no existe ninguna posibilidad de desconstitucionalizar competencias.”; SEPTUAGESIMOSEGUNDO.- Que de lo que se termina de exponer se concluye que el artículo 47 B y la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente” comprendida en el artículo 47 G, inciso primero, N° 4°, que el artículo único, N° 57, del proyecto incorpora a la Ley N° 17.997, son inconstitucionales y así se declarará”.

B.-Nuestra opinión fundada en el voto disidente de la sentencia del Tribunal Constitucional. Es “improcedente”, “contrario a la Constitución Política” y al “Derecho Internacional” el control represivo de los tratados internacionales

Creemos, junto a la inmensa mayoría de los profesores de Derecho Internacional en Chile⁹, y a los Ministros del Tribunal Constitucional que dictaron su

9 Véase la publicación en *El Mercurio* de fecha 22 de septiembre de 2009, titulada “Un fallo del TC sujeto a la crítica”, suscrita por los profesores Edgardo Riveros; Hugo Llanos

voto disidente en la sentencia que venimos comentando (Rol N°1.288-2008)¹⁰, que la reforma constitucional de 2005, cambió radicalmente el escenario existente a partir de la interpretación del antiguo artículo 80 de la Constitución Política de 1980, no sólo porque la norma en comento fue sustituida por el actual artículo 93 N°6 de la Constitución Política¹¹, en concordancia con el artículo 25 C N°6 de la Ley N°20.381, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, sino también porque se incorporaron una serie de disposiciones que no han hecho más que actualizar el tratamiento constitucional sobre los tratados internacionales, y que nos obligan como intérpretes a distinguir necesariamente entre un “precepto legal” y la norma de un tratado internacional, particularmente en cuanto a su aprobación, vigencia, derogación y jerarquía. Si hoy por hoy, no es posible asimilar la expresión “*precepto legal*” a “*tratado internacional*”, simplemente tenemos que llegar a la conclusión que el Tribunal Constitucional no puede ejercer a su respecto el control de constitucionalidad represivo que sí puede llevar a cabo respecto de otras fuentes del Derecho.

Los argumentos para sustentar la tesis de la improcedencia del control represivo de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales, son los siguientes:

- a) Procedimiento de aprobación de los tratados internacionales: El artículo 54 de la Constitución dispone que es atribución exclusiva del Congreso Nacional N°1: “*Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley*”. La expresión subrayada por nosotros, fue incorporada al artículo en comento, a través de la Ley N°20.050, y no hace más que distinguir que los tratados internacionales y las leyes tienen estatutos jurídicos distintos en cuanto a los procedimientos formales de aprobación; *ergo*, si sólo se someterán a los trámites de una ley “en lo pertinente”, significa que, *a contrario sensu*, en todo aquello que no le es pertinente, no deben someterse a los trámites de una ley para su aprobación, sino a las normas especiales dadas por el constituyente para los tratados internacionales. Así, por ejemplo, sólo pueden “aprobarse o desecharse” los tratados; los tratados no tienen normas

Mansilla; Claudio Troncoso; Alberto Rioseco; Edmundo Vargas Carreño; Astrid Espaliat; Fernando Gamboa; Samuel Fernández y Álvaro Arévalo.

- 10 La sentencia que comentamos fue acordada con el voto en contra del Presidente del Tribunal, Ministro señor Juan Colombo Campbell, y de los Ministros señores José Luis Cea Egaña y señora Marisol Peña Torres, quienes consideraron ajustado al texto Constitucional el Proyecto de Reforma a la LOC del Tribunal Constitucional.
- 11 El artículo 93 N°6 de la Constitución dispone que es atribución del Tribunal Constitucional: “resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

expresas para su promulgación y publicación; etc. Esto no hace otra cosa que confirmar que un “precepto legal” y un “tratado internacional” son cosas distintas, pues de lo contrario habrían quedado sujetas a idéntico sistema de aprobación.

- b) Razón de texto: no existe motivo que pueda explicar razonablemente por qué el constituyente, si hubiera querido en verdad incluir a los “tratados internacionales” dentro del “control represivo”, no lo haya dicho expresamente [artículo 93 N°6], si al tratar el “control preventivo” [artículo 93 N°1° y 2°], no tuvo problema alguno en referirse a ellos en más de dos oportunidades. Si el constituyente no incorporó explícitamente a los tratados internacionales dentro del numeral 6° del artículo 93, es porque simplemente no quiso hacerlo y, en consecuencia, debemos interpretar la expresión “precepto legal” de manera restrictiva.
- c) La derogación, modificación o suspensión de las normas del tratado: El artículo 54 N°1 inciso 5° de la Constitución Política de Chile, incorporado a través de la Reforma de 2005, es clarísimo al disponer que *“las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*.

Esta norma es de la mayor importancia pues establece claramente la primacía que tienen los tratados internacionales por sobre la ley interna, la que no puede dejar sin efecto o limitar los efectos de la norma de un tratado. La única manera en que ello puede ocurrir es revisando el propio tratado o las normas generales de Derecho Internacional. En verdad, esta regla esencial de Derecho Internacional es obligatoria en Chile, al menos, desde el 22 de junio de 1981, fecha en la cual se publicó en el Diario Oficial la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [1969], la cual dispone expresamente en su artículo 27 que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”*. Y su artículo 42 N°2, más precisamente aún, no hace más que confirmar la nueva disposición constitucional al disponer que *“la terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”*. Así las cosas, para quienes tenían dudas sobre la aplicación de esta norma convencional, incluidos los más escépticos contradictores del Derecho Internacional, hoy no tienen más que aceptar, por expreso mandato constitucional, que la ley interna se encuentra supeditada a las normas de un tratado internacional y que éste, sin excepción alguna, no dejará se aplicarse o surtir sus efectos sino en los casos contemplados en su propio articulado o, en subsidio, en los casos permitidos por el Derecho Internacional. El Derecho Interna-

cional no permite, en caso alguno, que la ley interna pueda limitar, suprimir o supeditar la aplicación de la norma de un tratado.

- d) El efecto inmediato y directo de la “inaplicabilidad” de un precepto legal es dejarlo sin aplicación para el caso concreto: Si el artículo 54 N°1° inciso 5° de la Constitución Política es clarísimo al señalar que las normas de un tratado internacional no pueden perder su aplicación [al ser derogadas, modificadas o suspendidas perderían aplicación] sino conforme las reglas previstas en el propio tratado o las normas generales de Derecho Internacional, no puede sino descartarse que alguna de sus normas sean objeto de una “declaración de inaplicabilidad” en los términos del artículo 93 N°6 de la Constitución, pues de ser así estaría perdiendo aplicación en virtud del Derecho Interno, y por ser considerado un “precepto legal”.
- e) Luego, si puede ser declarado “inaplicable” un “precepto legal” [tratado internacional], el Tribunal Constitucional podría declararlo “inconstitucional”: Generaría un efecto perverso que un tratado internacional pudiera ser declarado “inaplicable”, pues a partir de esa declaración, el artículo 93 N°7 de la Constitución Política le permitiría al Tribunal Constitucional decretar la “inconstitucionalidad” del Tratado Internacional, por la mayoría de los 4/5 de sus integrantes en ejercicio; acción que podrá intentar cualquier persona [acción pública], sin perjuicio de la facultad del propio Tribunal Constitucional de decretarla de oficio. Esta declaración de inconstitucionalidad de un tratado acarrearía su “expulsión” del ordenamiento jurídico chileno, pues el artículo 94 de la Constitución dispone que el precepto legal así declarado “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”. Hemos dicho que este efecto sería “perverso” pues implicaría un desconocimiento total de las autoridades chilenas a los tratados internacionales que ratificaron en su oportunidad y que, desde tal momento, son obligatorios para el Estado. Sería muy difícil pensar que esa hubiera sido la verdadera voluntad e intención de constituyente, si lo que hace en el artículo 54 N°1° inciso 5° del mismo texto constitucional es respaldar la primacía de las normas del Derecho Internacional y de los tratados internacionales, incluso por sobre las disposiciones del Derecho interno.

Los votos disidentes de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en autos Rol N°1.288-2008, de 25 de agosto de 2009, utilizan los siguientes argumentos para sustentar la improcedencia del control represivo de los tratados internacionales:

- “a) Que el artículo 47 B del proyecto de ley analizado indica: “De conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”; b) Que el artículo 47 G, inciso primero, N°4°, del mismo pro-*

yecto precisa que: “Procederá declarar la inadmisibilidad (de la cuestión de inaplicabilidad) en los siguientes casos: 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente.”;

c) Que, a diferencia de lo resuelto por la sentencia, estos jueces disidentes estiman que las disposiciones del proyecto de ley en cuestión, transcritas en las letras a) y b) precedentes, no transgreden la Carta Fundamental sino que, por el contrario, se ajustan a ella y, además, a los fundamentos que rigen la responsabilidad internacional de los Estados, según se demostrará; **d)** Que, en efecto, las normas del proyecto aludidas precedentemente vedan la posibilidad de interponer una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los términos previstos en el artículo 93, incisos primero, N°6, y undécimo, de la Constitución y, en caso de que, pese a esa prohibición, igualmente se deduzca, obliga al Tribunal Constitucional a declarar su inadmisibilidad; **e)** Que tanto la norma contenida en el artículo 47 B como aquella que se incluye en el artículo 47 G, inciso primero, N°4, del proyecto de ley que se controla en esta oportunidad se ajustan a lo prevenido en los preceptos constitucionales mencionados precedentemente. En efecto, el artículo 93, inciso primero, N°6, de la Ley Suprema confía a esta Magistratura la atribución de “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.” (El subrayado es nuestro). El inciso undécimo de esa misma disposición precisa, por su parte, que: “En el caso del número 6°, la 83 cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.” (El subrayado es nuestro); **f)** Que bajo el imperio de la Carta de 1925 y también durante la vigencia del texto primitivo de la actual Constitución, se entendió que la expresión “precepto legal” tenía un contenido genérico y abarcaba, por ende, a todos los preceptos que compartieran esa naturaleza, entre los que se incluyó a los tratados internacionales. Esta interpretación derivaba del contenido preceptivo del antiguo artículo 43 N°5 de la Carta de 1925 y del artículo 50 N°1 del texto original de la Constitución de 1980, según los cuales la aprobación de un tratado debía someterse a los trámites de una ley; **g)** Que, ciertamente, esas normas han sido reemplazadas por la regulación contenida actualmente en el artículo 54 N°1 de la Carta Fundamental, que permite colegir un alcance diferente del establecido previamente, según se verá; **h)** Que, con todo y antes de producirse la modificación introducida por la reforma constitucional de 2005, mediante la Ley N°20.050, al artículo 50 (hoy 54) N°1 de la Constitución, ya la jurisprudencia de este Tribunal, así como la de los tribunales ordinarios, había venido desvirtuando la asimilación entre “ley” y “tratado”; **i)** Que, así, esta Magistratura señaló que tratado y ley “son fuentes de derecho diferentes”. Dicha afirmación se contiene específicamente

en la sentencia recaída en el rol N°288, en la que se agregó: “En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, N°2, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.” (Considerando 6°); **j)** Que, por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia recaída en el recurso de apelación Rol N°36.683-94, había precisado que: “(...) debemos tener presente el hecho de que como establece el artículo 50 N°1 de la Constitución, es para su aprobación por el Parlamento que el tratado debe someterse a los trámites de una ley, lo que es muy distinto a sostener que los tratados se sometan a los trámites de una ley. Nadie puede desconocer la distinta naturaleza de ambos tipos de normas y su ámbito de aplicación. En efecto, mientras la ley es un acto jurídico emanado de la voluntad unilateral de un Estado a través de los órganos colegisladores, el tratado internacional es un acto jurídico bi o multilateral que depende de la voluntad de diversos Estados y que un Estado Parte no puede, unilateralmente, dejar sin efecto las obligaciones y derechos que emanan del tratado.” (Considerando 6°, letra d)). (El subrayado es nuestro); **k)** Que, en ese entendimiento, estos Ministros disidentes aprecian que el Constituyente de 1980, progresivamente, ha ido separando a la ley del tratado dentro del panorama de fuentes del derecho imperantes en Chile. Sólo así puede entenderse que el artículo 82, inciso primero, N°2, del texto original de la Ley Fundamental (hoy artículo 93, inciso primero, N°3) haya considerado la posibilidad de deducir cuestiones de constitucionalidad tanto respecto de “proyectos de ley (o de reforma constitucional)” cuanto de “tratados sometidos a la aprobación del Congreso.” Si ambos tipos de normas –ley y tratado– hubieren sido de la misma naturaleza, habría bastado utilizar la expresión genérica de “ley”; **l)** Que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 2005 –mediante la Ley N°20.050– a las competencias del Tribunal Constitucional reafirman la tendencia anotada.

Es así como, recogiendo jurisprudencia emanada de esta propia Magistratura (voto disidente en rol N°282 y sentencia rol N°312), el Constituyente de ese momento decidió modificar el numeral 1° del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental para incorporar, entre las normas que deben ser sometidas a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, a aquéllas contenidas en “un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas” (de las leyes orgánicas constitucionales). Si ley y tratado fuesen lo mismo desde el punto de vista jurídico, habría bastado la mención ya contenida originalmente en la disposición constitucional aludida y que se refiere a “las leyes orgánicas constitucionales”; **m)** Que, así, las expresiones “precepto legal”, empleadas en el artículo 93, incisos primero, N° 6, y undécimo, de la Carta Fundamental no pueden hacerse extensivas a los tratados internacionales, concluyéndose, entonces, que no procede deducir una acción de inaplicabilidad respecto de normas contenidas en un tratado, por no haberlo autorizado expresamente el Constituyente; **n)** Que, teniendo presentes las diferencias entre “ley” y “tratado”, emanadas del propio texto de la Constitución, así como de la jurisprudencia constitucional y

ordinaria, corresponde examinar, en punto a esta disidencia y a mayor abundamiento, el artículo 54 N°1) de la Ley Suprema, sobre todo en relación con las modificaciones introducidas después de la reforma de 2005; **n)** Que, como se ha recordado, el argumento central de quienes asimilaron, en el pasado, el tratado a la ley, en cuanto fuentes idénticas del derecho, se basaba en que el antiguo artículo 50 N°1) de la Constitución señalaba que la aprobación de los tratados debía someterse a los “trámites de una ley”. Comentando esa misma disposición, durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, el senador Andrés Chadwick precisaba que: “(...) no es cierto que los tratados internacionales se tramiten igual que una ley porque tienen dos elementos que los hacen distintos; el primero, que se presentan a conocimiento del Congreso luego de un compromiso que ha contraído el Presidente de la República con Estados extranjeros y, en segundo lugar, que sólo se pueden aprobar o rechazar, lo que constituye una diferencia sustancial con el trámite propio de un proyecto de ley.” (Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, p. 344); **o)** Que, sin duda, conscientes los parlamentarios de que “ley” y “tratado” son diferentes, aprobaron una primera modificación importante al artículo 50 (hoy 54), N°1), del Código Político, en el sentido de que los tratados se someterán, “en lo pertinente”, a los trámites de una ley, lo cual ha venido, sin duda, a reforzar las singularidades propias de una y otra fuente del derecho; **p)** Que una segunda modificación introducida a la norma constitucional mencionada consiste en haber agregado un inciso (el quinto actual), según el cual “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.” Que, explicando el sentido de esta modificación, la señora Ministra de Relaciones Exteriores, doña María Soledad Alvear Valenzuela, expresó, en el primer trámite constitucional de la reforma de 2005, lo siguiente: “El texto de la Constitución regula el proceso de celebración de un tratado internacional, estableciendo las competencias de los distintos órganos del Estado en esta materia (fundamentalmente, del Presidente de la República y el Congreso Nacional), pero nada dice respecto de la derogación o modificación de un tratado, lo que ha suscitado algunos problemas de interpretación, especialmente respecto a la relación entre éstos y las leyes posteriores que se pudieren promulgar y que fueren incompatibles con dichos tratados. Parece necesario, dijo, regular estos aspectos puesto que se requiere resolver claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente. Señaló que este tema debería resolverse haciendo consistente la solución de un conflicto entre normas internacionales e internas, dando primacía a las primeras, como lo establece el Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), evitando, además, que el Estado incurra en permanentes e, incluso, a veces involuntarias situaciones generadoras de responsabilidad internacional.” (Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, p. 332-333); **q)** Que, como puede apreciarse, el sentido final de la disposición que hoy se contiene en el inciso quinto del artículo 54, N°1), de la Constitución apuntaba a evitar que Chile

incurriera en responsabilidad internacional si hacía primar su normativa interna por sobre un tratado vigente vulnerando las obligaciones derivadas de éste. Ello se concilia perfectamente con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que preceptúa que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”, lo que, junto al principio de buena fe o “pacta sunt servanda” en el cumplimiento de tales normas –consagrado en el artículo 26 de la misma Convención–, constituyen la médula de las obligaciones que un Estado contrae al obligarse por un tratado internacional; r) Que podría sostenerse que la obligación de cumplir los tratados internacionales, que se traduce en que sus disposiciones pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, sólo resulta aplicable a los órganos que intervienen en la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Tal argumento, propio exclusivamente de un análisis de derecho interno, resulta desvirtuado si se tiene presente que la responsabilidad internacional por la comisión de un ilícito internacional es atribuible al Estado como sujeto de derecho internacional y no a órganos determinados de éste, como podría ser el caso del Congreso Nacional o de los tribunales de justicia considerados independientemente. Así se expresó en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al caso de la película “La Última Tentación de Cristo” (considerando 81 de la sentencia de 5 de febrero de 2001). Luego, por mucho que no sea el Presidente ni el Congreso, sino que el propio Tribunal Constitucional quien, con su actuación, produzca la derogación, modificación o suspensión de un tratado, igualmente se generará responsabilidad internacional para el Estado como un todo. Así, la ubicación de la norma contenida en el inciso quinto del artículo 54, N°1), de la Constitución no debe inducir a confusiones en el sentido anotado; s) Que, en efecto, la responsabilidad internacional se genera por la ilicitud de un comportamiento a que estaba obligado un sujeto desde la perspectiva del Derecho Internacional. “Bastarán, entonces, como lo sostiene la jurisprudencia –y ha recogido la CDI (Comisión de Derecho Internacional) en su proyecto de artículos–, dos elementos para que una determinada conducta pueda ser calificada de hecho internacionalmente ilícito: que consista en la infracción de una obligación internacional que un sujeto tiene para con otro –elemento objetivo del ilícito–, y que tal conducta ilícita sea atribuible a un sujeto de DI (Derecho Internacional) –elemento subjetivo del ilícito–.” (Remiro Brotons y otros. “Derecho Internacional”. Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 414); t) Que, así las cosas, resulta necesario preguntarse si la declaración de inaplicabilidad de la norma contenida en un tratado –que el proyecto de ley en examen prohíbe– podría producir alguno de los efectos considerados en el inciso quinto del artículo 54, N°1), de la Constitución, generando, además, la consiguiente responsabilidad internacional de nuestro Estado; u) Que este Tribunal se ha encargado de precisar los efectos de la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal pronunciada en virtud de lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Carta Fundamental. En este sentido, ha sostenido que la acción de inaplicabilidad produce un efecto negativo y otro positivo. El primero se configura al acogerse la

declaración de inaplicabilidad solicitada en la gestión respectiva. En este caso, queda prohibido al tribunal que conoce de ella aplicar el precepto cuestionado. El efecto positivo se manifiesta cuando se desecha por el Tribunal Constitucional la acción intentada. En este evento el juez de la causa recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto de que conoce, sin que necesariamente deba ella ser la misma cuya constitucionalidad fue cuestionada sin éxito. (Sentencias Roles N°s. 588, de 26 de julio de 2007, y 596, de 12 de julio de 2007). Así, y tratándose del primer efecto –negativo–, si se declara la inaplicabilidad de un precepto legal –y, de acuerdo al fallo de autos, de una norma de un tratado– el juez que conoce de la gestión pendiente no puede aplicar el precepto para fallar el asunto, es decir, tal precepto queda verdaderamente “suspendido” en su aplicación en la causa de que se trata; v) Que esta misma Magistratura ha recordado que: “Al disponer que debe entenderse que se suspende una garantía cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia del estado de excepción, está señalando, desde luego, y con palabras propias, el concepto que del vocablo “suspender” precisa el Diccionario de la Real Academia, esto es, “detener o diferir temporalmente una acción u obra”, así como éste expresa que “suspensión” es “cesación temporal de garantías”, o bien, “situación anormal en que por motivos de orden público quedan temporalmente sin vigencia algunas garantías constitucionales (...)”. (Sentencia Rol N°29, de 7 de junio de 1985, considerando 3°). Luego, acorde a esta jurisprudencia, si se “detiene o paraliza temporalmente” (aunque sea para un caso concreto) la aplicación de una norma de un tratado internacional, ello importa una suspensión del mismo con clara transgresión del artículo 54, N°1), inciso quinto, de la Carta Fundamental. Ello, debido a que la referida suspensión opera en forma diferente a lo previsto en el tratado o a las normas generales de derecho internacional; w) Que, sobre la base de lo afirmado, no puede declararse la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional vigente, pues ello importaría una suspensión de la misma y una vulneración del artículo 54, N°1), inciso quinto, de la Constitución, con clara responsabilidad internacional para el Estado chileno, al que se imputaría una violación de las obligaciones que le impone ese tratado y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y, por ende, la comisión de un ilícito internacional. Luego, no resultaría lógico impedir la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, con efectos erga omnes, por importar una derogación de las mismas–como lo hace el inciso final del artículo 47 O del proyecto de ley examinado–y autorizar, en cambio, la declaración de inaplicabilidad de dichas disposiciones, por acarrear una mera suspensión para la gestión concreta de que se trata, si, en uno y otro caso, se vulnera igualmente la Constitución y se genera, en idénticos términos, responsabilidad internacional para el Estado. x) Que, en este sentido, el profesor argentino Víctor Bazán, en su análisis comparado de la situación constitucional de varios países de América Latina, se ha preguntado: “¿Qué sucedería si el órgano de justicia constitucional involucrado concluyera que el mismo (el tratado) es total o parcialmente inconstitucional? Percibimos que tal alternativa podrá coadyuvar al vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado en punto a honrar sus compromisos internacionales, no supon-

dría —precisamente respetar los principios generales del derecho de las naciones civilizadas y ya, en particular, las pautas pacta sunt servanda (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales, y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional del país en cuestión.” (Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales”. Editorial Porrúa, México, 2003, p. 14); y) Que la conclusión consignada en la letra w) precedente, que lleva a estos Ministros a disentir de la sentencia de autos, afirmando la constitucionalidad de las normas contenidas en los artículos 47 B y 47 G, inciso primero, N°4°, del proyecto de ley examinado —particularmente, en lo referido a las expresiones “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”— no obsta a reafirmar la importancia del pleno respeto al principio de supremacía constitucional, el que se resguarda debidamente, en este caso, a través del control preventivo obligatorio o facultativo de las normas de un tratado (artículo 93, inciso primero, numerales 1° y 3° de la Constitución). En cambio, si el Estado ya se ha obligado en virtud de un tratado debidamente ratificado ante los órganos pertinentes, sólo cabe la denuncia o retiro del mismo en conformidad a las normas contenidas en los restantes incisos del artículo 54 N°1) de la Carta Fundamental”.

Es por todo lo antes expuesto que rechazamos categóricamente el “control represivo” de constitucionalidad de los tratados internacionales. La Ley N°20.050, incorporó nuevas normas al texto de la Constitución que reglamentan la jerarquía y vigencia de los tratados internacionales, y entendemos que estas normas expresas no pueden ser contrariadas a través de una interpretación extensiva a una expresión ambigua como lo es la de “precepto legal”, que, no por el hecho de ser tal, permitiría calificar de la misma manera fuentes jurídicas distintas. Rechazar una equivalencia conceptual entre “precepto legal” y “tratado internacional” no se fundamenta en un criterio hermenéutico caprichoso, sino más bien en la protección de las propias normas constitucionales que, desde el año 2005, reconocen en diversas disposiciones que los tratados internacionales son fuentes del Derecho muy distintas a la ley; y por cierto la protección del Derecho Internacional, y de las obligaciones que asume el Estado de Chile ante la comunidad internacional al ratificar un texto internacional cuyo texto conoce perfectamente, incluso antes de incorporarlo a su propio ordenamiento jurídico. Pretender declarar la “inaplicabilidad de un tratado” para un caso concreto, o su “inconstitucionalidad” y consecuente expulsión definitiva del ordenamiento jurídico chileno, es una acción gravísima que generaría responsabilidad internacional del Estado y, por cierto, dañaría gravemente la reputación de nuestro país a los ojos de la comunidad internacional.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

PENAS ACCESORIAS ESPECIALES Y MEDIDAS CAUTELARES DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES

*Karen Guzmán Valenzuela
Francisco Soto Donoso¹*

INTRODUCCIÓN

El sistema de los delitos sexuales en Chile contempla un conjunto de penas accesorias especiales aplicables a diversos sujetos condenados y con diferentes efectos. Sin perjuicio de ello, la doctrina nacional se ha referido sólo en forma marginal a esta temática.

Es por lo anterior que en este estudio hemos realizado una revisión de dos de las penas accesorias especiales contempladas en el art. 372 del C.P., a saber, la sujeción a la vigilancia de la autoridad y la inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Respecto de esta última, se aborda además, la inhabilitación especial perpetua del art. 371 inc. 1 del C.P. por estar estrechamente vinculada con aquélla.

Analizamos también, por su importancia práctica en este tipo de delitos, las medidas de protección especiales del art. 372 ter del C.P. y, por ser sustancialmente similares a éstas, las condiciones establecidas en el art. 30 de la Ley N°18.216 para la obtención de beneficios alternativos al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

Cuadro de penas accesorias en delitos sexuales

Sin perjuicio que este estudio se focaliza en los temas antes señalados, nos ha parecido pertinente incorporar un cuadro descriptivo de todas las penas accesorias especiales en delitos sexuales, a fin de tener presente el marco regulatorio general en estas materias.

En este cuadro se describe la norma legal que establece la pena accesoria, los delitos y personas condenadas a las que se les aplica, el contenido y los efectos de la pena. En dicho cuadro, se incluyen también las condiciones establecidas en el art. 30 de la Ley 18.216 y las medidas de protección especiales del art. 372 ter del C.P.

¹ Abogados de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

NORMA	DELITOS	VÍCTIMA	SUJETO ACTIVO	CONTENIDO Y/O EFECTOS
ART. 370	361 a 366 bis	cualquiera	cualquiera	Dar alimentos cuando proceda de acuerdo a las normas del Código Civil.
ART. 370 BIS	361 a 367 ter	menor de edad pariente del sujeto activo	pariente de la víctima	Privación de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes.
ART. 371 INC. 2°	361 a 367 ter	cualquiera	maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud	Inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.
ART. 372 INC. 1	361 a 367 ter	menor de edad	cualquiera	Interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa.
ART. 372 INC. 1	361 a 367 ter	menor de edad	cualquiera	Sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal.
ART. 372 INC. 2	361 a 367 ter	menor de edad	ascendientes, guardadores, maestros, personas que actúen con abuso de autoridad o encargo, y encargados de cualquier manera de la educación o dirección de la juventud	Inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad , en cualquiera de sus grados.
ART. 368 BIS	366 quater, 366 quinquies, 367, 367 ter o 374 bis	cualquiera	cualquiera	Clausura definitiva de establecimientos o locales utilizados en la comisión de estos delitos.

NORMA	DELITOS	VÍCTIMA	SUJETO ACTIVO	CONTENIDO Y/O EFECTOS
ART. 469 CPP	366 quinquies, 374 bis inc. 1° y 374 ter	cualquiera	cualquiera	Los instrumentos tecnológicos decomisados, tales como computadores, reproductores de imágenes o sonidos y otros similares, se destinarán al SENAME o a los departamentos especializados en la materia de los organismos policiales que correspondan.
ART. 30 LEY 18.216	361 a 367 ter	cualquiera	cualquiera	Condición para el otorgamiento de cualquiera de los beneficios previstos en esta ley: que el condenado no ingrese ni acceda a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido.
ART. 372 ter del C.P.	361 a 367 ter	ofendido y su familia	cualquiera	Medidas de protección tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con él.

Sujeción a la vigilancia de la autoridad e inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad del art. 372 del C.P.

Origen de estas penas accesorias especiales en nuestra legislación

La inclusión al Código Penal Chileno de las penas de sujeción a la vigilancia de la autoridad consistente en la obligación de informar a Carabineros el domicilio actual² y de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, ambas del art. 372 del C.P.,

2 Si bien la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad estaba regulada antes de la Ley N°19.927, sólo es a propósito de esta modificación legal que se delimita su contenido y efectos en los términos consignados actualmente en el art. 372 del C.P.

se origina en el contexto de una moción presentada por los diputados Walker y Guzmán, la que culminó con la dictación de la Ley N°19.927.

En efecto, en dicha moción el diputado Walker planteó la necesidad de crear un **registro público de pedófilos**, con el objeto de proteger a la comunidad de los delinquentes sexuales contra menores de edad. En este sentido, proponía un registro policial que permitiese a los particulares conocer si una persona había delinquirido o no contra un menor y el tipo de delito cometido.

Durante la tramitación del proyecto de ley, el diputado Walker hizo ver que en los EE.UU. regían dos leyes conocidas como “Jacob Wetterling Act” y “Megan’s Law”, de 1994 y 1996, respectivamente, que establecían la obligación de las policías de mantener registros públicos respecto de las personas condenadas por delitos contra menores. En la misma oportunidad, se dejó constancia en la discusión parlamentaria que no se buscaba estigmatizar a las personas, sino solamente establecer una medida de precaución por cuanto, de acuerdo con diversos estudios, quienes tenían este tipo de inclinaciones normalmente reincidían, siendo muy difícil su rehabilitación.

Más adelante, en la discusión del proyecto de ley se restringió el acceso al registro sólo para las personas que buscaran contratar a una persona para trabajar con menores tales como colegios, asociaciones de transportistas, escuelas de fonoaudiología, entre otras. Además se propuso que el registro no fuera llevado por las policías sino que por el Registro Civil, que la inhabilitación no fuera perpetua y que no sólo se aplicara a los delitos de pornografía infantil o prostitución sino que a una más amplia gama de delitos sexuales.

En el curso de la discusión parlamentaria, el diputado Walker insistió en la necesidad de imponer la obligación de establecer un domicilio durante diez años, una vez cumplida la medida alternativa que se aplicara a la persona condenada, para poder ubicarla en caso de reincidencia, proponiendo que el incumplimiento de la obligación se sancionara con la pena de desacato.

En el Senado, y a propósito de una indicación del senador Zaldívar, se incluyó en la inhabilitación cualquier trabajo que significara una relación directa y habitual con niños, siendo obligatorio para el juez aplicar la inhabilitación para laborar con menores de edad, no sólo en una sala de clases, sino también en un jardín infantil, en un bus, en un transporte colectivo, en un supermercado o en un mall donde se cuidaran niños. De esta manera, se consideró que se incorporaba una medida preventiva que permitiría saber si efectivamente la persona que iba a ser contratada había sido o no condenada por delitos sexuales contra menores.

Es importante consignar que la incorporación de estos registros durante la tramitación del proyecto no fue pacífica, por cuanto algunos parlamentarios

señalaron que podía ser inconstitucional exigir el registro de su domicilio a alguien que ya había cumplido su condena.

Ahora bien, teniendo presente la indicación efectuada a la existencia en la legislación extranjera de registros públicos de pedófilos como fundamento para su creación en Chile, parece importante conocer, aunque sea someramente, el panorama internacional en estas temáticas.

Dentro de los fines de la pena, la inocuización o incapacitación nunca ha perdido completamente su vigencia en EE.UU. (Silva Sánchez, 2006)³, pues en dicho país la ponderación de los costes y beneficios económicos en la aplicación de las penas siempre ha tenido relevancia y ha justificado, en las últimas décadas, el uso de la inocuización respecto de determinados grupos de delinquentes que se consideran responsables de un gran número de ilícitos (incapacitación selectiva).

Para Silva Sánchez (2006; 2001), la explicación de este fenómeno –que denomina el retorno de la inocuización–, se fundamenta tanto en la pérdida de la confianza en la intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente como en la gran sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad de amplios grupos sociales. En este contexto, el regreso de planteamientos inocuizadores, especialmente en materia de delinquentes sexuales, ha sido prácticamente inevitable en EE.UU.

Así, aunque hasta los años setenta y ochenta en EE.UU. (Silva Sánchez, 2006; 2001) la forma más común de intervención para los delinquentes sexuales imputables peligrosos era el “civil commitment”, esto es, su internamiento indeterminado en establecimientos psiquiátricos con fines de tratamiento; en los años noventa comienza, a partir de la “Sexually Violent Predators Act” del Estado de Washington, la implementación de una tendencia incapacitadora para delinquentes sexuales violentos que se traduce en que si el delincuente es estimado peligroso, tras el cumplimiento de la pena, se le impone una medida de seguridad acumulativa de inocuización (Silva Sánchez, 2006; 2001), cuando se trate de un delito sexual violento, que haya afectado, al menos, a dos víctimas y que exista un pronóstico de reincidencia futura.

A lo anterior, se ha agregado una serie de medidas adicionales que buscan asegurar la no reincidencia. Así, por ejemplo, las medidas de supervisión y control

3 Silva Sánchez, Jesús. (2006). “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales”. 2ª edición, Editorial IB de f, Montevideo-Buenos Aires.

Silva Sánchez, Jesús. (2001). “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delinquentes sexuales violentos”, en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

posteriores al cumplimiento de la condena establecidas en la misma sentencia, los deberes de registro de ex delincuentes sexuales en registros públicos introducidos por medio de la Jacob Wetterling Crime Against Children and Sexually Violent Ofender Registration Act, así como también el “Community Empowerment (o Community Notification) que crea un sistema de notificación a una determinada comunidad -en la que vive el delincuente sexual- de los datos obtenidos a través del deber de registro (Silva Sánchez 2006; 2001).

Esta tendencia en las legislaciones que surge en EE.UU. se ha ido extendiendo a otros países del mundo tales como Gran Bretaña y Alemania y ha repercutido, con mayor o menor intensidad, en la legislación de diversos estados y, como ya hemos visto, a propósito de la historia del establecimiento de la Ley 19.927, también influyó al incorporarse penas accesorias especiales en materia de delitos sexuales en nuestro Código Penal.

Sujeción a la vigilancia de la autoridad del art. 372 del C.P.

En este apartado abordaremos dos temas: a) la sujeción a la vigilancia de la autoridad establecida en términos generales en el Código Penal y b) la sujeción a la vigilancia de la autoridad del art. 372 inc. 1 del C.P.

- a) La sujeción a la vigilancia de la autoridad establecida en términos generales en el Código Penal

El art. 23 del C.P. señala que: *“La caución y la sujeción a la vigilancia de la autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas, en los casos especiales que determinen este Código y el de Procedimientos”.*

En este sentido, Politoff, Matus y Ramírez (2004) señalan que los casos en los que la ley impone la sujeción a la vigilancia de la autoridad son los siguientes:

1. La sujeción a la vigilancia de la autoridad regulada en el art. 27 del C.P. como pena accesoria obligatoria de las de presidio, reclusión y relegación perpetuas.
2. La sujeción a la vigilancia de la autoridad como pena accesoria facultativa para los condenados por el delito de amenazas (art. 298) y para los reincidentes de hurtos y robos (art. 452).
3. La sujeción a la vigilancia de la autoridad regulada en el art. 372 del C.P., como pena accesoria obligatoria para los condenados por delitos sexuales⁴.

La doctrina se ha pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Cury (2005) señala que se trata de una pena

4 Politoff, Matus y Ramírez. (2004). “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, Chile, p. 491.

restrictiva de libertad que limita la libertad ambulatoria de un sujeto.⁵ A partir de lo anterior, este autor sostiene que la sujeción a la vigilancia de la autoridad importa una realidad más compleja que una limitación de derechos pero la considera una pena restrictiva de libertad por cuanto representa una cierta contracción de la libertad ambulatoria del sujeto y en conjunto, una disminución de la libertad de autodeterminación⁶. Por el contrario, Politoff, Matus y Ramírez (2004) tratan la sujeción a la vigilancia de la autoridad como una pena accesoria⁷.

Otro aspecto relevante en la sujeción a la vigilancia de la autoridad se refiere a los efectos que esta pena accesoria genera. De conformidad con el art. 45 del C.P., el juez puede determinar ciertos lugares en los cuales el penado tiene prohibido presentarse después de haber cumplido su condena y de imponer a éste todas o algunas de las siguientes obligaciones:

1ª La de declarar antes de ser puesto en libertad, el lugar en que se propone fijar su residencia.

2ª La de recibir una boleta de viaje en que se le determine el itinerario que debe seguir, del cual no podrá apartarse, y la duración de su permanencia en cada lugar del tránsito.

3ª La de presentarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, ante el funcionario designado en la boleta de viaje.

4ª La de no poder cambiar de residencia sin haber dado aviso de ello, con tres días de anticipación, al mismo funcionario, quien le entregará la boleta de viaje primitiva visada para que se traslade a su nueva residencia.

5ª La de adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia.”

El control de la ejecución de esta pena accesoria corresponde al juez respectivo y al funcionario designado en la boleta de viaje. En relación con este punto, Cury (2005) plantea que la sujeción a la vigilancia de la autoridad fue concebida como una verdadera sujeción indirecta a la vigilancia del propio juez, por lo que resulta del todo inadecuado que en la actualidad su control esté entregado a la policía. Este autor considera que si el control de la ejecución de esta medida se entregara a funcionarios especializados que apoyaren efectivamente

5 Cury, E. (2005). “Derecho Penal, Parte General”. Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 703: “En cambio, las penas accesorias son aquellas cuya irrogación se sigue a la de una principal, sea porque la ley así lo ordena en general o porque dispone que ocurra de esa forma en el caso específico de un cierto delito”.

6 Cury, ob. cit., p. 741.

7 Politoff, Matus y Ramírez, ob. cit., p. 491. También, Politoff y Matus. (2002). “De las penas” en “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, Tomo I, Libro Primero, Parte General., Editorial Jurídica de Chile, p. 316.

al afectado para facilitar su reinserción social, podría prestar una verdadera utilidad. No obstante, en la forma en que está concebida se acerca más a una medida de seguridad y corrección que a una auténtica pena⁸.

Finalmente, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones antes indicadas, Politoff y Matus (2002) consideran que se trata de un quebrantamiento de condena que trae como consecuencia, de conformidad con el art. 90 N°7 del C.P., la pena de reclusión en su grado mínimo a medio⁹.

b) La sujeción a la vigilancia de la autoridad del art. 372 inc. 1 del C.P.

Esta pena accesoria especial regulada en el art. 372 del C.P. es uno de los casos a que hace referencia el art. 23 del C.P. Dicho artículo la regula en los siguientes términos: *“Los comprendidos en el artículo anterior y cualesquiera otros condenados por la comisión de los delitos previstos en los dos párrafos precedentes en contra de un menor de edad, serán también condenados a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Esta sujeción consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual. El incumplimiento de esta obligación configurará la conducta establecida en el artículo 496 N°1 de este Código”*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta obligación, para Rodríguez Collao (2004) se trata de una pena accesoria y no una medida preventiva y, por lo tanto, al ser pena requiere de una decisión expresa en la sentencia que emite un juicio de condena en contra de un sujeto¹⁰.

Los sujetos que pueden verse afectados por esta pena corresponden a los ascendientes, guardadores, maestros y a cualquier persona que actúe con abuso de autoridad o encargo, así como también los maestros o encargados de cualquier manera de la educación o dirección de la juventud y cualesquiera otros condenados que lo hayan sido por la comisión de los delitos sexuales cometidos en contra de un menor de edad indicados en el art. 372 del C.P.

Los delitos en los que procede su aplicación son la violación del art. 361 N°1, la violación de menor de 14 años, el estupro, la sodomía, el abuso sexual agravado, el abuso sexual de mayor y menor de 14 años, el abuso sexual del art. 366 quáter, la producción de material pornográfico infantil, el favorecimiento de la prostitución infantil, la trata de personas y la obtención de servicios sexuales de menores de edad.

8 Cury, ob. cit., pp. 743 y 744.

9 Politoff y Matus, ob. cit., p. 317.

10 Rodríguez Collao. (2004). “Delitos Sexuales”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 297.

El efecto que produce su aplicación respecto de las personas condenadas por los delitos antes mencionados es que quedan condenadas a la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Esta sujeción consiste en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual.

Rodríguez Collao (2004) sostiene que al no referirse el art. 372 a las obligaciones que conlleva para el condenado la sujeción a la vigilancia de la autoridad, debe entenderse que son las indicadas en el art. 45 del C.P. Sin embargo, esta interpretación que era adecuada antes de la modificación de la Ley N°19.927, hoy se encuentra superada pues el art. 372 explícitamente señala que la sujeción a la vigilancia de la autoridad consiste en informar a Carabineros el domicilio actual cada tres meses.

El control del cumplimiento de la pena queda entregado a Carabineros de la comuna en la que la persona condenada tenga su domicilio y el incumplimiento de esta obligación configura la conducta establecida en el artículo 496 N° 1 del C.P., esto es, el delito-falta consistente en faltar a la obediencia debida a la autoridad dejando de cumplir las órdenes particulares que ésta le diere, en todos aquellos casos en que la desobediencia no tenga señalada mayor pena por el C.P. o por leyes especiales, y que se sanciona con una multa de 1 a 5 UTM.

Finalmente, y una vez establecido el contenido de esta pena accesoria, es necesario determinar desde cuándo comienza su cumplimiento. En este sentido, el art. 372 señala que la sujeción a la vigilancia de la autoridad se extiende durante los 10 años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Ahora bien, ¿cuándo se entiende cumplida la pena principal?

De conformidad con el art. 93 N°2 del C.P., la responsabilidad penal se extingue por el cumplimiento de la condena.

Cury (2005) señala que la expresión “condena” en el art. 93 N°2 del C.P. debe entenderse referida a “pena”, de modo que la pena se entiende cumplida en los siguientes casos:

- Cuando la persona condenada cumple con el tiempo de privación de libertad decretado en la respectiva sentencia condenatoria efectivamente.
- Cuando la persona condenada cumple la pena privativa de libertad por medio de la libertad condicional.
- Cuando se cumple la pena privativa de libertad a través de alguno de los beneficios de la Ley N°18.216, ya sea por medio del cumplimiento íntegro y no revocado de la reclusión nocturna o por el transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de las condiciones impuestas para la remisión condicional o la libertad vigilada, sin que hayan sido revocadas.

- Cuando a la persona condenada se le otorga un indulto que reduce la pena impuesta en la sentencia o modifica su naturaleza, según se indique en el acto que otorga el indulto para dar por extinguida la responsabilidad penal.

Penas accesorias de inhabilidad de los artículos 371 inc. 2° y 372 inc. 2° del Código Penal

La regulación de las penas accesorias en delitos sexuales contempla dos inhabilidades aparentemente análogas, cuyo establecimiento se funda en consideraciones de prevención especial, propias de la reacción penal en este tipo de delitos. Ambas tienen un carácter funcional en el entendido que se refieren a ciertas profesiones u oficios vinculados regularmente a personas menores de edad susceptibles de ser víctimas de estos ilícitos, encontrándose reguladas en el marco de las disposiciones comunes a los delitos sexuales (arts. 371 inc. 2° y 372 inc. 2° del Código Penal), razón por la cual no serían aplicables a los condenados por los delitos de violación con homicidio (art. 372 bis), de ultrajes públicos a las buenas costumbres (arts. 373 y 374), de distribución, comercialización o exhibición de material pornográfico infantil (art. 374 inc. 1°), de almacenamiento de material pornográfico infantil (art. 374 inc. 2°) y de incesto (art. 375).

Podemos, para un mejor análisis, distinguir los siguientes aspectos: a) Inhabilitación especial perpetua del art. 371 inc. 2°; b) Inhabilitación absoluta temporal del art. 372 inc. 2°; c) Posibilidad de aplicación conjunta de ambas penas accesorias.

a) Inhabilitación especial perpetua del art. 371 inc. 2° del Código Penal

La disposición del art. 371 subsiste desde los albores de la dictación del Código Penal, sobreviviendo a las constantes modificaciones realizadas en estas materias, las que generaron en definitiva esta mixtura entre una norma de participación y una pena accesoria. El texto íntegro del artículo señala: *“Los ascendientes, guardadores, maestros u cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperan como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los dos párrafos precedentes, serán penados como autores. (...) Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”*.

Sin perjuicio de su calidad de pena accesoria especial, los efectos de esta sanción se encuentran regulados en el Título III del Libro I del Código Penal, en el apartado general dedicado a la naturaleza y efectos de algunas penas. Específicamente, el art. 39, en lo relativo a la sanción del art. 371 inc. 2°, señala que las penas de inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio producen, por un lado, la privación del cargo, empleo, oficio o profesión perpe-

tuamente, y, por otro, la incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros de la misma carrera, de manera también perpetua. De este modo, al articular ambas normas podemos colegir que todo aquel condenado que ostente alguna profesión u oficio que suponga la realización de actividades educacionales (profesores, maestros, parvularios, pedagogos, preparadores físicos, orientadores, instructores, etc.) o de dirección de la juventud (guías, orientadores espirituales, monitores, etc.), en virtud de esta pena accesoria pierde de forma perpetua el cargo u oficio desempeñado, así como también queda incapacitado perpetuamente para obtenerlos.

No obstante lo señalado, por tratarse de una pena de inhabilitación especial es necesario advertir algunas situaciones complejas que pueden suscitarse en su aplicación. Por una parte, hay oficios o profesiones que suponen necesariamente la realización de actividades educativas o de dirección de la juventud, pero muchas otras tienen una injerencia relativa en funciones educacionales o de dirección, como por ejemplo, sacerdotes, terapeutas, psicopedagogos u otros análogos. En estos casos, se trata de oficios en los que circunstancialmente se pueden ejercer funciones como las descritas en la norma, pero que en general trascienden a ellas. Por ello, aplicando un criterio funcional en esta materia, es posible concluir que la inhabilitación se refiere sólo a aquellas funciones específicas y no a la profesión en sí. De esta manera, por ejemplo, el profesor de educación básica pierde esa calidad en cuanto todas sus labores suponen actividades educativas con menores de edad; en cambio, al sacerdote sólo se le privaría de sus funciones educativas o de dirección de la juventud, pudiendo seguir realizando otras labores que no se encuentren dentro de esa esfera.

b) Inhabilitación absoluta temporal del art. 372 inc. 2° del Código Penal

Esta norma aparece en el marco de las modificaciones introducidas por la Ley N°19.927 del año 2004, estableciendo otra pena accesoria más en el ámbito de los delitos sexuales. Su texto señala: *“Asimismo, el tribunal condenará a las personas comprendidas en el artículo precedente a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados”*.

Es el art. 39 bis del Código Penal, introducido también por la Ley N°19.927, el que llena de contenido a esta pena accesoria, indicando que ella produce *“la privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga el condenado”* y *“la incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados antes de transcurrido el tiempo de la condena de inhabilitación, contado desde que se hubiere dado cumplimiento a la pena principal, obtenido libertad condicional en la misma, o iniciada la ejecución de alguno de los beneficios de la ley N°18.216, como alternativa a la pena principal”*.

No obstante su similitud en cuanto a los efectos con la pena accesoria del art. 371 inc. 1°, la inhabilitación del art. 372 inc. 2° es una pena temporal (tiene una duración que oscila entre los tres años y un día y los diez años, divisible de la misma manera que las inhabilitaciones temporales en general), además de tener el carácter de absoluta, cuestión que en definitiva no tiene mucha incidencia práctica por cuanto el propio enunciado del art. 39 bis deja asentado que los cargos, empleos u oficios de los que queda privado el condenado, o inhabilitado para obtenerlos en el futuro, son aquéllos vinculados a ámbitos educacionales o que impliquen una relación constante y directa con menores de edad. También se diferencia de aquella sanción en cuanto a los sujetos a quienes les es aplicable y a su extensión: además de los maestros o encargados de cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, se aplica a los ascendientes, guardadores y cualquier persona que actúe con abuso de autoridad o encargo¹¹; por otra parte, no sólo se refiere a la privación de funciones vinculadas al ámbito educacional, sino que también abarca todas aquellas actividades que involucren una relación directa o habitual con menores de edad, las que, por cierto, no sólo pueden estar relacionadas con lo educativo.

De esta manera, al igual que en el caso anterior, podemos ejemplificar la aplicación práctica de esta pena accesoria. Así, el profesor de educación básica, conforme a esta norma, no podría ejercer esa profesión por estar ella vinculada al ámbito educacional, además de quedar inhabilitado para realizar otras labores no educacionales que impliquen una relación con niños y jóvenes. El sacerdote, en cambio, no quedaría privado de su calidad, pero sí de todos los cargos y funciones vinculados a actividades educativas y que supongan una relación directa y habitual con menores de edad. En el caso del chofer de vehículos de transporte escolar, éste queda privado de ejercer esa función así como toda otra que le permita relacionarse con menores de edad.

c) Posibilidad de aplicación conjunta de las penas accesorias de los arts. 371 inc. 2° y 372 inc. 2° del Código Penal

La introducción del inciso 2° del art. 372 del Código Penal, como pena accesoria de similares características a la del inc. 2° del art. 371 del mismo código, produjo serios problemas de interpretación y de aplicación práctica. El problema básico que surge es el de la compatibilidad de ambas penas: ¿es posible

11 A este respecto, es necesario señalar que existe un Proyecto de Ley (Boletín N°5.693-18), que intenta modificar la remisión que realiza el inc. 2° del art. 372 para delimitar las personas que son susceptibles de ser castigadas con esta pena accesoria. Actualmente esa remisión es al “artículo precedente”, esto es, al art. 371, en donde se habla de ascendientes, guardadores, maestros, personas que actúan con abuso de autoridad o encargo y personas encargadas de cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, lo que ha implicado en la práctica una aplicación parcial de la norma. El proyecto cambia la remisión, señalando que es a “las personas comprendidas en el inciso anterior”, esto es, al inciso 1° del art. 372, en donde se establecen otras penas accesorias aplicables a cualquier condenado por la comisión de delitos sexuales.

una aplicación conjunta sin que se vulnere el principio de doble incriminación? Con una mirada superficial del problema concluiríamos que es inadmisibles aplicar a un mismo condenado ambas penas, pues de la redacción de ambas se extraen varios elementos comunes que vislumbran a priori la imposibilidad de concurrencia. Sin embargo, un análisis más acabado del problema nos puede llevar a ciertos campos en los que es posible la compatibilidad, asumiendo desde ya la imposibilidad de lograrla por completo.

En primer lugar, podemos sostener que existe un ámbito de aplicación que no es común a ambas penas: es el de los cargos, oficios o profesiones que, en general, involucran una relación directa y habitual con personas menores de edad. En este caso, es perfectamente posible la aplicación conjunta si pensamos en aquellos condenados que son maestros (inhabilitados para ejercer esa función por aplicación del art. 371 inc. 2°), pero respecto de los cuales se quiere evitar que ejerzan otras funciones no educativas vinculadas con menores de edad, evento en el que cobra fuerza la pena de inhabilitación temporal para cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad¹². Ahora bien, en el caso de personas que no ostentan las calidades referidas en el art. 371 inc. 2°, sólo es aplicable la pena del art. 372 inc. 2°, no planteándose en esta situación el problema de la concurrencia.

En segundo lugar, tenemos la situación propiamente de los maestros o profesionales de la educación que son abarcados tanto por el art. 371 como por el 372. En estos casos, siendo similares los efectos de la inhabilitación especial perpetua y de la absoluta temporal, regulados respectivamente en los artículos 39 y 39 bis del Código Penal, es imposible sostener la concurrencia. Queda, por lo tanto, resolver el problema de determinar cuál sería la pena aplicable. En este sentido, por tratarse de una pena especial y más grave en sus efectos, creemos que sería aplicable sólo la inhabilitación especial perpetua del art. 371 inc. 2°. En efecto, si aplicamos los principios valorativos para resolver las situaciones de concurso aparente, notaríamos que el legislador contempló un mayor nivel de injusto en el caso de maestros que cometen este tipo de ilícitos respecto de sus pupilos: ese mayor injusto se refleja tanto en la pena privativa de libertad que se aplica, agravada por la circunstancia calificante del art. 368 del Código Penal, como por la pena accesoria del art. 371 inc. 2°, que es más grave por su duración (perpetua). Además, mirado el punto desde una perspectiva de prevención especial, los objetivos que en función de ella se fijó el legislador respecto de estos condenados se cumplen de mejor forma aplicando esta norma en desmedro de la sanción del inc. 2° del art. 372. No obstante lo señalado, tal como se dijo anteriormente, es posible la compatibilidad cuando la pena accesoria del art. 372 inc. 2° se aplica al maestro para inhabilitarlo de

12 Una decisión en este sentido se adoptó en dos sentencias de Tribunales Orales: **Sent. TOP Concepción, de 25 de agosto de 2007, RUC 0400187950-8** y **Sent. TOP Cañete, de 27 de noviembre de 2007, RUC 0500228745-7**.

otras funciones fuera del ámbito educacional pero que involucren una relación con menores de edad.

De esta manera, según lo señalado anteriormente, a modo ejemplar, podemos indicar las siguientes situaciones:

- 1.- Profesor de educación básica: Puede ser condenado a la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, del art. 371 inc. 2° (con los efectos señalados en el art. 39 del Código Penal), y a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados, del art. 372 inc. 2° (con los efectos señalados en el art. 39 bis del Código Penal), sólo respecto de aquellas funciones fuera del ámbito educacional que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.
- 2.- Sacerdote que ejerce funciones educativas en un colegio: Puede ser condenado a la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio del art. 371 inc. 2° (con los efectos señalados en el art. 39 del Código Penal) no pudiendo desempeñar más ningún tipo de función educativa respecto de menores de edad, y a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados, del art. 372 inc. 2° (con los efectos señalados en el art. 39 bis del Código Penal), sólo respecto de aquellas funciones fuera del ámbito educacional que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Las otras funciones no vinculadas a las situaciones descritas no son afectadas por estas sanciones.
- 3.- Chofer de un vehículo de transporte escolar: Sólo puede ser condenado a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados, del art. 372 inc. 2° (con los efectos señalados en el art. 39 bis del Código Penal).

Otras temáticas relacionadas con las penas accesorias especiales en materia de delitos sexuales

En este apartado se abordarán las condiciones establecidas en el art. 30 de la Ley N°18.216 y las medidas de protección reguladas en el art. 372 ter del C.P., que si bien no son penas accesorias, están estrechamente ligadas con ellas en materia de delitos sexuales.

Condiciones del art. 30 de la Ley N°18.216

El artículo 30 de la Ley 18.216, incorporado por la Ley N°19.617, establece: *“Tratándose de personas condenadas por la comisión de los delitos comprendidos en*

los párrafos 5 o 6 del Título VII del Libro Segundo del Código Penal (violación del Art. 361 N°1, violación de menor, estupro, sodomía, abuso sexual agravado, abuso sexual de mayor y menor de 14 años, abuso sexual del Art. 366 quáter, producción de material pornográfico infantil, favorecimiento de la prostitución infantil, trata de personas y obtención de servicios sexuales de menores de edad), o de los delitos contra las personas que sean constitutivos de violencia intrafamiliar, el tribunal podrá imponer como condición para el otorgamiento de cualquiera de los beneficios previstos en dicha ley que el condenado no ingrese ni acceda a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido.

La imposición de esta condición se sujetará a las mismas reglas aplicables a la resolución que concede, deniega o revoca los beneficios aludidos.

El quebrantamiento de esta condición producirá los mismos efectos de los artículos 6, 11 y 19.

Tratándose de la prohibición de ingresar o acercarse al hogar, el tribunal la revocará si la víctima fuere cónyuge o conviviente del condenado y así lo solicitare, a menos que el tribunal tuviere fundamento para estimar que la solicitud es consecuencia de la coacción ejercida por el condenado o que la revocación pudiere poner en peligro a menores de edad”.

De modo que por aplicación de las normas contenidas en la Ley 18.216 para la remisión condicional de la pena, si el beneficiado quebranta alguna de las condiciones impuestas dentro del período de observación, la sección de tratamiento en el medio libre pedirá que se revoque la suspensión de la pena, lo que podrá decretar el tribunal, disponiendo el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna, según fuere aconsejable.

En la reclusión nocturna, ante el quebrantamiento grave o reiterado y sin causa justificada de la medida, el tribunal, de oficio o a petición de Gendarmería de Chile, procederá a revocarla, disponiendo la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido.

En la libertad vigilada, el quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado, facultan al tribunal para revocar el beneficio en resolución que exprese circunstanciadamente sus fundamentos. En tal caso, el tribunal dispondrá el cumplimiento de las penas inicialmente impuestas o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna.

Del tenor de las normas transcritas, se puede colegir que las prohibiciones consignadas en el art. 30 de la Ley N°18.216, suponen condiciones que debe cumplir la persona condenada y beneficiada, so pena de sufrir la revocación del beneficio concedido.

Medidas cautelares de protección del artículo 372 ter del Código Penal

La Ley N°19.617, de 12 de julio de 1999, además de introducir sustantivas reformas al régimen de los delitos sexuales en Chile y de abarcar la creación de nuevas penas accesorias, introdujo algunas normas de carácter procesal en ese ámbito.

En este contexto se estableció el artículo 372 ter del Código Penal, cuyo objetivo era otorgar mejores herramientas de protección para las víctimas durante la sustanciación de los procesos criminales por delitos sexuales. El texto de esta norma señala: *“En los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél”*.

Esta disposición se encuentra en el párrafo 7° del Título VII del Libro II del Código Penal, dentro de las denominadas *Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores*. La importancia de esta ubicación radica en que su campo de aplicación -tal como lo señala expresamente la propia disposición- corresponde a la generalidad de los delitos sexuales establecidos en nuestro Código Penal, incluyendo los relativos a la llamada Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Sin embargo, por su ubicación sistemática, no sería aplicable a los delitos de violación con homicidio (art. 372 bis), de ultrajes públicos a las buenas costumbres (arts. 373 y 374), de distribución, comercialización o exhibición de material pornográfico infantil (art. 374 inc. 1°), de almacenamiento de material pornográfico infantil (art. 374 inc. 2°) y de incesto (art. 375).

La naturaleza jurídica de estas medidas no ha sido objeto de discusión en la doctrina chilena, ya que de su texto se desprende que, no obstante su ubicación en el Código y su regulación conjunta con penas accesorias, se trata de medidas cautelares personales. En efecto, así lo reconocen los profesores Politoff, Matus y Ramírez al decir que *“las sucesivas modificaciones introducidas a los arts. 368 ss no sólo han incorporado nuevas penas y agravaciones, sino además variadas disposiciones puramente procesal, entre ellas: (...) ii) la que autoriza expresamente la imposición de medidas cautelares personales durante el procedimiento, tales como sujetar al imputado a la vigilancia de la autoridad, prohibirle visitar el domicilio del ofendido, su lugar de trabajo o estudios, acercarse a él o a su familia, e inclusive, obligarlo a abandonar el hogar común”*¹³. De esta forma, el estar frente a medidas cautelares de carácter procesal obliga a realizar un análisis de ellas en función

13 Politoff, Matus, Ramírez., ob. cit., pp. 280 y 281.

de la regulación de las medidas cautelares generales establecidas en el Código Procesal Penal. Para ello podemos distinguir los siguientes tópicos: a) contenido de las medidas y extensión en su aplicación; b) momentos en los que se pueden aplicar; c) tribunal competente.

a) Contenido y extensión

A diferencia de lo establecido en el Código Procesal Penal, las medidas cautelares personales del art. 372 ter no están configuradas taxativamente a través de un *numerus clausus*, sino que se permite al juez “*disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes*”, señalándose algunas medidas específicas sólo a modo ejemplar. En cambio, la norma del art. 155 del Código Procesal Penal, que establece de modo general medidas cautelares análogas a las del art. 372 ter, señala una enumeración cerrada sin posibilidad de creación de medidas por parte del juez de garantía.

Ahora, dentro de la enunciación ejemplar que realiza el art. 372 ter, se señalan tres medidas que están contempladas en el art. 155 del Código Procesal Penal: la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal, la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél (art. 155 letras b) y g) del Código Procesal Penal). El art. 372 ter innova con una medida ejemplar que vendría a consistir en la especificación de la señalada en la letra e) del art. 155 señalado (prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares), recayendo en este caso la prohibición en visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido.

b) Momentos en que se pueden aplicar

A este respecto también hay una innovación por parte del art. 372 ter. De acuerdo a su texto, las medidas cautelares que establece pueden dictarse “en cualquier momento”, lo que a nuestro entender supone una alteración al régimen general de aplicación de medidas cautelares del Código Procesal Penal. En efecto, este último señala que las medidas de prisión preventiva y las del art. 155 sólo pueden aplicarse a partir de la formalización de la investigación (arts. 140 y 155) y durarán mientras subsistan las circunstancias que la decretaron, hasta la dictación de la sentencia absolutoria (art. 347) o hasta después de dictada la sentencia condenatoria (art. 348). En cambio, las medidas del art. 372 ter del Código Penal, debido a la importancia que tienen en pos de la protección de la víctima, atendiendo especialmente al riesgoso contexto de cercanía entre víctima y victimario, podrían ser solicitadas y decretadas antes de la formalización, exigiendo el legislador razones fundadas, lo que garantiza una resolución ponderada sobre la cuestión. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre con las medidas generales, entendemos que la sentencia definitiva no es

un límite para la dictación de las medidas del art. 372 ter, permitiendo la ley brindar protección a las víctimas de delitos sexuales más allá de ella, cuestión que ha sido aceptada explícitamente por la jurisprudencia de muchos tribunales orales que las han aplicado sobre todo en situaciones en que el condenado es beneficiado con medidas alternativas al cumplimiento de penas de la Ley N°18.216¹⁴.

c) Tribunal competente

De lo ya dicho se desprende claramente lo relativo a la competencia para decidir acerca de estas medidas. En relación a esto conviene decir que al establecerse el art. 372 ter regía el sistema procesal penal basado en la injerencia sin contrapeso del juez del crimen, quien, dentro de todas las facultades que ostentaba, podía dictar medidas de protección respecto de la víctima (art. 7° Código de Procedimiento Penal). En este contexto, esta nueva disposición (dictada en el año 1999) no podía sino referirse al “juez” como investido de la competencia para la dictación de aquéllas. Sin embargo, con la entrada en vigencia del actual sistema, tal mención se torna anacrónica a la luz de la diferencia de funciones y competencias de los jueces de garantía y de los tribunales orales, cuestión que es consignada terminológicamente en el art. 69 del Código Procesal Penal. Así, al aplicar textualmente lo regulado en su texto, concluiríamos que sólo sería competente para aplicar las medidas del art. 372 ter el juez de garantía, pues la expresión “juez”, conforme a la norma señalada, no sería extensible al tribunal oral.

Sin embargo, atendiendo a lo ya dicho a propósito de la importancia de la dictación de estas medidas después de la sentencia definitiva y a lo desfasado que es el señalamiento al “juez” que hace al art. 372 ter, creemos que no existen inconvenientes prácticos ni legales para sostener la competencia de los tribunales orales en esta materia.

14 Sólo a modo ejemplar podemos señalar los siguientes fallos de TOP que han aplicado medidas del art. 372 ter: **Sent. TOP Santiago, de 25 de junio de 2008, RUC 0600248510-7; sent. TOP Santiago, de 17 de agosto de 2007, RUC 0600009240; sent. TOP Santiago, de 25 de junio de 2008, RUC 0600790795-6; sent. TOP Antofagasta, de 12 de septiembre de 2007, RUC 0500292340-K; sent. TOP Copiapó, de 22 de enero de 2008, 0710010208-5; sent. TOP Castro, de 14 de enero de 2009, 0600848783-7; sent. TOP Puerto Montt, de 21 de enero de 2009, 0800530103-4 y sent. TOP Valdivia, de 14 de febrero de 2009, 0800320614-K.**

LA EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA DE DAÑO EN VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

*Francisco Maffioletti Celedón
Sofía Huerta Castro¹*

“No está de más señalar que ni todos los abusos son iguales ni afectan de la misma manera a la integridad psicológica de la víctima”.
VÁSQUEZ MEZQUITA Y CALLE, 1997

La Victimología, como disciplina abocada al estudio científico de las víctimas del delito, tiene su origen en la década del '50, con los estudios de Benjamín Mendelsohn (1946), Hans Von Henting (1948), H. Ellenberger (1954) y Marvin Wolfgang (1958), entre otros. El contexto de postguerra parece haber sido decisivo para dar un impulso a la consideración del elemento olvidado hasta ese momento de la *pareja penal*, dado que todos los estudios habían centrado su interés en la investigación, estudio y comprensión de las características del victimario. Este giro permitió que la figura de la víctima asumiera progresivamente un rol de mayor protagonismo en la comprensión del fenómeno delictual y, por ende, en el proceso penal.

Nuestro actual Código Procesal Penal² incorpora a la víctima como interviniente en el proceso penal (art. 12 CPP), explicita el deber que asiste al Ministerio Público de buscar mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima (art. 6 CPP), y de entregarle información y protección (art. 78 CPP). Así también establece los derechos de la víctima que incluyen entre otros (art. 109 CPP): la solicitud de medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados; el derecho a presentar querrela; el derecho a ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible; el derecho a ser oída por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; ser oída por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa; e impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aún cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Junto al rol que juega la víctima como interviniente en el proceso penal, con las implicancias ya descritas, cumple también un rol importante en lo que respecta a la investigación del hecho delictual, muchas veces como principal testigo, cuestión que resulta especialmente cierta cuando se trata de la investigación de

1 Psicólogos Asesores de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Código Procesal Penal de la República de Chile, actualizado al 11 de enero de 2006.

delitos sexuales. A este respecto, por las características del delito en investigación, en la gran mayoría de los casos no se cuenta con evidencia material que pueda probarlo, así como tampoco con testigos, distintos de la víctima, que puedan dar cuenta de la naturaleza de los hechos y la persona del autor. En este sentido, la valoración del testimonio que pueda entregar la víctima, así como la evaluación del daño asociado al delito, o la determinación de su estado mental al momento de la ocurrencia del hecho, en orden a determinar la presencia de patologías o trastornos, cobra gran relevancia en el proceso investigativo y judicial, tanto para la configuración del tipo penal como para la determinación de la pena correspondiente.

Resultan importantes de destacar en este punto las directrices del Fiscal Nacional vertidas en el Oficio FN N°160/2009³, del 30 de Marzo de 2009, que señalan que “El fiscal podrá ordenar la realización de evaluaciones periciales psicológicas y/o psiquiátricas a la víctima respecto de la credibilidad de su relato, su condición mental, el daño psicológico producido por el efecto directo del delito o las consecuencias del mismo, u otros que se estimen pertinentes” (p. 9). Agrega que, “Cuando proceda, es conveniente contar con una evaluación pericial sobre el grado y la extensión del daño causado a la víctima, tanto para la configuración del hecho punible como para la aplicación del artículo 69 del Código Penal⁴” (p. 10).

Si bien la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos responde a una práctica muy extendida en nuestra realidad nacional, poco se ha escrito específicamente respecto de ella. Aspectos tales como en qué consiste una evaluación pericial de daño, cuáles son los elementos sobre los que el perito debe pronunciarse, cuáles son los alcances y limitaciones de este tipo de evaluaciones, y qué valor tienen para el tribunal los antecedentes que aporta, son tópicos aún insuficientemente desarrollados en el ámbito forense. Cabe señalar que se encuentran actualmente en desarrollo algunas investigaciones en este ámbito, especialmente en formación de postgrado.

El presente artículo constituye un esfuerzo por contribuir al desarrollo del cuerpo teórico y procedimental que sirve de sustento a esta práctica, enmarcándose, además, dentro del trabajo de la Mesa Interinstitucional de Evaluación Pericial de Daño, que se viene desarrollando desde fines del año 2008 y en la cual participan activamente peritos psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales de los principales organismos periciales a nivel nacional⁵. El objetivo

3 Ministerio Público de Chile (2009).

4 “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito” (Código Penal; actualizado al 14 de marzo de 2008).

5 Los peritos participantes pertenecen al Área de Salud Mental del Servicio Médico Legal; al Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Policía de Investi-

principal de dicha Mesa de Trabajo es analizar el estado del arte en evaluaciones periciales de daño en el contexto penal, en miras a generar un documento que brinde orientaciones al respecto, que permitan una mejor toma de decisiones en los procesos de investigación y judicial, así como la unificación de criterios conceptuales y metodológicos para la adecuada respuesta a la pregunta psicolegal.

Cabe señalar que para efectos del presente artículo nos abocaremos específicamente al abordaje de la evaluación pericial psicológica de daño.

El daño psíquico y su evaluación forense

De acuerdo a Castex (2005, pp. 38-39) se puede hablar de daño psíquico en un determinado sujeto “cuando éste presenta un deterioro, disfunción, disturbio, alteración, trastorno o desarrollo psicogénico o psicoorgánico que, afectando sus esferas afectiva y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa”, señalando que el daño alude a un “estado determinado del psiquismo con un claro origen vivencial traumático” (Castex, 2005, p. 33). Cabe señalar que esta alteración del continuo vital puede darse de manera transitoria o permanente, y manifestarse con inmediatez o de manera diferida en el tiempo.

En el contexto penal, la evaluación pericial psicológica de daño consiste en valorar las consecuencias psicológicas (lesión psíquica o secuelas) del delito, y establecer y demostrar el nexo causal entre la situación y el daño psicológico (lesiones psíquicas y secuelas emocionales) (Asensi, 2008). Según señala Mora (Diario Digital RD. <http://www.diariodigitalrd.com/articulo,20798.html>) “las características esenciales de todo daño psíquico o trastorno psicológico, que por entero es distinto al daño o agravio moral, quedan constituidas en las siguientes:

- La existencia de la conformación de un orden patológico [lesión psíquica];
- La existencia de un tercero responsable; y
- La existencia de un nexo causal entre el hecho generado y el daño producido”.

Resulta sumamente relevante, en este sentido, la relación que debe ser acreditada en el contexto forense, de manera precisa y sin lugar a dudas, entre el hecho traumático, en este caso la vivencia de un delito sexual, y la secuela dañosa. Esto es, que se pueda demostrar la conexión entre la causa y el efecto.

gaciones de Chile; al Departamento de Psicología Forense del LABOCAR de Carabineros de Chile; al Departamento de Protección de Derechos de SENAME Nacional; al DAM Santiago, perteneciente a la Fundación León-Bloy; al Departamento de Trabajo Social de la Universidad Católica Silva Henríquez; al Centro de Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos (CAVI) Rancagua, perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial, y a los Centros de Víctimas de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior.

De esta manera, el papel del psicólogo forense no consiste en establecer la real ocurrencia del hecho, sino más bien, en intentar determinar la vinculación entre un determinado daño psíquico observado y sus posibles causas. En este sentido la pregunta psicolegal que se realiza al psicólogo forense es determinar qué parte de lo evaluado como daño es atribuible al hecho típico que se está investigando.

La existencia de “daño psíquico” o lesión psíquica debe acreditarse utilizando la misma metodología diagnóstica que para cualquier otro cuadro psicopatológico. Se considerará una dimensión clínica-diagnóstica, una dimensión psicopatológica (insistiendo y valorando tanto el proceso como el desarrollo), una dimensión vincular (estableciendo el nexo causal entre la situación y las consecuencias psicológicas), una dimensión, que algunos autores llaman “práxica” (que se refiere a cualidades, habilidades y aptitudes mentales de la víctima, y a su conservación, disminución o pérdida), y una dimensión cronológica o temporal en la que se pretende determinar la transitoriedad o cronicidad de las secuelas o trastornos psicológicos diagnosticados (Asensi, 2008).

De acuerdo a Orengo (citado en Asensi, 2008), para establecer la relación de causalidad entre un suceso o vivencia y el resultado lesional originado (daño), deberán valorarse los siguientes criterios:

- a) El criterio etiológico, que se basa en conocer la realidad de la situación traumática.
- b) El criterio topográfico, que pretende establecer las consecuencias de la vivencia traumática.
- c) El criterio cronológico, que establece la relación temporal entre las agresiones y las consecuencias.
- d) El criterio cuantitativo, que considera la intensidad del agente que se considera estresante y su relación con la gravedad de las lesiones o secuelas originadas.
- e) El criterio de continuidad sintomática, que se aplica en los casos en que las secuelas se manifiestan o siguen manifestando cierto tiempo después o con bastante posterioridad al momento de la situación o vivencia estresante.

Con el fin de establecer una relación de causalidad entre una lesión y un evento concreto (delito), en primer lugar se debe evaluar el estado psicológico en que se encuentra la persona afectada, y determinar si los síntomas observados llegan a constituir un síndrome o cuadro psicopatológico.

Castex (2005, p. 44) a este respecto aclara que “no siempre en las peritaciones se requiere un diagnóstico preciso, si no tan sólo acreditar una limitación, una disfunción, un debilitamiento, una perturbación o similar, careciendo de inte-

res la precisión del diagnóstico, en la medida que se acredite la existencia de una alteración morbosa, una disminución de facultades, o una perturbación de conciencia, capaz de producir alteraciones en las funciones valorativa y volitiva del psiquismo”.

Si bien la literatura científica ha identificado algunos síntomas que se presentan de forma frecuente en las víctimas de delito sexual, al día de hoy existe acuerdo respecto de que no se puede hablar de una constelación exclusiva de síntomas derivados de victimización sexual, o de signos o síntomas patognomónicos⁶ como expresión de dicha vivencia. En este orden de ideas, Berliner y Conte (1993) sostienen que en el ámbito experimental no hay evidencia de que los síntomas conductuales puedan ser usados para discriminar entre grupos de niños abusados y no abusados. Por otra parte, Hebert (2000), refiriéndose a los posibles riesgos en la evaluación del daño, plantea que la conducta sexualizada no es exhibida por todos los niños abusados, pudiendo estar presente en niños no abusados.

No obstante lo anterior, múltiples investigaciones y estudios científicos en el área de la psicología, especialmente la reparatoria o terapéutica (Finkelhor, 1985; Perrone, 1998; Intebi, 1998; Barudi, 1998; Echeburúa, 2005), basados en miles de casos, han descrito configuraciones de síntomas y cuadros psicopatológicos que con mayor frecuencia se encuentran presentes en víctimas de delitos sexuales, así como dinámicas psicológicas características en respuesta a la victimización sufrida. A este respecto, cuando se ha producido una agresión sexual ésta no deja de generar consecuencias psicológicas en las víctimas, pudiendo gatillar aspectos patológicos previos o generar desajustes en una personalidad que ya era vulnerable o reforzar aspectos negativos del funcionamiento psicológico previo.

En cuanto a la imposibilidad de distinguir un *síndrome del abuso* basado en el modelo de Finkelhor de las dinámicas traumatogénicas, Fisher y Whiting (1998; citados en Saborío y Viquez, 2006) señalan a este respecto que el impacto del abuso sexual es demasiado complejo como para permitir un diagnóstico específico que pueda satisfacer las necesidades en el contexto forense. A este respecto, en su labor, el perito forense, con el fin de entregar un dictamen pericial, se basa en la aplicación de una metodología de evaluación forense de alta complejidad, la cual incorpora como procesos: el análisis de la pregunta psicolegal; el estudio de los antecedentes contenidos en la carpeta investigativa, que contiene todos los antecedentes relevantes del caso; la formulación de hipótesis de trabajo en base a las cuales se planifica la evaluación; la realización de la entrevista forense, con el menor y sus figuras significativas, complementada con pruebas o técnicas psicológicas; las cada vez más

6 El término patognomónico se utiliza para denominar aquellos signos (manifestaciones visibles) o síntomas (manifestaciones no visibles, subjetivas) que guardan una relación directa con un determinado cuadro o trastorno.

frecuentes supervisiones técnicas y revisiones que se realizan al proceso pericial y sus resultados por parte de otros profesionales del equipo; todo lo anterior le otorga validez al ejercicio forense y disminuye la posibilidad de concluir erróneamente en base a antecedentes parciales.

De esta manera, es posible señalar que en ningún caso la pretensión pericial es *afirmar* o *validar* una experiencia abusiva, y menos aún, emitir conclusiones basados en un único elemento; sino más bien, mediante un proceso de contrastación de hipótesis y considerando los contenidos de la sintomatología, distinguir aquellos elementos explicables por la ocurrencia del hecho investigado de aquellos que no lo son.

La relevancia de los síntomas y signos evaluados se basa en su consistencia con el resto de los antecedentes del proceso de evaluación forense y la investigación penal, destacando que cuando éstos son considerados consecuencia de la ocurrencia de victimización sexual, se ha valorado su inserción en un contexto procesal, en el que existe una denuncia y subsecuente acusación fiscal que indican la plausibilidad de la ocurrencia del hecho típico. No es posible vincular directamente un síntoma o síntomas psicológicos con la ocurrencia de un hecho por lo que, en cada caso investigado, será el contexto espacial, situacional, familiar, la declaración de la víctima y el resto de los antecedentes disponibles en la investigación, lo que le dé sustento a la conclusión.

Modelos explicativos del daño psicológico asociado a delitos sexuales

Se han desarrollado distintos modelos explicativos en relación a la sintomatología asociada a los procesos de victimización, descritos específicamente para la infancia, y los cuales pueden resultar complementarios. Para su ilustración, y debido a que son usualmente utilizados en la descripción fenomenológica de las consecuencias de la victimización, a continuación se resumen sus principales componentes.

a) Modelo del trastorno de estrés postraumático

El trastorno por estrés post traumático (TEPT o PTSD en inglés) ha sido descrito como una entidad clínica recién desde la década de los 80, sin perjuicio que antes se le denominaba neurosis traumática, y que como reacción psicológica fue descrita desde la época de los griegos. El estudio sistemático de esta reacción de estrés comenzó a realizarse con veteranos de guerra y posteriormente fue acuñada también para describir la reacción sintomática a la violencia sexual, dada la similitud de los síntomas que se observaban. La prevalencia de este trastorno en la población general de distintas áreas geográficas oscila entre el 1% y el 12% tras la exposición a diferentes tipos de traumas, pero especialmente tras sufrir violación, crímenes violentos o accidentes graves.

El Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, (DSM-IV-TR, 2002) ubica al TEPT dentro de los trastornos de ansiedad.

Los criterios para el diagnóstico de este cuadro son los siguientes:

- A. La persona ha estado expuesta a un acontecimiento traumático en el que han existido (1) y (2):
1. la persona ha experimentado, presenciado o le han explicado uno (o más) acontecimientos caracterizados por muertes o amenazas para su integridad física o las de los demás.
 2. la persona ha respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos. Nota: en los niños estas respuestas pueden expresarse en comportamientos desestructurados o agitados.
- B. El acontecimiento traumático es reexperimentado persistentemente a través de una (o más) de las siguientes formas:
1. recuerdos del acontecimiento recurrentes e intrusos que provocan malestar y en los que se incluyen imágenes, pensamientos o percepciones. Nota: en los niños pequeños esto puede expresarse en juegos repetitivos donde aparecen temas o aspectos característicos del trauma.
 2. sueños de carácter recurrente sobre el acontecimiento, que producen malestar. Nota: en los niños puede haber sueños terroríficos de contenido irreconocible.
 3. el individuo actúa o tiene la sensación de que el acontecimiento traumático está ocurriendo (se incluye la sensación de estar reviviendo la experiencia, ilusiones, alucinaciones y episodios disociativos de *flashback*, incluso los que aparecen al despertarse o al intoxicarse). Nota: los niños pequeños pueden escenificar el acontecimiento traumático específico.
 4. malestar psicológico intenso al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan un aspecto del acontecimiento traumático.
 5. respuestas fisiológicas al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan un aspecto del acontecimiento traumático.
- C. Evitación persistente de estímulos asociados al trauma y embotamiento de la reactividad general del individuo (ausente antes del trauma), tal y como indican tres (o más) de los siguientes síntomas:
1. esfuerzos para evitar pensamientos, sentimientos o conversaciones sobre el suceso traumático.
 2. esfuerzos para evitar actividades, lugares o personas que motivan recuerdos del trauma.

3. incapacidad para recordar un aspecto importante del trauma.
 4. reducción acusada del interés o la participación en actividades significativas.
 5. sensación de desapego o enajenación frente a los demás.
 6. restricción de la vida afectiva (p. ej., incapacidad para tener sentimientos de amor).
 7. sensación de un futuro desolador (p. ej., no espera obtener un empleo, casarse, formar una familia o, en definitiva, llevar una vida normal).
- D. Síntomas persistentes de aumento de la activación (arousal) (ausente antes del trauma), tal y como indican dos (o más) de los siguientes síntomas:
1. dificultades para conciliar y mantener el sueño.
 2. irritabilidad o ataques de ira.
 3. dificultades para concentrarse.
 4. hipervigilancia.
 5. respuestas exageradas de sobresalto.
- E. Estas alteraciones (síntomas de los Criterios B, C y D) se prolongan más de un mes.
- F. Estas alteraciones provocan malestar clínico significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Clasificación sobre Trastornos Mentales y del Comportamiento, décima versión (CIE-10, 1992)⁷, establece que:

“las características típicas del trastorno de estrés post-traumático son: episodios reiterados de volver a vivenciar el trauma en forma de reviviscencias o sueños que tienen lugar sobre un fondo persistente de una sensación de “entumecimiento” y embotamiento emocional, de desapego de los demás, de falta de capacidad de respuesta al medio, de anhedonia y de evitación de actividades y situaciones evocadoras del trauma. Suelen temerse, e incluso evitarse, las situaciones que recuerdan o sugieren el trauma. En raras ocasiones pueden presentarse estallidos dramáticos y agudos de miedo, pánico o agresividad, desencadenados por estímulos que evocan un repentino recuerdo, una actualización del trauma o de la reacción original frente a él o ambos a la vez.

Por lo general, hay un estado de hiperactividad vegetativa con hipervigilancia, un incremento de la reacción de sobresalto e insomnio. Los síntomas se acompañan de ansiedad y de depresión y no son raras las ideaciones suicidas.

7 http://www.psicoadictiva.com/cie10/cie10_27.htm, ver F43.1 Trastorno de Estrés Postraumático.

El consumo excesivo de sustancias psicotrópicas o alcohol puede ser un factor agravante. El comienzo sigue al trauma con un período de latencia cuya duración varía desde unas pocas semanas hasta meses (pero rara vez supera los seis meses). El curso es fluctuante, pero se puede esperar la recuperación en la mayoría de los casos. En una pequeña proporción de los enfermos, el trastorno puede tener durante muchos años un curso crónico y evolución hacia una transformación persistente de la personalidad”.

De acuerdo al modelo del trastorno de estrés postraumático, por el hecho de haber estado expuestas a un acontecimiento traumático, las víctimas de delitos sexuales presentarían los síntomas característicos del cuadro de estrés postraumático, es decir, reexperimentación, a través de recuerdos recurrentes e intrusivos, sueños de carácter recurrente sobre el acontecimiento o pesadillas de contenido terrorífico, evitación de estímulos asociados con la agresión, alteraciones del sueño, irritabilidad, dificultades de concentración, posible comportamiento desestructurado o agitado, presencia de síntomas físicos, etc. McLeer (1988) y Deblinger (1989) (citados en Cahill, L. Kaminer, R. & Johnson, P., 1999) señalan que los únicos síntomas que con alta frecuencia siguen al abuso, incluyen conductas sexualizadas y síntomas de estrés postraumático, presentando este último trastorno entre 21% y 48% de incidencia en esta población.

Cabe señalar que, no obstante esta frecuente asociación, este modelo presenta limitaciones al aplicarse sólo a algunos tipos de víctimas y hechos con determinadas características. A este respecto no se considera el impacto que tiene la etapa del desarrollo evolutivo en que se encuentra la víctima, así como tampoco las características de dinámicas abusivas de alta complejidad que no necesariamente responden, en sus consecuencias, a esta configuración sintomática. No incorpora otros componentes que usualmente se encuentran asociados tales como el miedo, la culpa, las distorsiones en el ámbito de la sexualidad, la distorsión en las creencias sobre uno mismo y los demás, etc.

b) Modelo traumatogénico

De acuerdo a este modelo, desarrollado específicamente para víctimas de delitos sexuales, la experiencia de agresión sexual en la etapa infantil puede analizarse en base a cuatro factores o dinámicas traumatogénicas, las cuales, en conjunto, hacen que el trauma del abuso sea único y diferente de otros traumas.

Estas cuatro dinámicas alteran la orientación cognitiva y emocional del niño al mundo al distorsionar el autoconcepto, la visión sobre el mundo y las capacidades afectivas de la víctima, factores que se relacionan con el desarrollo de un estilo de afrontamiento inadecuado y con la aparición de problemas de conducta (Finkelhor, 1985; Cantón y Cortés, 1997; en Vázquez y Calle, 1997).

Estas dinámicas son:

- a) **Sexualización Traumática:** proceso por el cual la agresión sexual configura la sexualidad del niño (sentimientos y actitudes) de una forma evolutivamente inapropiada y disfuncional. Ocurre cuando se le pide repetidamente a un niño que realice conductas sexuales inapropiadas para su nivel de desarrollo; cuando existe intercambio de afecto, atención y privilegios por conductas sexuales; cuando a partes del cuerpo se les da importancia y significado distorsionados; cuando el agresor transmite confusiones e ideas erróneas acerca de la sexualidad; cuando el niño tiene asociadas memorias y eventos atemorizantes con ésta.
- b) **Traición:** los niños descubren que el agresor -de quien dependían o en quien confiaban- les ha causado daño, manipulándolos con mentiras o engaños. También extienden esta vivencia a quien fue incapaz de protegerlos o creerles. Los efectos se asocian a una alteración vincular pudiendo surgir en el niño, por una parte, intensa necesidad de confianza y seguridad (dependencia extrema) con dificultad para realizar juicios adecuados sobre la confiabilidad de otras personas y, por otra, hostilidad, agresividad y desconfianza excesiva, manifestada en aislamiento y rechazo a las relaciones íntimas.
- c) **Pérdida de poder o indefensión:** proceso en el que la voluntad del niño, deseos y sentido de eficacia son consistentemente contravenidos, con su espacio corporal y territorio personal permanentemente invadido. Los efectos se relacionan con el miedo y ansiedad asociado a sentimientos de vulnerabilidad e incapacidad percibida por el niño de controlar eventos externos nocivos, disminuyendo los sentimientos de autoeficacia y habilidades personales. Pueden intentar compensar la pérdida de poder con necesidades de control y dominación inusuales y disfuncionales.
- d) **Estigmatización:** connotaciones negativas -maldad, vergüenza y culpa- que son comunicadas al niño alrededor de la experiencia de abuso y que son incorporadas a su autoimagen. Se asocia a sentimientos de aislamiento, culpa y vergüenza y sentimiento de ser diferente a los demás.

Consecuencias de la victimización sexual

Antes de distinguir las consecuencias de la victimización sexual es conveniente describir las distintas formas de victimización a las cuales se pueden ver expuestas las personas, atendida su frecuencia y su prolongación en el tiempo, factores ambos muy relacionados con el vínculo existente entre la víctima y el imputado. En este sentido Miguel Ángel Soria (2002) establece dos importantes categorías:

- a) delitos de impacto (episodio único).
- b) delitos de desarrollo prolongado (crónico).

Los primeros se producen durante un período relativamente breve y los procesos evaluativos y de afrontamiento de la víctima se producen una vez que ha cesado el evento negativo (delito). En estos casos la víctima no tiene un vínculo de conocimiento o cercanía previo con el abusador, el cual generalmente la somete por la fuerza y el terror. Comúnmente es una experiencia única, muy violenta, que mayormente afecta a adolescentes o adultos (Barudy, 1998, 2000 y Escaff, 2001; en CAVAS, 2003).

En los segundos, lo característico es la existencia de una relación prolongada en el tiempo entre la víctima y el agresor, aprovechándose e induciendo una vulnerabilidad en ésta. Tanto la valoración cognitiva por parte de la víctima como el afrontamiento de la situación abusiva se produce dentro del mismo suceso, aún cuando puedan aparecer períodos de relativa calma en la agresión que permiten el mantenimiento de la relación vincular.

A este segundo grupo, en que el agresor corresponde a un conocido de la víctima o a alguien perteneciente a su grupo familiar, corresponde, de acuerdo a cifras internacionales, aproximadamente entre un 80 y un 85% de los casos (15 a 20% correspondiente a conocidos del entorno social inmediato; 65% intrafamiliar). Este porcentaje se encuentra asociado a una alta cifra negra en relación a los delitos sexuales que ocurren en estos contextos, debido a que el vínculo entre el agresor y la víctima le dificulta a esta última, por una multiplicidad de razones, develar la situación abusiva manteniéndose ésta en el tiempo, muchas veces de manera crónica.

En el caso de abusos por conocidos resulta relevante el que generalmente se utilizan métodos coercitivos como el cariño, la persuasión, la mentira, o la presión psicológica y amenazas, lo que mantiene una dinámica del secreto. En estos casos el agresor envuelve a la víctima en una relación que es presentada como afectiva, protectora y gratificante, lo cual es vivido por el niño como confusión respecto a la relación, entremezclándose estas vivencias con la experiencia de abuso sexual, dificultándose su vivencia como víctima, surgiendo sentimientos de vergüenza y culpabilidad; los niños/as presentan dificultad para detectar precozmente el peligro en el que se encuentran debido al carácter confuso y manipulador de la relación ofrecida por el abusador. El que el abusador presente los comportamientos como naturales de la relación y además sea una persona cercana a la familia, aumenta la confusión en el niño/a y le impide divulgar lo que ocurre (CAVAS, 2003).

Lo anterior resulta más significativo aún en aquellos casos en que la agresión es cometida por un miembro de la familia. El abusador manipula el vínculo familiar a través de la utilización del poder que le da su rol. Generalmente hay un traspaso sucesivo de límites, con agresiones reiteradas en el tiempo. Se impone la dinámica del secreto, siendo tardía su revelación. Lo anterior cobra relevancia si consideramos que la cronicidad de la agresión ha sido considerada

uno de los factores que se relacionan de manera más significativa con el nivel de daño que la experiencia abusiva tendrá para la víctima (Huerta, Maric & Navarro, 2003).

Coincidiendo con lo anterior, según señalan Vásquez y Calle (1997), la gravedad de la reacción particular o personal ante un hecho típico de similares características, va a depender, junto con las variables propias de la víctima (edad, sexo, personalidad previa, antecedentes psicopatológicos, etc.), de factores como:

- La gravedad del abuso.
- La duración y/o cronicidad del abuso.
- La utilización de violencia física durante el abuso.
- La relación de parentesco con el agresor.

Por otra parte, Soria (2002) señala que la gravedad de los cambios mostrados por una víctima dependerá de factores como:

- el nivel de funcionamiento psicológico previo.
- las características propias del hecho delictivo.
- la reacción posterior del entorno social.
- etc.

Echeburúa (2004; citado en Quinteros, 2006, pp. 61-62), señala que “El grado de daño psicológico (lesiones y secuelas) está mediado por la intensidad/duración del hecho y la percepción del suceso sufrido (significación de hecho y atribución de intencionalidad), el carácter inesperado del acontecimiento, el grado real de riesgo experimentado, las pérdidas sufridas, la mayor o menor vulnerabilidad de la víctima y la posible concurrencia de otros problemas actuales (a nivel familiar y laboral, por ejemplo) y pasados (historia de victimización), así como por el apoyo social existente y los recursos psicológicos de afrontamiento disponibles. Todo ello, junto con las consecuencias físicas, psicológicas y sociales del suceso ocurrido, configura la mayor o menor resistencia al estrés de la víctima”.

Se han descrito diversos factores de la situación abusiva, del agresor, de la familia, de la reacción ante la develación del abuso y características evolutivas del niño, como elementos que influyen en un mejor o peor ajuste como consecuencia de la agresión sexual infantil (Smith & Bentovim, 1994; Glaser y Frosh, 1997; Cantón y Cortés, 1999; López, 1993; Finkelhor, 1993; Huerta, Maric & Navarro, 2003; en CAVAS, 2003).

- Características propias a la experiencia: los abusos repetitivos y crónicos, la presencia de contacto genital y penetración sexual y el uso de la violencia o coerción para cometer la agresión, parecen agravar los efectos. Al respecto

un estudio realizado en el CAVAS Metropolitano mostró que la cronicidad del abuso resulta una variable predictora de un daño profundo en la víctima, mientras que un número de eventos inferior a diez, resulta predictor de un daño leve-moderado (Huerta, Maric & Navarro, 2000).

- Factores relativos al agresor: La existencia de vínculo previo entre el agresor y la víctima se relacionaría con mayores efectos, lo cual puede ser atribuido a la relación de confianza preexistente, pero también a que estas agresiones se caracterizan, en general, por ser crónicas, incluir penetración, etc. Cuando el agresor es el padre o padrastro del niño/a, el abuso traería mayores consecuencias.
- Los aspectos familiares tales como la existencia de experiencias estresantes y dificultades en las relaciones familiares previas al abuso tiene influencia, generando la agresión sexual mayores efectos en los niños.
- Reacción ante la develación de la experiencia abusiva: cuando existe incredulidad del abuso por parte de la familia o el entorno, una actitud hostil de la madre hacia el hijo/a tras la revelación, el niño no recibe el apoyo de su familia, o es alejado de su hogar tras el abuso, se generan efectos de mayor gravedad. La reacción de la madre frente a la develación del abuso representa el factor de mayor relevancia respecto del pronóstico de recuperación emocional del niño (Glaser, 1991 y Cahill et al. 1999; en CAVAS, 2003).
- Edad del niño/a al inicio de la agresión: pareciera ser que más que una menor o mayor gravedad de los efectos, las distintas etapas etáreas tendrían efectos diferenciales. Cantón y Cortés (1999), plantean que habría algunos efectos de la agresión sexual que pueden darse en cualquier etapa del período infantil, mientras otros son más específicos de determinada etapa:
 - Preescolares: expresión de algún tipo de conducta sexual anormal, además de la presencia de ansiedad, pesadillas, desorden por estrés posttraumático y problemas de conducta.
 - Niños en edad escolar (6 a 11 años): presentan más problemas internos (especialmente depresión), y más problemas externos de conducta (especialmente agresión y desórdenes conductuales), también conducta sexualizada, miedos, pesadillas, baja autoestima, hiperactividad, efectos en el funcionamiento cognitivo y problemas escolares.
 - Adolescentes: son frecuentes la depresión, retraimiento social, baja autoestima, ideas y conductas suicidas o autolesivas, los trastornos somáticos, conductas antisociales (fuga del hogar, vagancia, consumo de alcohol y drogas), posibilidad de sufrir nuevas agresiones sexuales, comportamiento sexual precoz, embarazo y problemas de identidad sexual.

Criterios para la solicitud de una pericia psicológica de daño

Como ya se ha señalado, las evaluaciones periciales tienen por propósito responder a las preguntas formuladas por los diferentes ámbitos jurisdiccionales de la administración de justicia. Específicamente, nuestro Código Penal en la determinación del quantum de la pena, luego de la consideración de las circunstancias atenuantes y agravantes, ha contemplado la valoración de la mayor o menor extensión del mal producido por el delito⁸.

Cuando el legislador hace referencia a esta “mayor o menor extensión del mal producido por el delito” debemos entender que, en parte, quiso contemplar y hacer referencia explícita a las consecuencias personales que tiene para la víctima el delito que ha sufrido. Si bien el concepto *extensión del mal causado* es más amplio que las circunstancias psíquicas producidas por el influjo de un hecho típico en la vida de una persona, cuando a un perito psicólogo se le solicita que evalúe a una posible víctima, lo que se hace es instarlo a que dé cuenta del daño ocasionado en la persona producto de los hechos que se están investigando, sin que ello implique la precisión de éste respecto de la tipicidad o antijuricidad de la conducta desplegada en contra del evaluado, y menos aún que se pronuncie en cuanto a la realidad o existencia fáctica de los hechos materia de investigación.

Por ello, el rol del perito resulta extremadamente complejo y, para ser cumplido de forma rigurosa, exige de éste la capacidad para establecer la magnitud y nivel de daño presente en un sujeto en determinado momento, y ser capaz de precisar cuánto del daño encontrado corresponde efectivamente a las consecuencias, directas o indirectas, de la situación que a la persona le ha tocado vivir en cuanto víctima de un hecho que está siendo investigado.

De lo anterior, fácilmente podríamos deducir que sería tanto más fácil un pronunciamiento pericial psicológico de daño en la víctima una vez determinada judicialmente la existencia del hecho típico, pero tal situación respondería sólo a facilitar la determinación de la pena, tal como hace el informe presentencial respecto de la forma de cumplimiento más idónea para el condenado. Por el contrario, la evaluación pericial de daño va más allá de la simple finalidad de determinar el *quantum* de la pena de acuerdo a la aplicación del artículo 69 del CP, pudiendo tener por finalidad la ilustración de algunas circunstancias en la víctima que han podido resultar decisivas precisamente en la determinación de la conducta como típica.

Un ejemplo de aquello lo constituye la valoración de la relación de dependencia en relación al imputado que, en su extremo más radical, se evidencia en aquellos casos en que ha habido una grave manipulación del desarrollo psicosexual de los menores. Lo anterior ocurre por ejemplo en el fenómeno

8 Art. 69 del Código Penal.

descrito por Perrone (1995), quien plantea que a la base del abuso incestuoso se encuentra la relación (psicológica) de hechizo entre abusador y víctima por el cual la víctima entraría en un estado de trance prolongado, que puede perdurar aún después de haberse interrumpido la situación abusiva, y por el cual se condiciona a la víctima para mantener el dominio sobre ella, evitando todo cambio que pueda poner en peligro la situación del abusador.

Cabe señalar que las directrices consignadas en el Oficio FN N°160/2009 recomiendan recurrir a evaluaciones periciales psicológicas de credibilidad de las declaraciones y de daño a la víctima en los casos de delitos sexuales cometidos al interior de la familia, o cuyas víctimas son menores de edad y no se cuenta con evidencias físicas ni testigos, además de su propio testimonio.

Asimismo sugiere recurrir a la evaluación por profesionales especializados en aquellos casos en que se pueda detectar, prevenir, intervenir o, en su caso, explicar el fenómeno de la retractación⁹.

Podemos agregar a lo anterior aquellas situaciones en las que se requiere ilustrar pericialmente algunos fenómenos propios de estos delitos, que son comprensibles sólo ante la consideración de la complejidad de la dinámica abusiva; entre otros la develación tardía, el desplazamiento de la figura del agresor a otra figura, la ambivalencia afectiva frente al agresor o a los resultados del proceso penal. Junto a lo anterior se considera relevante la determinación del daño en aquellos casos en que la propia víctima, considerando la desigualdad en parámetros evolutivos, aparezca como consintiendo la dinámica abusiva o que pueda cuestionarse su participación, así como en aquellos casos en que se vislumbre la evidencia de estados disociativos profundos.

La evaluación pericial psicológica de daño en lo penal debiese estar compuesta por:

1.- *Análisis de la carpeta investigativa*¹⁰, con todos los antecedentes que contenga, en particular:

- La denuncia (descripción de los hechos).
- Las declaraciones previas de la víctima.
- Las declaraciones previas de testigos (sobre el hecho o los cambios observados en la víctima).
- Los informes médicos (dependiendo el delito: ginecológicos, de lesiones, etc.).

En este caso, la declaración inicial (denuncia) que dio origen a la investigación va a constituir un elemento relevante de análisis, toda vez que permitirá

9 Oficio FN N°160/2009, del 30 de Marzo de 2009.

10 Para mayor profundización en este punto ver: Rutte y Maffioletti (2006).

conocer la versión formal que es presentada ante la autoridad competente para conocer el posible delito. En muchos casos, esta declaración ya incluye antecedentes del contexto en que habría sucedido el hecho, los participantes, los testigos, la fecha, modo y contenido de la develación, e incluso la posible existencia de amenazas o descripción del modus operandi del imputado, todo lo cual cobrará relevancia en cuanto variables que permitan comprender y explicar la visualización del daño y su posible desarrollo (como por ejemplo en los casos de retractación).

En este punto, resulta relevante también vislumbrar todos aquellos elementos que prosiguen a la develación y posterior denuncia del posible delito, en términos que si bien es este hecho el que inicia el proceso judicial, los cambios, incluso de versión, que se puedan observar durante la etapa investigativa van a ser determinantes para definir su curso e incluso posibilidades de resolución.

Resulta de suma relevancia, por ejemplo, la consideración de la reacción familiar ante la develación de un posible delito, teniendo un alto impacto el si esta reacción consiste en la protección de la víctima y el apoyo incondicional frente a la experiencia que relata o, por el contrario, se presenta una actitud del entorno cercano que pone en duda, cuestiona y presiona a la supuesta víctima, culpabilizándola del hecho o las consecuencias de la develación. En estos casos se busca *hacer entrar en razón* a la víctima respecto de las *consecuencias negativas* que pudiese tener el proceso penal, tales como la pérdida del ingreso familiar, las posibles represalias hacia otros miembros de la familia o hacia la misma denunciante, la pérdida del vínculo cotidiano con el agresor, sobretodo cuando se trata de la figura paterna, los cambios en la composición de la familia, los cambios de colegio o barrio asociados al hecho, y un largo etcétera que muchas veces redundan en cambios de versión o retractación respecto de las referencias iniciales.

Por otra parte, cuando existen informes médicos concluyentes en cuanto al daño físico observado en la víctima por el perito ginecólogo (en genitales o ano), o el informe de lesiones arroja evidencias de resistencia o agresión, estos datos pueden significar importantes elementos de contraste respecto de los levantados en la propia evaluación pericial. Incluso la información referida puede resultar de mucha utilidad para generar hipótesis previas de trabajo que podrán ser resueltas o despejadas en el curso de la evaluación a través de la entrevista realizada para tales efectos.

2.- Generación de hipótesis de trabajo

- Que considere aspectos relativos a la edad de la víctima al inicio de los hechos y en el momento actual.
- Vínculo víctima e imputado.
- Número de eventos abusivos.

- Medios utilizados en y para la comisión del delito (fuerza, intimidación, engaño, amenazas, seducción, contexto lúdico, manipulación).
- Contexto de la develación.
- Características de la develación (directa v/s indirecta, inmediata v/s retardada, con eventuales beneficios o ganancias para la víctima o el denunciante).
- Consecuencias de la develación (cambio de domicilio y/o colegio, disgregación del sistema familiar, prisión preventiva del imputado).
- Reacción del entorno significativo.
- Actitud de la víctima post-develación: aislamiento, retractación, etc.
- Análisis de los prejuicios y mitos del propio evaluador.

Como ya se ha señalado, el trabajo pericial desde la disciplina de la psicología es ante todo una aproximación científica y, en cuanto tal, opera con todas las consideraciones que una ciencia posee, esto es, un marco referencial (teórico) sobre el asunto estudiado, una metodología sistemática de aproximación a la conducta, un método para inferir y deducir de los resultados aquello que resulte relevante y pertinente, y parámetros para proyectar o pronosticar los efectos de lo sucedido en las personas.

Para lograr este último desafío –el pronóstico– la psicología se vale tanto del estudio de la personalidad del sujeto, como de la consideración de las características propias al período evolutivo en que se encuentra, que en muchos casos proporcionará importantes antecedentes acerca de lo esperable de ciertas conductas observadas y de los recursos con los que cuenta el evaluado para enfrentar los conflictos.

Por ello, el papel que cumplen las pruebas psicológicas, tests y técnicas de evaluación (dibujo, juego) es primordial a la hora de determinar tanto las capacidades esperables en el sujeto, como aquellas áreas o características de personalidad que se han visto afectadas por los hechos investigados. Si bien este punto representa para el perito una tarea de alta complejidad, en la medida en que su respuesta debe apuntar a esclarecer los efectos de un suceso específico en la vida del evaluado, la amplitud de su estudio particular sobre el caso debiera permitirle diferenciar aquellas situaciones que son parte permanente de sus rasgos o que se relacionan al efecto de conflictivas distintas a la ocurrencia del delito, de aquellas que se potencian o son parte de su reacción al estresor específico por el cual se solicita su evaluación en el contexto forense.

3.- *Planificación de la evaluación*

- Diseño metodológico (cantidad requerida de sesiones de acuerdo a las características del caso, necesidad de entrevistar sólo a la víctima o también a su(s) figura(s) significativa(s), etc.).

- Selección de pruebas de evaluación adecuadas para los fines solicitados.
- Consideración del espacio físico y sus características.
- Necesidad de registro videado o en audio, o imposibilidad de este registro.
- etc.

4.- *Evaluación*¹¹

- Establecimiento de *rapport*.
- Definición del *setting* (consentimiento informado, limitaciones secreto profesional y confidencialidad).
- Entrevistas forenses semiestructuradas, que utilicen un modelo reconocido¹². Incorporación de evaluación diagnóstica de la capacidad testifical y la sugestibilidad.
- Aplicación de instrumentos: test psicológicos (WISC, Bender); metodologías de evaluación proyectiva (HTP, dibujo de la persona, persona bajo la lluvia, CAT, TAT, Rorschach), los cuales siempre deben ser utilizados de acuerdo a las características de la pregunta psicolegal, las necesidades del caso y las características del evaluado.

5.- *Análisis de los resultados*

Fase en que se debe analizar, interpretar y contrastar la información recabada con los demás antecedentes disponibles, así como con la hipótesis previas formuladas.

6.- *Elaboración del informe pericial*

Orientado a responder la pregunta psicolegal. Resulta altamente recomendable la discusión de los antecedentes y resultados con un par o supervisor.

7.- *Ratificación del informe en juicio oral*

El perito debe estudiar en profundidad su informe de acuerdo a lo definido en los artículos 314 en adelante del Código Procesal Penal (exposición del informe, interrogatorio y contrainterrogatorio), y deponer en concordancia.

11 Para una profundización sobre estos puntos ver libro: *Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio, documento de trabajo interinstitucional*.

12 Al respecto existe un breve análisis de los ocho principales sistemas internacionales de entrevista forense en Maffioletti (2009).

Algunas sentencias ilustrativas

A continuación se consignan tres extractos de sentencias que recogen e ilustran la valoración que han realizado Tribunales de Juicio Oral en lo Penal respecto de la conclusión acerca de la existencia de daño en las evaluaciones periciales psicológicas.

En el primero de los casos el Tribunal recurre al daño asociado al delito cometido para dar por acreditado el mismo, relacionándolo con el bien jurídico afectado, lo anterior basándose en los resultados de la evaluación de daño realizada por peritos, así como en la propia declaración de las víctimas.

A este respecto el Tribunal alude a la relevancia del acto sexual en virtud de la afectación al bien jurídico de la indemnidad sexual, materializado en las consecuencias psicológicas que tuvieron en las víctimas los hechos denunciados. Así también el Tribunal considera la proyección del daño aludiendo a *efectos colaterales y secundarios* que darían cuenta de una afectación que se inscribe al nivel del establecimiento de relaciones sociales e interpersonales, y que trasciende al contexto del delito propiamente tal.

En lo que respecta al segundo y tercer caso, el Tribunal recurre a la valoración del daño asociado al delito cometido para la determinación de la pena. En este sentido la acreditación del daño le permite al Tribunal aplicar lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, referido a la extensión del mal causado por el delito.

Cabe señalar que en ambos casos la evaluación pericial psicológica de daño alude, por las características de los síntomas descritos, a un impacto severo en la esfera psicológica, con afectación al nivel de la autoimagen y el establecimiento de relaciones interpersonales, impacto del cual el Tribunal se hace cargo a través de la consideración de la extensión del mal causado.

En ese sentido, en el último caso consignado, resulta relevante para el Tribunal la prolongación de procesos reparatorios por casi dos años luego de la develación de los hechos, aludiendo a la extensión del mal causado en virtud de la mantención de la sintomatología y de la coligación *necesaria* de la vida cotidiana de las víctimas a procesos reparatorios de largo plazo como consecuencia del delito, con el consiguiente quiebre en su continuo vital. Cabe señalar, a este respecto, que los informes periciales psicológicos no siempre incorporan información atinente a la existencia de procesos reparatorios en curso en aquellas víctimas sobre las cuales se ha realizado la labor pericial, información que puede ser de gran relevancia en lo que respecta a determinar la magnitud y proyección del daño como consecuencia del delito.

Delito: Abusos sexuales

RUC: 0500587929-0

RIT: 64-2007

Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago

Santiago, treinta de abril de dos mil siete.

Considerando Cuarto: Hechos acreditados y su respectiva calificación jurídica

“(...) en cuanto a actos de significación sexual, se reitera la idea que las menores víctimas fueron involucradas por parte del acusado en un contexto sexual, (...) el que atendida su edad (menores de catorce años) y condición (estudiantes de quinto año básico), como asimismo la lesión efectiva que se produjo en cada uno de los casos al bien jurídico indemnidad sexual, implica necesariamente concluir que estos hechos revistieron cierta relevancia, importancia o gravedad, teniendo además presente los daños o secuelas producidas a las afectadas desde un punto de vista psíquico y emocional, según depusieron en el presente juicio oral, las peritos psicólogas presentadas por el ente persecutor.

De esta forma, estas sentenciadoras, determinan la relevancia del acto sexual basado en la afectación real al bien jurídico indemnidad sexual, materializado en las consecuencias psíquicas, que se le produjeron a las menores víctimas, lo que implicó alteraciones en sus personalidades y en su psiquis; secuelas o daños emocionales, materializadas en una amplia gama de emociones y sensaciones, entre las que se incluyen el miedo, la rabia, el asco, la sensación de impotencia, el sentimiento de humillación, la repugnancia, etc. En este sentido, de acuerdo a las declaraciones de las peritos psicólogas que depusieron en el presente juicio, como asimismo aquellas prestadas por las propias víctimas, se deja de manifiesto que estas alteraciones han sido ocasionadas a las menores afectadas, en su mayor parte, en la forma que ha sido descrita con antelación, tanto en el plano psíquico como emocional.

Por otro lado, se le han producido a las menores víctimas, basándonos en la misma prueba a la que se ha hecho referencia en el considerando que precede, efectos colaterales y secundarios, algunos de ellos con un contenido preponderantemente social, dado que “la vivencia criminal se actualiza, revive y perpetúa, la impotencia ante el mal y el temor a que se repita producen ansiedad, angustia, depresiones, procesos neuróticos”. La victimización produce aislamiento social y, en último término, marginación. Todo ello suele traducirse en una modificación de los hábitos y estilos de vida, con frecuentes trastornos en las relaciones personales, situaciones descritas por los testigos que depusieron en el presente juicio oral, señalaron en este sentido cambios en la vestimenta de las menores, alteraciones en el sueño, actitudes de desconfianza hacia profesores del sexo opuesto, mayor irritabilidad en algunas de ellas y una postura de aislamiento respecto de su grupo familiar.

Asimismo, se indicó por parte de las psicólogas que declararon en el presente juicio, que además de lo anterior, advirtieron una situación de estigmatización padecida

por las menores víctimas, toda vez que habiéndose configurado la figura abusiva en un contexto grupal, ellas eran molestadas por sus demás compañeros de colegio e identificadas como “las niñas violadas”, lo que unido a la reacción que el establecimiento educacional manifestó respecto de las afectadas, se percibió por parte de ellas como una falta de apoyo o contención frente a lo sucedido”.

Delito: Violación

R.U.C. N°0600851716-7

R.I.T. N°340-2008

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso

Valparaíso, dos de enero de dos mil nueve.-

Considerando decimosegundo:

“Que la pena del delito de violación del artículo 362 del Código Penal es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, varios grados de una divisible y no habiendo circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que considerar, el Tribunal puede recorrerla en toda su extensión, aplicándola en este caso en el grado mínimo como ha solicitado la defensa, ya que no existen razones de mayor envergadura para elevar el grado de la sanción. Luego dentro del grado mínimo indicado, los sentenciadores regularán la sanción en seis años de presidio, es decir en un término medio entre lo que ha solicitado la defensa y lo que pidieron los actores ya que existe en este caso una mayor extensión del mal producido por el delito reflejada en algunos aspectos del daño emocional sufrido por la víctima, acreditado especialmente con los dichos del perito psicólogo (...), que se reflejan en angustia, desprotección por efecto amenazante, tristeza, humor depresivo, conductas defensivas, disminución de autoestima y autoconfianza, todo lo cual excede las consecuencias previstas por el legislador al tipificar la norma y establecer su pena”.

Delito: Abusos Sexuales

RUC: 0700847998-9

R.I.T. N°: 84-2008

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle

Ovalle, a tres de agosto de dos mil nueve.-

Considerando centuagésimo vigésimo cuarto:

“(...) por ello la pena en concreto debe ser encuadrada dentro del presidio mayor en su grado máximo en su minimum, pena en concreto que se determinará en especial consideración a la extensión del mal causado el que no es otro que la perturbación de las vidas de ocho menores de edad y sus familias, niños que han debido soportar un proceso reparatorio durante casi dos años, no siendo dados de altas la mayoría de ellos por cuanto persiste su sintomatología asociada a un daño postraumático tales como rechazar a hombres adultos, temores y angustias, quienes han debido ver sus vidas cotidianas coligadas a tratamientos psicológicos derivadas de estos hechos, cuyas

familias han debido de afrontar el daño que han visto en sus hijos y asumir el costo familiar y emocional que éste ha implicado, siendo estos los motivos por los que se impondrá la pena que se indicará en la parte resolutive de esta sentencia”.

Reflexiones finales

Cabe finalmente realizar algunas reflexiones en torno al valor del establecimiento del daño en la víctima, en la comprensión de la dinámica y contexto delictivo, así como en la determinación de la pena, y por ende, al valor del informe del perito psicólogo en el proceso de investigación y judicial.

En este sentido hemos notado que durante la etapa investigativa, y en la propia audiencia de juicio, el pronunciamiento de un profesional acerca de la presencia de daño en la víctima y las consecuencias que tiene para ella el delito investigado constituye un importante aporte, a los fiscales y el propio tribunal, en la toma de decisiones.

Por otra parte, siendo la labor del perito eminentemente valorativa, en la medida en que conoce el hecho investigado con posterioridad a la ocurrencia del mismo, éste mediante la evaluación pericial del daño no está llamado a esclarecer los hechos, sino más bien a definir el estado mental de la víctima, contrastando éste con el que presumiblemente presentaba antes de la ocurrencia del delito. De esta forma, y en la medida en que pueda establecer un vínculo de relación causal entre ambos, controlando otras variables intervinientes, podrá emitir un juicio de consecuencias respecto del efecto del delito en la vida de la persona.

Como hemos señalado anteriormente, tratándose el peritaje psicológico de un ejercicio científico, con toda la rigurosidad y complejidad que ello implica, esperamos que el presente documento signifique un aporte al desarrollo de la disciplina y permita a futuro contribuir a la mejor toma de decisiones en el ámbito judicial.

Bibliografía

1. American Psychiatric Association (2003) DSM-IV-TR, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Texto Revisado. Ed. Masson, Barcelona.
2. Asensi Pérez, L. (2008). La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. Revista Internauta de Práctica Jurídica, Núm. 21, año enero-junio 2008, págs. 15-29.
3. Barudy, J. (1998). El Dolor Invisible de la Infancia. Ed. Paidós, Barcelona.

4. Berliner, L. y Conte, J.R. (1993) Sexual Abuse Evaluations: Conceptual and Empirical Obstacles. *Child Abuse and Neglect*, Vol. 17, N°1, pp. 111-125.
5. Cahill, L. Kaminer, R. & Johnson, P. (1999). Develomental, Cognitive, and Behavioral Sequelae of Child Abuse. *Child Adolescent Psychiatric Clinics of North America*, Vol. 8, N°4, pp. 827-843.
6. Cantón Duarte, J. y Cortés, M.R. (1999). *Malos Tratos y Abuso Sexual Infantil: causas, consecuencias e intervención*. Siglo XXI Editores, Madrid, España.
7. Castex, Mariano N. (2005). *El daño en psicopsiquiatría forense*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires.
8. Echeburúa, E. y Guerricaecheverría, C. (2005). *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*. Ed. Ariel S.A. Barcelona, España.
9. Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio, documento de trabajo interinstitucional (2008). Bajar versión PDF en www.ministeriopublico.cl link a actividades y estudios, sección estudios.
10. Finkelhor, D. y Browne, A. (1985). The traumatic impact of child sexual abuse: a conceptualization. *En American Journal of Orthopsychiatry*. Vol. 55, N°4, octubre de 1985.
11. Huerta, S., Maric, V. y Navarro, C. (2002) Factores que intervienen en el impacto del abuso incestuoso sobre la víctima. *Revista Terapia Psicológica*, Volumen 20 (2), N°38, 2002.
12. Intevi, I.V. (1998). *Abuso sexual infantil en las mejores familias*. Ed. Granica, Buenos Aires.
13. Maffioletti, F. (2009). La entrevista forense a la víctima de delitos sexuales. *En Boletín Jurídico del Ministerio Público*, N°38, pp. 199-228. Marzo de 2009, Santiago, Chile.
14. Ministerio Público de Chile (2009). Oficio FN N°160/2009. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Santiago, 30 de marzo de 2009, Fiscalía Nacional.
15. Mora, W. Evaluación del daño psicológico en Justicia. *En Diario Digital RD*. <http://www.diariodigitalrd.com/articulo,20798.html>. Recuperado el 2 de octubre, 2009.
16. Organización Mundial de la Salud (1992). *Trastornos Mentales y del Comportamiento. Descripciones Clínicas y Pautas para el Diagnóstico*. CIE-10.

17. Perrone, R. y Nannini, M. (1997) *Violencia y Abusos Sexuales en la Familia*. Ed. Paidós, Buenos Aires.
18. Policía de Investigaciones de Chile (2003). *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales, CAVAS Metropolitano, 16 años de experiencia*. Santiago, Chile.
19. Quinteros, A. (2006). *Víctimas del Terrorismo. Los Atentados Masivos. Opúsculos de derecho penal y criminología*. Lerner Editora S.R.L. Argentina.
20. Rutte, M.P. y Maffioletti, F. (2006). *Análisis Criminológico de la Carpeta de Investigación en el contexto de la Evaluación Forense*. En Cuadernos de Psicología Jurídica N°3, publicación de la Asociación Chilena de Psicología Jurídica y Forense. Santiago, Chile.
21. Saborío, C. y Viquez E. (2006) *Mitos en torno a la evaluación psicológica forense en casos de agresión sexual contra menores de edad: la necesidad de un cambio de paradigma*. *Revista Medicina Legal Costa Rica*, septiembre de 2006, Vol. 23, N°2, pp. 51- 85.
22. Soria Verde, M.A. (coord) (2002). *Manual de Psicología Penal Forense*. Ed. Atelier, Barcelona, España.
23. Vázquez, B. y Calle, M. (1997). *Secuelas postraumáticas en niños: análisis prospectivo de una muestra de casos de abuso sexual denunciados*. *Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminología*. Editorial Diaz de Santos, Madrid.

LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ALMACENAMIENTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL COMO DELITO DE TENENCIA: CONSECUENCIAS NORMATIVAS

Francisco Soto Donoso¹

El tipo penal de almacenamiento de material pornográfico infantil del inciso 2° del artículo 374 bis del Código Penal ha sido objeto de variados tratamientos tanto a nivel dogmático como a nivel jurisprudencial. Su implementación trajo aparejadas varias interrogantes en cuanto a su extensión y aplicación práctica, cuestión que ha significado sendas posturas contrapuestas que, en definitiva, han tendido a llenar de contenido los distintos elementos que configuran dicho ilícito. Uno de los debates menos desarrollados ha sido el referente a la calidad de sus verbos rectores, lo que puede cambiar en el futuro debido a la proliferación en los hechos de distintas formas tecnológicas que permiten la comisión más expedita de estas conductas, razón más que suficiente para abordar con mayor profundidad este aspecto de la discusión.

El tipo penal al que hacemos mención señala: *“El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio”*. Se establecen como verbos rectores las conductas de “adquirir” y de “almacenar”, los que en definitiva son el corolario de una exigua discusión consignada en la historia del establecimiento de la Ley N°19.927, cuerpo legal que dio vida a este tipo penal. En efecto, la moción parlamentaria de los diputados Walker y Guzmán consagraba como núcleo de la conducta la “tenencia o posesión” del material señalado. De esta manera, el proyecto original pretendía introducir en nuestra legislación otro tipo penal de tenencia tal como lo son actualmente los delitos de receptación del artículo 456 bis A del Código Penal, de posesión de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas de los artículos 3° y 4° de la Ley N°20.000, y de tenencia ilegal de armas de los artículos 9° y 13 de la Ley N°17.798, señalándose que “la tendencia sostenida del derecho comparado es sancionar penalmente la adquisición y posesión dolosa de la pornografía infantil, excluidas bajo determinados supuestos, las situaciones de recepción accidental o no solicitada”². Desde un primer momento esta proposición de verbos rectores realizada por los redactores del proyecto fue criticada por representantes del Poder Ejecutivo y por el diputado Burgos, en cuanto a

1 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Biblioteca del Congreso Nacional, “Historia de la Ley N°19.927. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil”, Boletín N°2906-07, 2004, pp. 7-8.

que ellas no describían conductas propiamente, sino meros hechos que hacen dudar de la constitucionalidad del precepto³. Posteriormente, se decidió sustituir los verbos rectores *tener* o *poseer* por *almacenar*, agregándose, además, el verbo *adquirir*, todo ello dentro del debate generado a propósito del contenido de la expresión *almacenar* en cuanto a las cantidades de material necesario para configurarla en la práctica. En definitiva, la Comisión cerró el debate aprobando el texto del tipo penal con los verbos rectores *adquirir* y *almacenar* dispuestos en una forma disyuntiva a través de la expresión *o*, y sumándose la exigencia de dolo directo a través de la voz *dolosamente*, la que posteriormente el Senado sustituye por *maliciosamente*⁴.

Como suele ocurrir, la discusión parlamentaria en torno a los preceptos que se crean y las expresiones que se usan suele provocar más confusión que claridad en su comprensión. Un palmario ejemplo de ello es precisamente la aparición del verbo *adquirir* en el texto final, el cual surge en el marco de la discusión acerca del contenido del verbo *almacenar* que vino a sustituir los de *tener* y *poseer*, supuestamente, de acuerdo a lo señalado en la Comisión por la diputada Soto, “a fin de exculpar a quienes posean material pornográfico en escasa cantidad”⁵. Pues bien, de ser cierta esa consecuencia limitada que se asigna a dicha expresión, la inclusión de la voz *adquirir* no hace más que extenderla nuevamente ya que no hay ninguna limitación lingüística que constriña al intérprete a determinar su aplicación en casos en que el material ilícito sea de escasa cantidad y esté comprobada su adquisición por cualquier medio.

Así, la estructura de los verbos rectores de nuestro tipo penal del inciso 2° del artículo 374 bis del Código Penal terminó siendo una novedad si lo comparamos con los preceptos atingentes del derecho comparado⁶. La conducta típica se puede concretar a través de dos actividades: la adquisición del material, por un lado, y su almacenamiento por otro. Claramente no se trata de verbos rectores que necesiten verificarse copulativamente, sino que, desde un punto de vista estrictamente teórico, ambos gozan de autonomía. Sin embargo, al detenernos en la práctica de nuestros tribunales podemos constatar que casi la totalidad de las condenas registradas por este delito se han verificado en supuestos de almacenamiento, debido esencialmente a lo dificultoso que es determinar los actos de adquisición particulares de todo el caudal de material que regularmente se descubre, siendo mucho más sencillo para el ente persecutor simplemente dar cuenta de la posesión del material por parte del sujeto activo, cuestión que se ve refrendada en la forma de exponer los hechos y en la fecha que se consigna

3 En este sentido, Biblioteca del Congreso Nacional, ob. cit., p. 51.

4 En este sentido, Biblioteca del Congreso Nacional, ob. cit., pp. 52 y 277.

5 Biblioteca del Congreso Nacional, ob. cit., p. 52.

6 El artículo 189.2 del Código Penal español regula el tipo penal de la siguiente forma: “*El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años*”.

como de realización del delito, la que coincide con la fecha en que la policía realizó el descubrimiento y la incautación del material⁷.

De esta manera, por lo señalado respecto de la historia del establecimiento de esta norma y por su resolución práctica, la mención que el legislador hace al verbo *adquirir* no es aprovechable, salvo que se quiera a través de él castigar la tenencia de material en pocas cantidades en el supuesto de que el almacenamiento sea aplicable sólo a grandes cantidades del mismo, cuestión que, tal como se señaló, en la historia de la ley se plasmó sólo a través de una peregrina opinión, constituyendo para el Ministerio Público una posición sin asidero⁸.

Por lo señalado, quedando sólo el verbo *almacenar* como el único verdaderamente aprovechable, reafirmamos que este ilícito se enmarca dentro de lo que se ha designado como delitos de tenencia o posesión, categoría que no ha estado exenta de debate por parte de la doctrina. En la delimitación conceptual de los delitos de tenencia fundamental ha sido el aporte de STRUENSEE, quien ha expresado primeramente que éstos “abarcan, ante todo, aquellos tipos penales que describen expresamente la conducta punible como el *tener* una cosa inculpada (=objeto corporal)”, señalando también que se encuentran

7 En el marco de la llamada operación “Ángel de la Guarda” (causa RUC N°0600652710-6), los hechos de la acusación presentada por el Ministerio Público, que fueron reproducidos en la sentencia del 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de fecha 17 de diciembre de 2007, dan cuenta de la situación señalada: *“El Ministerio Público desde septiembre del año 2006 sigue investigación por la existencia de archivos informático cuyo contenido sería material pornográfico infantil que diferentes usuarios de la red internet estarían compartiendo a través del programa de computador denominado “Emule Plus” programa del tipo P2P. Dicho programa permite el intercambio de archivos punto a punto entre diferentes usuarios que se encuentren conectados a la red internet. Todos los archivos detectados corresponden en principio a material pornográfico infantil ya incautado con antelación en diferentes procedimientos por Policía de Investigaciones de Chile por su Unidad del Cibercrimen. Con los antecedentes recabados del programa “Emule Plus” fue posible determinar la existencia de usuarios chilenos que compartían material pornográfico infantil o al menos descargaban dicho material desde internet. Mediante respectivos oficios a empresas proveedoras de servicio de acceso a la red internet se logró determinar la ubicación geográfica de los distintos computadores o terminales desde donde se producía el comienzo de la conexión a la red. En el marco de dicha investigación con fecha 23 de marzo de 2007 se logró autorización del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago para entrada y registro en 20 domicilios ubicados en diferentes comunas de la ciudad de Santiago, que con fecha 26 de marzo fue ampliado a uno más, llegando a la suma de 21 domicilios autorizados para dicha diligencia. La verificación de la diligencia de entrada y registro fue realizada el día 27-03-2007 por un equipo encabezado por personal de Cibercrimen logrando establecer que efectivamente desde todos los lugares ingresado se produjo conexión a la red internet para los efectos ya indicados, y en el caso de todos los acusados se logró determinar la comisión actual de tenencia maliciosa de material pornográfico infantil procediéndose a su detención bajo orden judicial respectiva de este mismo Juzgado de Garantía”*.

8 En este sentido, TORRES GONZÁLEZ, LUIS, “El delito de almacenamiento de material pornográfico infantil: La plena vigencia del tipo penal del inciso segundo del artículo 374 bis, a la luz de la opinión doctrinaria y jurisprudencial.”, Boletín N°14 de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile, p. 237, Santiago, 2008.

comprendidos también “numerosos tipos penales que enlazan la punibilidad a la tenencia de determinadas cosas, cuando para esas cosas se ha planeado un uso determinado”⁹. Lo fundamental de la referencia a este autor es establecer, a través de ella, la naturaleza del verbo rector *almacenar* y, a partir de esto, determinar el contenido de su injusto. Así, STRUENSSE, no sin adoptar una posición crítica respecto de este punto, asume que la concepción dominante es aquella que sostiene que los delitos de tenencia son una forma de delito permanente¹⁰, entendido éste como un caso especial de unidad jurídica de acción. Esta postura también es asumida por la doctrina especializada que en Chile ha abordado exhaustivamente el tema de la pornografía infantil¹¹, y creemos que esta calificación es la que mejor se adapta a la naturaleza misma de los delitos de tenencia y, consecuentemente, al delito de almacenamiento de material pornográfico infantil.

Ahora bien, esta calificación doctrinaria no es inocua desde la perspectiva de sus consecuencias. Los delitos permanentes, dentro de su abrazadera conceptual, suponen la realización de acciones y omisiones en el marco de un estado en sí antijurídico. O sea, no es sólo la creación de dicho estado, sino que también se sobreponen actividades que son esenciales a esa situación (en el caso del almacenamiento de material pornográfico, su uso y goce, su tratamiento, etc.), y una necesaria omisión consistente en no terminar con dicho estado (deshacerse del material en nuestro caso). La definición de delito permanente que aporta JAKOBS es clarificadora en este sentido: “el ilícito se intensifica en la medida de la intervención en el bien mediante un actuar u omitir posterior del autor”¹².

Podemos advertir, a partir de estas aportaciones, que el concepto de almacenamiento como delito permanente se desplaza desde una concepción ontológica del verbo rector hacia una concepción más bien normativa del mismo. Esta perspectiva es clara en uno de los ilícitos que siempre la doctrina expone como un ejemplo de delito permanente: el secuestro del artículo 141 del Código Penal. En efecto, el legislador pretende el castigo de quien encierra o detiene a otro, sin derecho, privándole de su libertad. Se puede advertir, del mismo tenor del tipo penal, que el centro del injusto penal es precisamente esta privación de libertad que se concreta a través de los verbos rectores que señala, siendo precisamente esa noción normativa la que llena de contenido a la situación antijurídica que se crea a partir de las acciones primigenias de encerrar o dete-

9 STRUENSEE, EBERHARD, “Los delitos de tenencia”, publicado en “Problemas capitales del Derecho Penal moderno. Libro de homenaje a Hans Welzel.”, pp. 107-108, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

10 STRUENSEE, EBERHARD, ob. cit., pp. 115 y ss.

11 En este sentido, MOLINA CANTILLANA, RENÉ, “Delitos de pornografía infantil”, p. 111, Primera Edición, Librotecnia, Santiago, 2008.

12 JAKOBS, GÜNTHER, “Strafrecht, AT”, 2° Edición, 6/80, citado por STRUENSEE, EBERHARD, ob. cit., p. 116.

ner. Creemos que con la noción almacenar ocurre una situación análoga. No importando la forma en que se originó la posesión del material, lo relevante es que el sujeto, de cualquier forma, tiene la disponibilidad del material pornográfico infantil, pudiendo, en virtud de aquélla, realizar cualquier tipo de actividad ulterior sobre aquél.

Esta perspectiva de análisis permite abordar de mejor forma las nuevas realidades que presenta el mundo de la pornografía infantil. Como se sabe, casi la totalidad del tráfico de pornografía infantil se realiza hoy a través de internet, llegando a representar, junto con el almacenamiento de ese tipo de material, la mitad de los delitos que se cometen a través de la red¹³. No se trata, sin embargo, de una forma de delincuencia informática, sino que de “una modernización de antiguas conductas típicas, lo cual tiene que llevar necesariamente aparejado una adaptación de la normativa vigente a las nuevas modalidades comisivas y una actualización de los equipos de lucha contra tales manifestaciones ilícitas”¹⁴. Creemos que esa modernización que se reclama respecto de las normas penales, al menos en lo que respecta al tipo penal del inciso 2° del artículo 374 bis del Código Penal, ya es un hecho en nuestro ordenamiento jurídico, pues, a pesar de las dificultades estructurales que padece, permiten sus verbos rectores trabajar sobre una base normativa que admite un sinnúmero de formas comisivas.

En efecto, al analizar someramente el funcionamiento de Internet podemos percatarnos de la infinidad de posibilidades de operación y de almacenamiento de información que ostenta el sistema en su conjunto. Baste sólo advertir cómo funciona este complejo sistema de interconexión de redes de naturaleza heterogénea cuyo fundamento se encuentra en la relación cliente – servidor a través de distintos protocolos de comunicación¹⁵. En esta compleja red también se han generado nuevas formas de acopio de información distintas a las tradicionales ofrecidas por el ordenador común. Por lo tanto, hoy es posible guardar datos con altos estándares de seguridad en cuentas de correo electrónico (e mail, spam), sitios web, servidores a distancia, entre otras formas análogas; así también, es posible el almacenamiento de información en el propio ordenador de manera distinta a la tradicional, como por ejemplo, los llamados archivos temporales, y las *cookies* (fragmentos de información que se almacenan en el disco duro del visitante de una página web a través de su navegador, a petición del servidor de la página). Pues bien, entender el almacenamiento desde la perspectiva de la posibilidad de disposición del material y no sólo desde sus formas fácticas de realización, permite abarcar todas estas modernas formas

13 En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO, “Análisis dogmático y criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet.”, p. 22, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

14 MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO, ob. cit. p. 81.

15 En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO, ob. cit. p. 82.

de acumulación de la información dentro de sus márgenes conceptuales. Así, quien deja fotos o videos que contienen imágenes pornográficas de menores de edad en la bandeja de entrada de su cuenta de correo o en un sitio web que permite guardar dicha información, con claves secretas que permiten el acceso sólo del usuario respectivo, desde un punto de vista normativo afecta la norma de valoración subyacente en el tipo penal del artículo 374 bis inciso 2° de la misma forma que aquel que guarda dicho material en el disco duro de un ordenador. El injusto típico se realiza de igual manera y no vislumbramos razones para un tratamiento jurídico penal diferenciado.

Sin perjuicio de lo señalado, una gran limitante a este respecto es la exigencia de dolo directo contenida en el tipo penal a través de la expresión *maliciosamente*. Ella cobra fuerza frente a la manera en que se desenvuelve el tráfico de información a través de Internet, debido a que esa dinámica produce generalmente la obtención no voluntaria de información. Pensemos, por ejemplo, en los spam (correos electrónicos no deseados) o en los archivos temporales que se crean en el ordenador después de haber visitado sitios en la red. La información que se aloja en esos soportes ciertamente, en muchas ocasiones, implicará una obtención accidental o fortuita de información, la que no puede ser atribuida al dueño de aquéllos. La exigencia de dolo directo, por lo tanto, opera como una verdadera contención a esta perspectiva normativa del almacenamiento que pretende ampliar su campo de aplicación.

No obstante, lo apuntado no significa que esta exigencia subjetiva limite los casos de almacenamiento sólo a los de *adquisición maliciosa*. Tal como se señaló, el legislador estableció la adquisición y el almacenamiento como verbos rectores disyuntivos que se pueden verificar autónomamente, por lo que es posible en teoría que estemos ante hipótesis de mero *almacenamiento malicioso* no precedida de una adquisición. Algunas luces de esta posibilidad entrega POLITOFF: “En todo caso, las conductas descritas son todas activas y no puede sancionarse como delito omisivo la recepción no deseada de dicho material (por ejemplo, vía correo electrónico basura o spam, o por medio de “pop – ups” durante la navegación en Internet), en tanto no se dé inicio a su voluntario almacenamiento”¹⁶. O sea, admitiendo esta perspectiva normativa del almacenamiento, concordamos con POLITOFF en cuanto a que no se pueden imputar aquellas recepciones no deseadas de material pornográfico infantil, pero una vez que el sujeto toma conocimiento de dicho material y de su calidad, omitiendo su eliminación, podemos afirmar que a partir de ese momento el almacenamiento se torna malicioso, pues en la práctica no se requiere de ninguna actividad adicional para poder disponer de ese material, siendo normativamente irrelevante si, por ejemplo, lo traspasa al disco duro de su com-

16 POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA, “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial”, p. 277, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

putador o lo mantiene en la bandeja de elementos no deseados de su cuenta de correo electrónico.

De esta manera, la perspectiva normativa del verbo rector del almacenamiento de material pornográfico infantil permite superar la clásica dicotomía fáctica entre acción y omisión, alojando dicha problemática en la valoración del injusto penal. Y, más importante aún, otorga una concepción moderna de dicho ilícito permitiendo abarcar las distintas formas de acopio de información que ofrece el sistema de Internet sin vulnerar los principios de legalidad y de culpabilidad que gobiernan el derecho penal.

PEDÓFILOS EN LA RED: COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, DE 18 DE AGOSTO DE 2009, ROL 3557-09¹, QUE SE PRONUNCIA SOBRE LA BÚSQUEDA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS *PEER TO PEER*

Marcelo Andrés Acuña Silva²

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, en reciente fallo, ha legitimado, ahora jurisprudencialmente, el procedimiento utilizado por la Brigada Investigadora del Ciber Crimen de la Policía de Investigaciones, para buscar a los pedófilos en la red, lo cual se traduce, dicho en términos muy simples, en una piedra de tope para aquellos que ven en la Internet un medio *impune* para intercambiar archivos con contenido pornográfico infantil, y fortalece, a su vez, la persecución criminal de los mismos, dejando a un lado los cuestionamientos referidos a que, en estos casos, sólo se pretendería sancionar la *miseria humana*³. De esta forma, lo que trataremos de hacer en estas líneas es explicar el procedimiento utilizado por la policía en la búsqueda referida y los fundamentos que permiten sustentar la no vulneración, a través de él, de la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones.

I.- Cuestiones previas

Sabemos que en la actualidad nadie dudaría en afirmar que la evolución nos ha llevado desde el “Homo Sapiens al Homo Digitalis”⁴, y que conceptos como el de “Ciberpornografía” resultan hoy, a todas luces, cotidianos. La verdad es que en esta “aldea global” cualquiera puede encontrar el “ying y el yang”, y en esto último, evidentemente lo que nos preocupa, y que fue objeto de pronunciamiento por parte de nuestra Excelentísima Corte Suprema en la sentencia ya anunciada⁵: el intercambio vía Web de archivos que contengan pornografía

- 1 El texto completo del fallo puede obtenerse en la página Web del Poder Judicial: www.poderjudicial.cl. La sentencia corresponde a la causa RUC N°0810018402-9, RIT N°45-2009, dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.
- 2 Abogado Asesor, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.
- 3 Por el cuestionamiento referido, véase a Politoff L., Sergio, Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 288.
- 4 Sobre la materia véase a Terceiro, J.B. *Sociedad digital*, Madrid, 1966. En el mismo sentido “Del Homo Analógicus al Homo Digitalis”, en *Interactiva: Revista de la Comunicación y el Marketing Digital*, Ediciones Edipo S.A., año 2006, N°71, Barcelona, España, pp. 36-39.
- 5 Lo cierto es que aquí, sólo nos abocaremos a este aspecto específico de la sentencia en cuestión, sin embargo, no podemos dejar de mencionar que en ella también existe un pronunciamiento en relación al delito de almacenamiento de material pornográfico, afirmán-

infantil. Razón tenía en su momento Janet Reno, Fiscal General de EE.UU., al señalar que “si no vigilábamos el Cibercrimen, convertiríamos a Internet en el Salvaje Oeste del siglo XXI”⁶, presagio que lamentablemente hoy enfrentamos, y en una de sus peores formas, considerando el sujeto pasivo de la pedofilia. Es justamente en este contexto que surgen preguntas que resultan obvias: ¿cómo investigar estos delitos? ¿Cuáles son los procedimientos más rápidos y eficaces para ello? Aquí las respuestas traen aparejada una relación de contradicción entre el fin de la persecución penal y el respeto por las garantías constitucionales, con cuestionamientos que apuntan a varias interrogantes, tales como ¿en qué medida las intervenciones que puedan realizarse en estos procedimientos afectan las libertades del sujeto, y en específico, su libertad en la esfera de la intimidad?, o si ¿afectan estas intervenciones la inviolabilidad de las comunicaciones?

En el terreno práctico, el análisis debe realizarse a través de una forma habitual de intercambio, por parte de los pedófilos, de los archivos referidos, cual es el programa para compartirlos denominado *Emule Plus*, ya que justamente el cuestionamiento referido por la defensa, frente al método utilizado por la Policía de Investigaciones, a través de su Brigada, apuntaba a la supuesta “intrusión ilegal” de ésta, en la dinámica del programa en cuestión, lo que se refleja en el fallo mencionado, en sus considerandos séptimo y octavo, al indicar, refiriéndose al planteamiento de uno de los acusados, que:

“Considerando Séptimo:...la herramienta utilizada para detectar usuarios que bajaban desde la red material pornográfico infantil, se hizo a partir de un código generado denominado “HASH”, el que identificó archivos computacionales, reconociendo que los investigados tenían instalado en sus ordenadores un programa denominado “EMULE PLUS”, que sirve para compartir archivos con otras personas, funcionando en la idea de que todos compartan sus archivos consistentes en fotografías, videos, etc., y si bien los nombres pudieran ser sugerentes, ello no implica correspondencia con sus contenidos, por lo que concluye que el archivo transferido de un emisor a un receptor sería de carácter privado en cuanto a su contenido, mas no su nombre, respecto del cual estima que es público”... “Considerando Octavo: Que, de lo anteriormente señalado, aparece de manifiesto que la actividad desarrollada por la Policía de Investigaciones, les permitió determinar los códigos asignados a archivos de material

dose en la decisión que este ilícito no requiere, más allá de su texto, motivación alguna del sujeto activo en orden a la posterior comercialización o distribución del material almacenado, sancionándose así, en este delito de emprendimiento, la sola “posesión de objetos declarados ilícitos” (Politoff L., Sergio y otros, obra citada, p. 287).

- 6 Pierini, Alicia-Lorences, Valentine-Tornabene, María Inés: Habeas Data, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 144. Es interesante el caso Americano de la CDA (Communications Decency Act), con la cual, bajo el gobierno de Bill Clinton en 1996, se declaraba ilegal el uso de ordenadores y líneas telefónicas para transmitir material indecente, amenazando dicha conducta con penas de prisión de hasta dos años, y multas de hasta 250.000 dolares (indecent o patently offensive), siendo finalmente declarada inconstitucional por la Corte Suprema al vulnerar la primera enmienda.

*pornográfico infantil, independientemente de los nombres asignados por los usuarios a ellos; pero ello significó –a juicio del recurrente–, **acceder a su contenido, registrarlos y revisándolos, lo que constituye una clara vulneración a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas**, las que sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley, de conformidad a los artículos 222 del Código Procesal Penal y 369 ter del Penal, y en el presente caso nunca existió autorización alguna...*”.

Así expuestas las cosas, considerando que el presupuesto básico referido por el recurrente resulta errado, es necesario realizar algunas precisiones en relación al programa de intercambio denominado “Emule Plus”.

II.- Intercambio de archivos a través del programa Emule Plus (Filosofía del *Peer to Peer*)

El programa denominado Emule Plus, usado por los condenados, utiliza a su vez un sistema llamado ***P2P (Peer to Peer) o “Red de pares”***, el que puede definirse como una “red de computadoras en la que todos o algunos aspectos de ésta funcionan sin clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí. Es decir, *actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos de la red*”⁷, lo cual resulta importante para entender esta especial forma de comunicación, según se indicará. Así las cosas, es evidente, que en estos sistemas, ***mientras más archivos se comparten, más privilegios, acceso y rapidez se tiene***.

Como señaláramos, el P2P⁸ se utiliza principalmente para intercambiar y buscar archivos, siendo el programa Emule Plus, uno de aquellos que funciona en base a esta dinámica, y que consiste en “buscar y ofrecer” archivos con material pornográfico infantil, usando para ello protocolos⁹ eDonkey2000¹⁰ y la red Kad. En términos simples, los condenados primero instalaron el programa en cuestión (Emuleplus) en su computador, con el cual podían intercambiar sus archivos. Luego buscaban un archivo en la red a través de este programa (que puede obtenerse gratuitamente de Internet), con el cual enviaban su petición desde su computador al servidor, el cual se encargaba de buscar el archivo en la información que los otros clientes (similares a los condenados) le proporcionan a su vez al sistema a través de los archivos que éstos compartían (ya

7 http://es.wikipedia.org/wiki/Peer_to_peer

8 Una panorámica general de Internet podemos encontrarla en Pareras G. Luis. Internet Derecho. Editorial Masson S.A., Barcelona, 1997.

9 Estos se definen como un conjunto de estándares que controlan la secuencia de mensajes que ocurren durante una comunicación entre entidades que forman una red. Tomado de: <http://es.wikipedia.org/wiki/Protocolo>

10 Ejemplos de programas que usan eDonkey son aMule, eDonkey2000 (extinguido), eMule, eMule Plus, FlashGet, iMesh, Jubster, lMule, MLDonkey, Morpheus, Pruna, Shareaza, xMule. Otro protocolo conocido es BitTorrent.

que al instalar el programa se crea una carpeta con archivos que se comparten entre los usuarios, denominándose a esta carpeta “Incoming”), obteniendo de esta forma “el servidor la dirección donde se encuentra el fichero a partir de su nombre, devolviendo al cliente interesado en un fichero los enlaces, es decir, las *direcciones IP*”^{11 12} de los otros clientes contenedores del recurso, estableciéndose ahora una conexión entre los acusados y el cibernauta que tiene la fotografía que se necesita, comenzando así la descarga. De esta forma, en la medida que los condenados obtenían recursos de la red para su descarga (fotografías), se transformaban de inmediato en oferentes de los mismos (u otros que tuvieran), respecto de aquellos que, tal como los mismos condenados, necesitaban obtener dicho material, lo cual va configurando lo que se ha dado en llamar la *filosofía del peer to peer* (más se comparte, más privilegios, más rapidez).

Es importante señalar, que cada vez que un usuario del sistema descarga un archivo, en su pantalla, en la cual aparece el estado de la descarga, se puede visualizar la dirección IP de aquel cibernauta que proporciona la información. A su vez, y simultáneamente, al compartir la información, este usuario que se encuentra descargando, en este caso fotografías, muestra su dirección IP en la pantalla del programa, de aquel otro usuario, que ahora a él le “saca” la información que mantiene en la carpeta que comparte. Mientras esto sucede, a esta operación se pueden ir sumando varios cientos de usuarios que a su vez darán lugar a numerosas nuevas conexiones. En otras palabras, si sólo existirían dos usuarios compartiendo la información, a los cuales llamaremos X e Y, y se incorpora, mientras esto sucede, el usuario Z, que requiere una fotografía de menores que tiene X, se inicia una nueva conexión entre X y Z, distinta e independiente a la anterior, y de esta forma Z podrá, a su vez, ver en su pantalla la dirección IP de X, y así sucesivamente con los que se incorporen. Debe indicarse además, que todos los archivos que se descargan u ofrecen, tienen asociado “un valor de hash, que es una clave hexadecimal que identifica de forma única un archivo, aunque éste tenga diversos nombres, de manera que un mismo archivo que tengan diferentes usuarios, aunque alguno de ellos haya modificado el nombre, continúa siendo el mismo archivo”¹³. Y es justamente éste el mecanismo que el programa EmulePlus utiliza para buscar los archivos en la red¹⁴. Así, verbigracia, una fotografía que contiene material pornográfico

11 Gil Gil, Alicia. Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud. A la vez una propuesta técnica y jurídica de solución a la violación de derechos de propiedad intelectual a través de las redes p2p. En Indret, Revista para el análisis del derecho, p. 23. Obtenida de la página web: <http://www.indret.com/pdf/624.pdf>

12 El IP puede definirse como un número que identifica a cada dispositivo dentro de una red y que es proporcionado por las respectivas compañías. Tomada de: http://es.wikipedia.org/wiki/Direcci%C3%B3n_IP

13 Gil Gil, Alicia, ob. cit., p. 24.

14 La posibilidad de una colusión, es decir, la confusión de dos archivos es de 1 entre 340.282.366.920.938.000.000.000.000.000.000.000.000.000.

infantil, se representa por un determinado valor de hash, el cual se va a constituir en la “huella digital” o “Adn” de dicha fotografía, y que permitirá encontrarla, aún cuando el usuario cambie el nombre del archivo.

Toda esta dinámica del programa en cuestión, es definida en el fallo referido, sin distinguir entre los programas Emule y Emule Plus¹⁵, en el considerando décimo noveno, de la siguiente forma:

“un sistema de comunicación que consiste en compartir información, esto es, múltiples internautas repartidos en todo el mundo que a ese momento están conectados a la red para que intercambien sus archivos entre sí, actuando al mismo tiempo como receptores y emisores, ignorándose quienes son unos y otros”.

III.- Procedimiento de búsqueda realizado por el Ciber Crimen

Conocido el mecanismo de operación de los programas *Peer to Peer*, la labor desarrollada por la Policía de Investigaciones, en el marco de la búsqueda de pedófilos en la red, resulta ser bastante simple: Ciber Crimen solicita los archivos de fotografías y videos con contenido de pornografía infantil, identificados previamente de forma electrónica mediante el mencionado código “hash” (con un programa, que pudiera ser, por ejemplo, el buscador Hispalis), de tal forma que el ciberpolicía ingresa al sistema como un requirente más de fotografías del estilo, pero solicitando la información directamente por su “ADN” (Hash), por lo que el servidor, como con cualquier usuario, busca la información disponible en base a ese hash (que sabemos de un contenido pornográfico infantil determinado), y una vez que la encuentra, establece la conexión entre ambos usuarios, dándole al primero (policía), la IP respectiva (la cual aparecerá en la pantalla de su computador). El procedimiento así establecido será repetido por la policía (y por varios meses a objeto de evitar equivocaciones y establecer parámetros de comportamiento del cibernauta) con los distintos archivos de los que ya conocen su contenido pornográfico infantil por procedimientos anteriores (incautaciones de material), y en cada oportunidad, podrán visualizar la respectiva IP y el país desde la cual proviene la información. En base a ello, se darán a conocer estos antecedentes al Fiscal respectivo, se oficiará a las respectivas compañías a objeto de establecer el cliente que ha utilizado las respectivas IP en el período, y se solicitarán por el Fiscal, si es del caso, las autorizaciones judiciales que correspondan, a objeto de obtener, ahora físicamente, el material en cuestión.

15 En rigor, la Corte Suprema confunde dos programas distintos, pero que obviamente están muy relacionados. En términos muy provinciales, la diferencia consiste en que el programa EmulePlus combina las características de Emule con una interfaz de usuario más intuitiva y algunas otras funciones adicionales. Obtenido de la página web: http://es.wikipedia.org/wiki/EMule_Plus.

En nuestra sentencia, la Excelentísima Corte Suprema desarrolla el mencionado procedimiento, en su considerando décimo octavo, indicando que el código hash es un “código alfanumérico ...que se consulta en el programa P2P llamado “emule”, con el que se efectúa una suerte de patrullaje o búsqueda en la red, dirigido a detectar transacciones de material pornográfico infantil, lo que se materializa mediante un programa que permite dotar de material de ese mismo carácter procedente de anteriores investigaciones y decomisos, asociándolos a un código único e irrepetible, independiente del nombre que se les pueda dar...ese registro alfanumérico es ingresado a internet en donde procede a identificar a sus símiles, o sea en la práctica a los diversos usuarios que se encuentran en ese minuto descargando dicho material, sin que sea posible obtener a ese momento su identificación personal, toda vez que permite solamente acceder a tres datos, que son: la dirección IP nacional (protocolo de Internet, conformado por una secuencia de cuatro números separados por puntos que identifica a cada computador conectado a la red, pero no permite identificar obligatoriamente a un usuario determinado, y opera numéricamente con el contacto que se realiza en ese momento, cambiando su conformación a la siguiente conexión), luego la fecha y hora del registro. Los tres aspectos anteriores, quedan fijados mediante una captura de pantalla (fotografía), sin que sea posible saber todavía si se trata de un mismo cliente o no, detectando en consecuencia sólo el perfil del material que se está almacenando y el número de conexión asociada a una dirección IP. Posteriormente, esos resultados aleatorios son tabulados en un proceso que se realiza una vez finalizado el monitoreo y, previa orden de investigar se solicitaron mediante oficios dirigidos a las compañías servidoras, para que indicaran a quien corresponden esas direcciones según su número, día y hora de conexión detectados. Sólo a partir de ese momento se conocen datos tales como nombres, apellidos y direcciones de sus titulares, entre otros, que de una manera constante y reiterada efectúan tales descargas, lo que origina a continuación la solicitud del Ministerio Público dirigida al 7° Juzgado de Garantía de Santiago, para proceder a la entrada y registro e incautación del material pornográfico infantil encontrado en los domicilios de los dos enjuiciados de autos”.

IV.- El Peer to Peer frente a la inviolabilidad de las comunicaciones

A.- El concepto de comunicación y su privacidad

La estructura misma de la Internet, ha dejado en el pasado la configuración clásica de los modelos de comunicación, ya que “los medios de comunicación tradicionales son de dos tipos: privados o de comunicación bidireccional-interpersonal, como el teléfono o el fax, y medios de comunicación de masas o de comunicación unidireccional, entre un centro emisor inteligente y una multitud de receptores pasivos. La distinción entre emisor y receptor de información sobre la que se basa la dicotomía entre sistemas de comunicación y los medios de comunicación social, se difumina en Internet, en la que el usuario puede ser, a la vez, emisor y receptor. Los usuarios de inter-

net pueden hablar o escuchar de manera intercambiable”¹⁶. Y es justamente éste, es decir, el punto relativo a las comunicaciones, el que se constituye en el *quid* de la cuestión en cuanto base de la garantía supuestamente vulnerada, dado que, como se indicó al inicio, se impugnó aquí la constitucionalidad del procedimiento antes descrito, utilizado por la policía en la forma ya señalada, justamente por vulnerar la privacidad de las comunicaciones, por lo que resulta necesario explicar, al menos someramente, su contenido.

Nuestra Constitución, en su artículo 19 N°5, nos señala que se asegura a todas las personas la protección de “***La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada***”. El hogar sólo puede allanarse y las ***comunicaciones y documentos privados*** interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas determinados por la ley”.

Lo primero que debe decirse, es que este derecho constitucional forma parte de las libertades inherentes a todo individuo, y específicamente, de aquellas libertades que protegen intereses materiales, es decir, “de aquellas que miran el aspecto físico de la vida, a la sustentación y satisfacción de las necesidades más concretas y fácticas de la existencia”¹⁷. A su vez, encontramos aquí relacionado el derecho a la intimidad, definiéndose esta última como aquella que “corresponde a todo individuo sobre los aspectos personalísimos de su existencia, los cuales en principio están exclusivamente reservados a él y a su familia, y al margen de conocimiento o intervención por parte del Estado y los demás habitantes”¹⁸, situándose a su vez, en esta esfera de la intimidad, a la inviolabilidad referida por el numeral 5 recién transcrito. Ahora bien, el constituyente hace referencia a las “comunicaciones privadas”, por lo que necesario resulta establecer qué entendemos por “comunicaciones” para estos efectos. A este respecto, el diccionario de la Real Academia Española las define, en dos de sus acepciones, como la “Transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor”, y por otra parte, “como unión que se establece entre ciertas cosas, tales como mares, pueblos, casas o habitaciones, mediante pasos, crujías, escaleras, vías, canales, cables y otros recursos”, resultando entonces patente que la conducta de los condenados, al ingresar a la Internet con el programa referido mediante el sistema p2p, transmitían señales, sea descargando archivos o permitiendo que otros obtuvieran los suyos, es decir, entablaban una comunicación.

Definido entonces el sustrato, necesario resulta dilucidar qué debemos entender por el carácter privado de esta comunicación, para lo cual, acudimos a las

16 Morón Lerma, Esther. Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas Ilícitas en la Red, Editorial Aranzadi, 1999, pp. 114-115.

17 Molina Guaita, Hernán. Derecho Constitucional, tercera edición, Ediciones Universidad de Concepción, 1995, p. 158.

18 Linares Quintana, Segundo. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, tomo III, p. 189.

actas constitucionales, y en específico, a la que registra la sesión 129, en la cual se trató esta materia. Al respecto, expresaba el profesor Silva Bascuñán: “¿Qué es lo que se desea precisar? Aquel tipo de comunicación en que ***el emittente escoge singularizadamente la persona que la recibe***. Ahí está el problema. Si la palabra “privada” es suficiente para expresar esta idea, se declararía de acuerdo en emplearla, porque ***lo que se quiere es que el tipo de comunicación en el que quien la da a conocer elige soberanamente la persona del destinatario***, debe ser protegido. Eso es lo que se desea consagrar”¹⁹. Por su parte, el profesor Ovalle señalaba que debía “dejarse constancia en actas de que la definición del señor Silva Bascuñán –que, además de muy precisa, le agradó por la elegancia de su redacción– entiende por ***comunicaciones privadas todas aquellas en que el emittente singulariza al destinatario de su comunicación...con el evidente propósito de que sólo él la reciba***”²⁰. En este contexto, y como bien refiere el profesor José Luis Cea Egaña, “tuvo razón la comisión de estudio al infundirle un significado amplio y abierto” dado que hoy las comunicaciones son muchas “epistolar, telefónica, audiovisual y por medios de comunicación tales como el telex, fax, correo electrónico, video conferencia, etc. Por supuesto, esas y otras especies de comunicación, ***siempre que no estén abiertas al público***, están amparadas con la disposición en estudio”²¹. Es decir, en la Constitución, el “término privado al que aluden las comunicaciones, ***se refiere a la soberanía de la persona para escoger al receptor de la comunicación***”²², a diferencia de lo que sucede en el artículo 161-A del Código Penal, en el cual se “atiende a la naturaleza del diálogo o comunicado. Por lo tanto, es un concepto material que se relaciona directamente con la esfera íntima de un sujeto”²³. En definitiva, la “inviolabilidad de las comunicaciones privadas opera desde el momento en que el autor de la comunicación exterioriza su intención de hacer llegar un mensaje a otro sujeto, hasta el momento en que el destinatario, recibido el mensaje, tomó conocimiento del mismo”²⁴. Así entonces, y según lo indicado, correspondiendo la protección constitucional a la “transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y ***destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos***”²⁵, la labor desplegada por la policía, antes descrita, no puede vulnerar el derecho

19 Acta de sesión 129, de 12 de junio de 1975, obtenida de la página web del Congreso Nacional: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf

20 Idem.

21 Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, enero de 2004, p. 195. En el mismo sentido Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo I, Librotecnia, 2008, p. 725.

22 Politoff L., Sergio y otros, ob. cit., p. 236.

23 Idem.

24 Nogueira Alcalá, Humberto, ob. cit., p. 725.

25 Cea Egaña, José Luis, ob. cit., p. 195.

constitucional en cuestión, y ello, pues como recién se indicó, **la comunicación constitucionalmente protegida no debe estar abierta al público²⁶, dado que su carácter privado implica que su emitente singulariza al destinatario de su comunicación, presupuestos ambos que no concurren en la especie.** Esto es así, dado que con la utilización de emule plus, el usuario (los condenados), y como ya se señaló, no sólo descarga desde la red, sino que también ofrece sus archivos, que son aquellos que mantiene en su carpeta compartida, a todo aquel cibernauta, incluida la policía en sus labores preventivas, que requiera alguno de ellos que se encuentre en su poder, sin especificarse destinatario alguno, por lo que podrían ser varios los sujetos que interactúan con él en forma paralela, por lo que **no tiene aquí ninguna importancia la mencionada soberanía de la persona para elegir un destinatario,** ya que derechamente aquí los elige **“a todos”, sin necesidad de elegir circunstanciadamente a ninguno.** Más aún, el lugar donde se produce la intermediación del servidor resulta ser un lugar común, abierto a cualquiera que con el programa Emule Plus requiera esa información, lo que la transforma en abierta al público. De ahí entonces, que nuestra Excelentísima Corte Suprema señalara en su considerando décimo noveno, que en este caso: *“se trata evidentemente de comunicaciones genéricas, sin destinatarios prefijados, por lo que mal puede hablarse de comunicaciones privadas, operando como un mercado abierto para obtener –en el presente caso– información pornográfica infantil”.*

En este punto, viene al caso señalar, a modo de parangón, que en España, el Ministerio Fiscal, en recurso 1797/2007, seguido ante el Tribunal Supremo Español, en situación similar a la referida, y en la cual se terminó revocando la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, señaló que “no hay secreto sobre datos que el partícipe en la comunicación informática voluntariamente aporta a la red de redes...Lo que se averigua por la Guardia Civil en los rastreos efectuados es qué IP’s habían accedido a los “Hash” que contenían pornografía infantil. A esa información, que es la única que se obtiene sin autorización judicial, puede acceder cualquier usuario de la red. La huella de la entrada, el IP, queda registrado siempre y ello lo sabe el usuario”²⁷. La causa indicada correspondía a una apelación deducida por el Ministerio Fiscal en contra de la resolución antes referida, la cual había absuelto de todo cargo a través del Juzgado de Instrucción N°5 de Tarragona, en un procedimiento abreviado, a quien se denominaba como Ángela. En lo concreto, la Guardia Civil Española había realizado:

“búsquedas en Internet rastreando las redes de intercambio de archivos (Peer to Peer), para averiguar aquellos usuarios que descargasen o compartiesen entre dichas fechas

26 Como antecedente complementario véase a Riquert, Marcelo Alfredo. Protección Penal de la Intimidad en el Espacio Virtual. Análisis de Derecho Nacional y Comparado. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003.

27 La sentencia puede encontrarse en el siguiente link, que a su vez integra la página web del Tribunal Supremo Español: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=105090&links=peer%20to%20peer%20%22/%22%20%22PEER%22%20%22TO%22>

archivos conteniendo fotografías o vídeos con contenido de pornografía infantil que previamente habían identificado e incluido en sus bases de datos. Con carácter previo a dichos rastreos, ese grupo policial había creado una base de datos formada por 1.000 archivos de fotografías y vídeos con contenidos de pornografía infantil identificados de forma electrónica mediante su número "hash" con independencia del nombre que pueda asignarle en cada momento el usuario que es enteramente mudable. En base a dichos rastreos policiales, realizados sin ningún tipo de autorización judicial, obtuvo dicho cuerpo policial un listado de "IP's (Internet Protocols)", esto es, claves de acceso que los Proveedores de Servicios de Internet asignan a cada ordenador en el momento en el que se conecta a Internet, el cual permite identificar de forma indubitada a través de dichos Proveedores el número telefónico desde el que se produce la conexión. Dicho listado de "IP's" obtenido por el cuerpo policial comprendía aquellos accesos a internet que se habían producido entre los días 22 a 29 de octubre de 2005, a través de los cuales se habían efectuado descargas o intercambios de los archivos cuyo número "hash" había sido incluido previamente en la base de datos creada por el Grupo de Delitos Telemáticos, identificando en dichos listados, las "IPs" concretas de cada conexión, los archivos concretos transmitidos desde cada una de ellas, así como las horas a las que se habían producido. Dicho listado se presentó con posterioridad en el Juzgado de Instrucción número 7 de Sevilla, solicitando emisión de mandamiento judicial dirigido a los diferentes proveedores de servicios de Internet existentes en España para que identificasen al titular, domicilio, número de teléfono y forma de pago correspondiente a cada uno de los "IP's" que habían identificado en sus rastreos. En cumplimiento de dicho mandamiento judicial se obtuvo que la acusada Ángela había utilizado los accesos a Internet correspondientes a los números IP NUM000 y NUM001 incluídas en dicho listado. En base a dicha información se acordó por el Juzgado de Instrucción N°7 de Sevilla la entrada y registro en el domicilio de la acusada sito en el PASEO N°002 de la Pineda (Tarragona), que se efectuó el día 21 de febrero de 2006, en el que se intervino y analizó el contenido del ordenador personal que allí hallaron"²⁸.

Frente a esto, el tribunal de Tarragona absolvió a la acusada del delito del artículo 189 del CP Español²⁹, indicando que se había vulnerado la garantía del secreto de las comunicaciones, ya que:

"El propio sistema de intercambio de archivos no verifica que el contenido de cada archivo responda al título mudable que cada usuario pueda asignarle en cada

28 Idem.

29 Art. 189: "Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: 1.- El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades. 2.- El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido".

momento, de tal forma que en ocasiones un título inocuo puede resultar con un contenido diferente al que en un principio pudiera sugerir el título con el que se selecciona la descarga, o incluso contener material pornográfico. El contenido únicamente puede ser averiguado a través de su visualización por el usuario que solicita la descarga una vez obtenida la descarga parcial o total del archivo, si bien incluso antes de dicha comprobación o incluso aunque ésta no se lleve a cabo, el propio archivo o las fracciones del mismo que ya se han descargado son a su vez compartidas de forma automática con otros usuarios del sistema”. “... la acusada realizó búsquedas de archivos a través de títulos que contuvieran las palabras “bebés”, “mamás”, “papás”, “niñas”, “girls”, “boys”, “mamás con bebés”, sin que quede acreditado que pretendiera obtener a través de dichas búsquedas archivos que contuvieran pornografía infantil”. Agregó, además, que toda la prueba obtenida resultaba ilícita, dado que había “grave lesión al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en la obtención del material probatorio”³⁰.

Sin embargo, el Tribunal Supremo Español no razonó de la misma forma, y partió desde un punto común, en base a la conocida sentencia del caso Malone decidida por el tribunal de Estrasburgo y referida a un listado de llamados que se obtuvieron de James Malone, anticuario residente en el Condado de Surrey y que era acusado de varios delitos de receptación, habiéndose obtenido las respectivas interceptaciones con autorización del Ministro del Interior³¹, indicando que desde dicha resolución:

“la obtención del listado de llamadas hechas por los usuarios mediante el mecanismo técnico utilizado por las compañías telefónicas constituye una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo, equivalente al 18-3 C.E.”³². En cuanto al concepto de secreto de la comunicación no sólo cubre su contenido, sino otros aspectos de la comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Consecuentemente, podemos afirmar, que el secreto a las comunicaciones telefónicas garantiza también la confidencialidad de los comunicantes, esto es, alcanzaría no sólo al secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, sino a la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino”. Agregándose inclusive, en voto particular, que “no se califica de injerencia ilegítima la simple averiguación de los números telefónicos usados por una persona, en cuanto no contravendría la doctrina del caso Malone ni la de nuestro Tribunal Constitucional, ya que sería preciso para merecer protección que se indagara (cosa que en el caso

30 Supra cit. nota N°27.

31 Véase a Barcelona Llop, Javier. Escuchas telefónicas y Acción de Policía de Seguridad en Revista de Administración Pública, N°112, enero-abril 1987, pp. 61-105.

32 Señala este artículo: 18 N°3: Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

resuelto por la sentencia de 2007 no ocurre) el teléfono o la persona destinataria de la llamada, así como el momento y duración de la conversación mantenida³³.

Ahora bien, en el caso concreto de la investigación ciberpolicial, la sentencia indica:

*“a) los rastreos que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (Internet protocols) que habían accedido a los “hash” que contenían pornografía infantil. **El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario.** No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada –como puntualiza con razón el M° Fiscal– queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario.*

*b) Consecuentemente quien utiliza un programa P2P, en nuestro caso EMULE, **asume que muchos de los datos se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y tales datos conocidos por la policía, datos públicos en internet,** no se hallaban protegidos por el art. 18-1° ni por el 18-3 C.E.”³⁴.*

B.-Inexistencia de una interceptación en el procedimiento utilizado por Ciber Crimen

En el análisis de esta posible relación de contradicción, debe partirse de la siguiente base funcional: cada vez que Ciber Crimen, como cualquier usuario del sistema y de los programas Emule Plus, realiza la búsqueda de un archivo mediante su código hash, establece una conexión directa con quien proporciona la información (transformándose a su vez él en un oferente más), de tal forma que con su accionar, **no interviene en las descargas o comunicaciones que realicen otros usuarios**, ni siquiera de aquel que le ofrece su material y del cual comienza a descargar, ya que éste perfectamente puede continuar compartiendo con otros usuarios al mismo tiempo. Más aún, Ciber Crimen sólo puede detectar a un sujeto en la medida que éste ofrezca sus archivos en la red, de lo contrario éste resultará “invisible” en el sistema. Así, puede suceder que el usuario sólo descargue información, pero no comparta, para lo cual requerirá un firewall, cuestión que no sucedía con los condenados, los cuales aparecían perfectamente visibles en el sistema, por lo que éstos *necesariamente* compartían archivos (*suben y bajan, es decir, y en nomenclatura americana, uploading y downloading*).

33 Supra cit. nota N°27.

34 Idem. En el mismo sentido encontramos la sentencia recaída en recurso 10.673/2008, la cual puede obtenerse a través del link: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/ts/principal.htm>

Señala la Corte Suprema, en su considerando vigésimo primero, aludiendo a su vez al motivo duodécimo del fallo impugnado, que:

“... resultó claramente establecido que este código es un símil de otro con tal material, sin que dicho procedimiento permita conocer el contenido mismo de los archivos, tanto es así, que una vez detectada esta descarga, en forma reiterada, solicitan la información a las compañías o empresas respectivas, con la cual recaban la orden de entrada y registro e incautación, debiendo pesquisar en el sitio del suceso la existencia de dicho material en los computadores o soportes computacionales que se incauten, elementos estos que permitían sospechar la comisión del hecho punible que fue precisamente materia de la investigación”.

En este punto, si bien se comparte con nuestro máximo tribunal la conclusión en cuanto a la no vulneración de la garantía constitucional supuestamente transgredida, el fundamento de ello dista mucho de aquél transcrito. Esto es así, ya que se confunde en la conclusión el procedimiento realizado por la policía. Me explico. Al hablar de interceptación, nos referimos, según el diccionario de la Real Academia Española, a la acción de “apoderarse de algo antes de que llegue a su destino, detener algo en su camino, interrumpir, obstruir una vía de comunicación”, lo cual no sucede en la especie. En efecto, y como antes se indicó, el ciberpolicía “no detiene” la comunicación que se está realizando entre los sujetos que intercambian las imágenes con pornografía a través del programa EmulePlus, sino que es el mismo policía el que establece, mediante su propia petición de datos al servidor, a través del Hash cuyo contenido se conoce de contenido pedófilo, un requerimiento de conexión e intercambio, totalmente autónomo, y a través de éste *conoce directamente*, y “no por las comunicaciones que otros hayan entablado,” quienes son los que “ofertan” este tipo de material, y como se dijo, aparecerá en su propia pantalla la dirección IP del oferente, e incluso, la bandera del país al cual pertenece la conexión, obteniéndose con posterioridad las autorizaciones judiciales respectivas, que es lo que ocurrió en la especie. En términos simples, lo que hace la policía *en este espacio público abierto del ciberespacio* no resulta distinto a lo que cualquier persona que con un computador desde su hogar, y que instala el programa emuleplus, al cual se puede acceder gratuitamente desde Internet, puede obtener de los otros usuarios del mismo que “colocan sus archivos a disposición de todos los cibernautas” (carpetas compartidas). Más aún, queda de manifiesto incluso, en términos más abstractos, la dificultad de “interceptar”, en lo que a Internet se refiere, en el primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, boletín 2906-2007, de 10/09/2003, en segundo trámite constitucional, que al tratar las modificaciones del Código Procesal Penal, justamente en materia de pornografía infantil, señalaba *“Prefirió, en cambio, incorporar directamente en el Código Penal una regla que consulte la procedencia de que el tribunal autorice esta medida y la grabación de comunicaciones entre personas presentes, a petición del Ministerio Público, y se remita en lo demás a las normas generales, que resultan más apropiadas, por ejemplo,*

*al no mencionar determinadamente el caso de internet ya que, **cuando se está navegando en dicha red, técnicamente no se está interceptando***³⁵.

Lo mismo que se ha dicho respecto de la interceptación se aplica a la apertura (abrir) y al registro (mirar, examinar algo con cuidado y diligencia o grabar).

Así las cosas, al señalar la sentencia que la policía, al usar el mencionado código hash, no conoce el contenido de aquello que se transmite, lo cierto es que ello resulta una afirmación errónea, ya que justamente ese código hash se traduce en un contenido único y preciso al cual tendrá acceso el ciberpolicía, dado que sabemos que previamente ese material se encuentra en su poder y por ello pudo justamente descifrarse su “ADN”. Entonces la pregunta es otra: ¿vulnera este conocimiento la garantía constitucional? La respuesta en este caso sigue siendo la misma: el ciberpolicía no intercepta, no abre ni registra comunicación alguna, **pese a conocer el contenido de la misma**, y ello por una razón muy simple, ya que lo cierto es que el contenido del cual se entera dice relación con una comunicación entablada directamente con él, lo cual no resulta problemático. Como antes referimos, el policía entabla su propia comunicación como un usuario más del programa emule plus, y en virtud de ella, como conoce el contenido del código hash, conoce también el contenido de los envíos que llegan vía web en base al código que puso en el programa, pudiendo suponer, aún cuando él no intervenga en esa comunicación, que los otros cibernautas que intercambian el código en cuestión, están difundiendo y/o almacenando material pornográfico infantil.

V.- Legitimidad del procedimiento utilizado por la Policía

La actuación policial preventiva que desarrolla la policía, y que en este caso se extiende a internet, encuentra plena justificación en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, el cual señala que entre sus funciones se encuentra el **“contribuir al mantenimiento de la tranquilidad pública; prevenir la perpetración de hechos delictivos”**, aspectos todos que indudablemente se encuentran comprendidos en el procedimiento que realiza cibercrimen, tendiente a descubrir a quienes difunden o almacenan material pornográfico que involucre a menores, cuestión que por lo demás, y tal como antes referimos al señalar al Tribunal Supremo Español, resulta no sólo una práctica global, sino mancomunada en la lucha contra la pedofilia, y de ahí que dicha sentencia, y que refleja esta tendencia, señalara en su considerando tercero:

“TERCERO.- Por todo ello debe quedar patente que al verificar los rastreos la policía judicial estaba cumpliendo con su función de perseguir delitos y detener a los delincuentes que los cometen, siendo legítimos y regulares los rastreos efectuados, lo

35 El informe puede obtenerse del siguiente link: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>, en el cual deberá ingresarse el número de boletín referido.

que trae como consecuencia la validez de los mismos y la de las diligencias policiales practicadas en ejecución del auto autorizando la identificación de los usuarios de IPs y el posterior de entrada y registro, determinando la nulidad de la sentencia que el Fiscal interesa”.

VI.- Conclusiones

Evidente resulta, en base a lo ya dicho, que con este pronunciamiento nuestra Excelentísima Corte Suprema ha legitimado judicialmente, y como se dijo al inicio, el procedimiento utilizado por la policía en esta especie de patrullaje virtual en búsqueda de pornografía infantil. Ha dejado claro, también, que no existe vulneración alguna a la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones, considerando para ello, el carácter público de los datos que se obtienen, cuestión que aparece de manifiesto, no sólo por tratarse de una comunicación con destinatario genérico, sino también, porque el lugar desde el cual éstos se obtienen, resulta ser el más abierto al público que puede existir: la web.

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

EL DELITO DE ALTERACIÓN FRAUDULENTO DE PRECIOS

Verónica Rosenblut Gorodinsky¹

I. Introducción

A raíz del requerimiento presentado por el Fiscal Nacional Económico (en adelante FNE) en contra de las cadenas farmacéuticas FARMACIAS AHUMADA S.A., FARMACIAS CRUZ VERDE S.A. y FARMACIAS SALCOBRAND S.A. ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el mes de diciembre de 2008 por la presunta celebración y ejecución que aquellas habrían hecho de acuerdos y prácticas colusivas que tuvieron por objeto y efecto fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de determinados productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia, en el mes de marzo del año en curso, fueron formuladas al Ministerio Público una serie de denuncias que, fundándose básicamente en esos mismos hechos, solicitaron la investigación de los mismos y la determinación de las responsabilidades penales que eventualmente pudiera caberle en ellos a distintas personas, como autores, cómplices o encubridores del delito de alteración fraudulenta de precios contemplado en el artículo 285 del Código Penal.

Los hechos sobre los que versaron el señalado requerimiento y las antedichas denuncias fueron los siguientes:

Durante el año 2007, las cadenas de farmacias antes individualizadas, se habrían visto involucradas en una “guerra de precios” a través de fuertes campañas publicitarias en cuyo contexto incluso debieron enfrentarse ante la justicia civil². Esta disputa habría derivado en reducciones de márgenes de comercialización para las tres cadenas implicadas, principalmente respecto de los medicamentos denominados éticos y notorios, es decir, aquellos que debiendo venderse con receta médica y siendo de común consumo por parte de los consumidores, y por lo tanto, generadores de percepción de precios, eran capaces de inclinar las preferencias de los consumidores hacia una u otra cadena de farmacias en virtud de su mayor o menor precio, lo que comenzó a transformarse en un escenario preocupante para las farmacias ya que incluso aparecieron resultados con márgenes de ganancia negativos.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Demanda de FASA contra Cruz Verde por competencia desleal, al haber exhibido ésta una campaña publicitaria en que comparaba expresamente los precios de ciertos remedios con los vendidos por FASA a un mayor valor.

Ante esta situación, hacia noviembre de 2007, las cadenas implicadas habrían decidido poner fin a esta guerra de precios y coordinarse para alzar coetánea y paulatinamente el precio de medicamentos éticos y notorios, lo que permitiría dar a los consumidores una imagen de encarecimiento generalizado de los medicamentos sin levantar sospechas. Esta alza se habría materializado a contar del mes de diciembre de 2007 y reflejado en el aumento del precio de venta al público de 222 medicamentos, lo que habría disminuido la competencia entre las referidas cadenas e incrementado notoriamente sus utilidades.

En efecto, de acuerdo con el análisis efectuado por la Fiscalía Nacional Económica, las alzas de precio observadas entre el mes de diciembre de 2007 y el mes de abril de 2008, habrían dejado en evidencia su significación, y una simultaneidad y uniformidad propias del acuerdo, pues en cada ocasión se habría incrementado significativamente el precio en las tres cadenas de farmacias del mismo tipo de medicamentos, en porcentajes homogéneos y hasta en idénticos precios, en el mismo día o con muy pocos días de retraso.

Para la implementación exitosa de este acuerdo, las cadenas farmacéuticas habrían contado con el apoyo de los laboratorios, quienes habrían puesto a su disposición las listas con los denominados precios de venta a público sugerido (PVPS), mediante las cuales los laboratorios usualmente sugieren a las farmacias un precio que incluye para éstas un margen de ganancia de un 20% a 25%, y aparentemente se habrían hecho cargo, además, de la coordinación de las alzas de los precios mediante monitoreos periódicos de los precios de venta al público de determinados productos.

En definitiva, como lo señalara expresamente el FNE en su requerimiento, la colusión de estas tres cadenas farmacéuticas como cartel para la fijación conjunta y artificial de precios de venta al público de 222 medicamentos, habría tenido el efecto de alterar los precios, *falsear la competencia, defraudando a los consumidores y al interés público en ello comprometido*, y de aumentar los ingresos brutos de estos supuestos competidores en más de \$27.000.000.000.

Habiéndose iniciado una investigación penal a raíz de los hechos denunciados³, desde distintos sectores de la comunidad jurídica se levantaron de inmediato una serie de dudas y cuestionamientos en relación con la estructura y vigencia del denominado delito de alteración fraudulenta de precios previsto en el artículo 285 del Código Penal, principalmente, a la luz de las modificaciones que ha experimentado la legislación protectora de la libre competencia, razón por la cual en el presente artículo se revisará brevemente la historia de las regulaciones penales que han existido en esta materia, la coexistencia que se ha dado entre ilícitos atentatorios contra la libre competencia y otras figuras reguladas en el Código Penal y las particularidades típicas del delito de altera-

3 Investigación RUC N°0900296419-5, actualmente vigente.

ción fraudulenta de precios, con miras a despejar y esclarecer dichas dudas y a afirmar la vigencia y pertinencia del mencionado tipo penal.

II. Historia de la regulación chilena en materia de protección penal de la libre competencia

1. Regulación de los atentados contra la libre competencia en la denominada Legislación Antimonopolio

La Ley 13.305 de 6/4/1959 creó por primera⁴ vez en nuestro país, mediante su Título V, un conjunto de normas destinadas a sancionar las prácticas monopólicas como una forma de proteger la libre competencia.

Así, en su artículo 173, dicha ley establecía que: *“Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores”. “Los cómplices o encubridores serán penados con la multa señalada en el inciso anterior”. “En el caso de personas jurídicas, si se tratare de reincidencia, además de la multa señalada en el inciso primero y de la responsabilidad penal que sea imputable a sus representantes, podrá el Tribunal aplicar, como pena accesoria la cancelación de la personalidad jurídica, la revocación de la autorización de existencia si se tratare de una sociedad anónima o de una agencia de sociedad anónima extranjera, o la disolución anticipada en los demás casos. La sentencia que aplique estas penas, tratándose de una sociedad anónima o comercial o de una agencia de sociedad anónima extranjera deberá ser inscrita en el Registro de Comercio respectivo y publicada en el Diario Oficial”.*

Estas normas permanecieron vigentes hasta el año 1973, cuando se dicta el DL 211 que deroga expresamente sus disposiciones, estableciendo el texto original de este Decreto en su artículo 1° una figura penal, en cuya virtud se sancionaba a *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como las relativas al comercio exterior”,* imponiéndole una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados. Se añadía además en su inciso segundo que *“Cuando el delito incida en*

4 Sandoval López, Ricardo, “Derecho Comercial Tomo I”, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago 2007, p. 160.

*artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado*⁵.

Posteriormente, con la dictación de la Ley 19.911 de 14/11/2003, se modificó el DL 211, sustituyéndose el texto de su primitivo artículo 1° por el que permanece vigente hasta el día de hoy, y en el que se describe la misión u objetivo del nuevo texto del Decreto, eliminándose consecuentemente la regulación de un tipo penal mediante el cual se sancionaran los ataques a la libre competencia, sin perjuicio de establecerse un ilícito administrativo a que pueden dar lugar las conductas descritas a título ejemplar en su artículo 3° y que se sanciona por las formas establecidas en el artículo 26 del mismo Decreto.

De esta forma, mediante dicha reforma fueron derogados expresamente los ilícitos penales monopólicos, estableciéndose en su reemplazo en el inciso primero del mencionado artículo 3°, un ilícito administrativo también llamado “tipo universal antimonopólico”, dada su amplitud genérica, mediante la cual se buscó captar todas las conductas que conculcaran la libre competencia.

En cuanto a los motivos que el legislador tuvo en vista a la hora de optar por la despenalización del delito de monopolio, en el Mensaje del proyecto de la Ley 19.911, el Ejecutivo señaló lo siguiente:

“Todo tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa, de forma que los sujetos a los cuales se dirige la norma tengan la certeza de aquello que está prohibido por el legislador.

Sin embargo, el escenario actual en el que se desenvuelven los agentes económicos es complejo, por lo que es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia. La experiencia mundial indica que hoy cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus complejidades y particularidades. Por estos motivos, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo encargados de conocer las causas decidan, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia.

5 En el artículo 5° de este Decreto, se señalaba en sus incisos 1° y 2° que “Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería, especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre; las contenidas en el Código Sanitario; las contempladas en la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores; como también las que digan relación con los transportes, fletamentos y cabotajes, y crédito prendario”, y que “Igualmente quedarán en vigor las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso aquellas que se refieren a la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento”.

Sin embargo, este enfoque es incompatible con la existencia de una figura penal, en la cual la especificación del tipo es un requisito ineludible, so pena de vulnerar la garantía constitucional establecida en el inciso final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución.

Como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas.

De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones a esta ley, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores”.

En primer trámite constitucional, este fundamento fue sostenido por el Ministro de Economía de la época, quien, de acuerdo con lo registrado en el Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, señaló que: *“el carácter penal es incompatible con una ley en la que difícilmente se puede tipificar el delito de conducta monopólica, por la naturaleza dinámica de las conductas anticompetitivas. Además, se dijo que la normativa penal no ha funcionado como un buen inhibidor de conductas anticompetitivas, porque prácticamente nunca se ha recurrido a la acción penal”.*

Esta misma visión fue expuesta en el tercer trámite constitucional, tal como da cuenta el texto del Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, por el entonces Subfiscal Nacional Económico, don Enrique Vergara, quien señaló que: *“se eliminan las penas privativas de libertad que consagra la actual legislación, por dos razones, la primera, jurídica, ya que se ha estimado que esta norma contenía una ley penal en blanco, y, otra, práctica, puesto que en los últimos treinta años nunca se ha aplicado esta norma. Para ello se aumentaron sustancialmente las multas, acordándose, finalmente, que el monto máximo sería de veinte mil unidades tributarias anuales”.*

Por último, recientemente, mediante las modificaciones introducidas al DL 211 por la Ley N°20.361 de 13/07/2009, el mencionado artículo 3° fue modificado, manteniéndose empero exclusivamente la regulación de un ilícito administrativo, para considerarse, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, según la actual letra a) del artículo 3° del texto del referido Decreto hoy vigente, *“Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores, o afectar el resultado de procesos de licitación”.*

2. Regulación de figuras similares a los atentados contra la libre competencia en el Código Penal. Delito de alteración fraudulenta de precios del artículo 285 del C.P.

Como es sabido, el artículo 285 del Código Penal sanciona con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales a los que *“por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”*.

De acuerdo con lo que han señalado autores nacionales como Etcheberry, las disposiciones de los artículos 285 y 286 del Código Penal se tomaron de disposiciones del Código Penal español, que se referían a los que difundían falsos rumores o empleaban otros artificios y lograban alterar el precio que resultaría de la libre competencia.

La Comisión Redactora acordó originalmente sancionar la coalición industrial formada para fijar el precio del trabajo. Sin embargo, posteriormente la misma Comisión consideró que sancionar tal conducta era contrario a la *“libertad de industria”*, y acordó suprimir la disposición y, en cambio, añadir el *“trabajo”* a los objetos que pueden ser objeto de contratación, sancionando respecto de los precios solamente las alteraciones de los *“precios naturales”* que se lograran mediante medios fraudulentos, con lo que el artículo 285 adquirió su redacción actual⁶.

En otras palabras, y tal como lo refleja la Historia de la Ley, frente a la primera redacción propuesta la Comisión no consideró adecuado sancionar el *uso legítimo de un derecho, como es el que cada cual tiene de determinar el precio de su trabajo*, por estimar que *en esta materia, no debe admitirse otro regulador ni correctivo que la misma libertad de industria, de la cual solamente puede resultar una fijación equitativa de los valores, ya que lo único que merece castigo es el empleo de medios fraudulentos para abaratar o encarecer el precio del trabajo*⁷, ya sea que los mismos consistan en el esparcimiento de rumores al mercado, la formación de carteles o coaliciones, el uso de información privilegiada o la entrega de dádivas a empleados públicos, entre otros.

III. Vigencia actual del delito del artículo 285 del Código Penal

Durante la vigencia del tipo penal establecido en el artículo 1° del DL 211, éste coexistió pacíficamente con el delito de alteración fraudulenta de precios

6 Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 3ª ed. revisada y actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 280.

7 Sesión 156 de la Comisión Redactora del Código Penal chileno.

establecido en el artículo 285 del Código Penal, sin que tras la derogación expresa experimentada por el mencionado ilícito contemplado en la legislación antimonopolio a raíz de la dictación de la Ley N°19.911, fuera además derogado expresa o tácitamente el sindicado delito del Código Penal.

En efecto, más allá de que de los propios términos de la mentada reforma legal introducida a la legislación sobre libre competencia del año 2003, no pueda sino concluirse que nunca operó dicha derogación respecto del tipo penal del artículo 285 ya citado, no sólo por cuanto una derogación expresa habría requerido que la nueva ley contemplara una norma que expresamente así lo señalara, o porque para que operara una derogación tácita habría sido necesario que la nueva ley contuviera disposiciones que no hubieran podido conciliarse con la norma del Código Penal, cosas que en ningún caso han ocurrido, sino por cuanto nuestra propia doctrina no ha dudado en reconocer expresamente, tras la derogación del ilícito penal del cuerpo del DL 211, la subsistencia y vigencia del mencionado delito de alteración fraudulenta de precios contemplado en el Código Penal.

En efecto, Valdés señala, en relación con la derogación del delito penal de monopolio del DL 211, que *“aún subsisten delitos penales contemplados en el Código Penal que guardan conexión con el bien jurídico tutelado libre competencia”*⁸ y profundiza al destacar la importancia del bien jurídico libre competencia señalando como prueba de ello *“su antigua protección mediante una pena corporal y su actual tutela mediante delitos penales específicos contemplados en el Código Penal (citando a modo de ejemplo justamente a los arts. 285 y 286, además del 287) y vinculados indirectamente a la libre competencia”*⁹.

La misma idea es deslizada por el profesor Verdugo cuando, al comentar el artículo 285 del Código Penal, señala entre las concordancias que deben hacerse con el resto de la legislación, aquella referida al tipo penal del artículo 1° del DL 211 a esa época vigente¹⁰.

Esta coexistencia y posterior subsistencia puede, por lo demás, fácilmente explicarse, a partir de la relevante diferencia que existía entre el antiguo delito del artículo 1° del DL 211 y el del artículo 285 del Código Penal, consistente en que mientras la primera disposición sancionaba cualquier hecho, acto o convención que tendía a impedir la libre competencia, la figura del Código Penal sanciona un determinado tipo de ataques, esto es, aquellos efectuados por medios fraudulentos y que afectan el funcionamiento del mercado al alte-

8 Valdés Prieto, Domingo, ob. cit., pp. 225 y 226.

9 Valdés, pp. 228 y 229.

10 Verdugo Marinkovic, Mario, “Código Penal, Concordancias, antecedentes Históricos, Doctrina y Jurisprudencia”, Editorial ConoSur Ltda., Tomo II, segunda edición actualizada, Santiago 1986, p. 632.

rar el precio natural de las mercaderías, y por tanto, un bien jurídico que, aunque relacionado con aquél, es distinto.

En efecto, encontrándose este delito regulado en el párrafo 7 del Título VI del Libro II del Código Penal, titulado “Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”, entre los cuales se encuentran delitos que la doctrina denomina como “Delitos contra la economía pública”¹¹, puede legítimamente sostenerse que este delito es de aquellos en los que se protege como bien jurídico el orden socioeconómico, entendido como el buen y correcto funcionamiento del mercado, siendo posible sancionar a través del mismo todos aquellos atentados que se cometen empleando medios fraudulentos que alteran los precios naturales, es decir, *las alzas o bajas injustificadas del precio de la mano de obra y de las cosas comerciables*^{12,13}. Otros autores, como Moreno y Bravo, agregan que el bien jurídico protegido lo constituirá “*el mantenimiento de una determinada política de precios, necesaria para el desenvolvimiento del sistema económico*”.

En función de lo expuesto podríamos sostener que el delito en análisis tutela el orden público económico, entendido como el buen y correcto funcionamiento del mercado, siendo posible sancionar a través del mismo aquellos atentados que se cometen empleando medios fraudulentos que alteran los precios naturales, ya sea que tales medios fraudulentos consistan, por ejemplo, como se dijo, en el esparcimiento de rumores al mercado, el uso de información privilegiada, la entrega de dádivas a empleados públicos, o el acuerdo o celebración de prácticas colusivas que devengan en la formación de coaliciones o carteles entre competidores previamente concertados para ello.

Sin embargo, lo sostenido en cuanto al campo de aplicación de este artículo, en el caso de las alteraciones de precios que se realicen por medio de conductas colusivas o carteles, podría eventualmente variar en el futuro, de acuerdo a cuál sea el resultado de los proyectos de ley que actualmente se encuentran

11 Etcheberry, Alfredo, Derecho penal Parte especial Tomo III, Editorial Jurídica de Chile., Santiago, 1997.

12 Labatut, Gustavo. *Derecho Penal Parte Especial*, t. III, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983, p. 107.

13 Existe un importante antecedente de derecho comparado que sirve para apuntalar esta conclusión. En efecto, el artículo 284 del Código Penal español contempla una disposición equivalente a la del artículo 285 del Código Penal chileno, la que se ubica en el párrafo del título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” y que, según Moreno y Bravo, se configura como un claro exponente de delitos contra el libre mercado. Artículo 284 del Código Penal español de 1995: “*Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos*”. Moreno y Bravo, Emilio, “Delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en Bacigalupo (ed.), *Derecho Penal Económico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 406.

pendientes de tramitación en el Congreso, y que buscan introducir una sanción penal expresa para la colusión de agentes económicos.

En efecto, en caso de que cualquiera de dichos proyectos llegara a convertirse en ley, ya sea el proyecto presentado por el Ejecutivo¹⁴ que busca modificar el actual párrafo 7 del título VI del libro II del Código Penal, titulado “Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”, incluyendo una mención a la libre competencia y, en lo que aquí interesa, un nuevo artículo 285 bis, mediante el cual se sancionen los acuerdos o prácticas colusivas cometidas con la finalidad de afectar actividades consideradas esenciales, o bien, el presentado por los H. Senadores señores Espina, Chadwick, Cantero, García y Horvath¹⁵, mediante el cual se busca introducir nuevamente en el DL 211 una figura penal, concretamente un nuevo artículo 3° bis, para sancionar a los que ordenaren o ejecutaren acuerdos entre agentes económicos atentando en contra de la libre competencia; la aplicación del mencionado tipo penal del artículo 285, aún permaneciendo vigente, podría verse eventualmente desplazada, dado que atendiendo a un criterio de especialidad, en el caso de atentados contra la libre competencia realizados mediante coaliciones o carteles, correspondería aplicar alguna de las nuevas figuras penales cuya inclusión de propone.

IV. Estructura típica del delito de alteración fraudulenta de precios

1. Tipo objetivo

1.1. Conducta típica. Alteración del precio natural

Un primer problema que puede plantear la interpretación del artículo 285 del Código Penal, viene dado por la determinación de lo que debe considerarse

14 Propuesta contenida en la indicación sustitutiva que el 10 de junio del presente año formuló el Ejecutivo al proyecto de ley presentado por un grupo de Diputados y que se tramita en primer trámite constitucional ante la Comisión de Economía de la Cámara en el Boletín N°6438-03. El tipo penal cuya inclusión se propone es el siguiente: “*Art. 285 bis. Cuando las conductas, actos o convenciones a los que se refiere la letra a) del inciso segundo del artículo 3°, del decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N°211, de 1973, se cometan con la finalidad de afectar actividades consideradas esenciales, se castigarán con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.*”

15 Proyecto que se encuentra en primer trámite constitucional bajo el Boletín N°6454-07, y cuyo texto ya ha sido aprobado por la Sala del Senado, encontrándose pendiente un plazo para formular indicaciones antes de ser enviado a la Cámara para dar inicio al segundo trámite constitucional. El tipo penal cuya inclusión se propone es el siguiente: “*Artículo 3° bis. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.*”

como “precio natural”, ya que es su alteración la que se sanciona penalmente en virtud de esta disposición.

En relación con este punto, Etcheberry señala que del tenor de las disposiciones analizadas, así como de los antecedentes históricos a los que se ha hecho referencia, se puede concluir que nuestro legislador tenía el convencimiento de que de la “libre concurrencia” no podía sino resultar el precio “equitativo” o “natural” de las cosas¹⁶, por lo que en su concepto, el precio natural es el que resulta de la libre juego de la oferta y la demanda.

En el mismo sentido Labatut señala que el delito del artículo 285 persigue “*la finalidad de asegurar el libre juego de la oferta y de la demanda, e impedir las alzas o bajas injustificadas del precio de la mano de obra y de las cosas comerciables*”¹⁷, lo que lleva a concluir que el precio natural, según la concepción del autor referido, es también el resultante del libre juego de la oferta y de la demanda.

Esta interpretación, por lo demás, resulta respaldada desde el punto de vista del derecho comparado, ya que, por ejemplo, el Código Penal español, en una disposición equivalente para estos efectos al artículo 285 en análisis, hace referencia a la alteración de los “*precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de [...] cualesquiera cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación*”.

En este punto, sin embargo, resulta pertinente preguntarse si cualquier alteración del precio natural es suficiente para efectos de la configuración del tipo penal del mencionado artículo 285, fundamentalmente en el caso de las alteraciones ínfimas de precios, cuestión que debiera ser resuelta por aplicación del principio de lesividad y de acuerdo a la concepción del bien jurídico que se tenga, ya que sólo las alteraciones que afecten o pongan en peligro el orden público económico podrán ser típicas.

1.2. Medio comisivo. Por medios fraudulentos

Según Etcheberry, la expresión “medios fraudulentos” comprende cualesquiera artificios engañosos, de los cuales necesariamente resultará un perjuicio, ya que en toda alteración del “precio natural” hay quien resulta perjudicado, sea el público en general, sea el contratante víctima del fraude. Para Labatut, en tanto, los medios fraudulentos pueden consistir en la difusión de rumores o noticias falsos, en el acaparamiento anormal de determinadas mercaderías, entre otros¹⁸.

En relación con este punto, resulta importante señalar que a diferencia de lo que pudiera concluirse a partir de lo sostenido por Etcheberry, el tipo penal en

16 Ibidem.

17 Labatut, ob.cit., p. 107.

18 Labatut.

comento no constituye un delito contra el patrimonio, es decir, no constituye una defraudación de aquellas que la doctrina identifica con el perjuicio ocasionado a un patrimonio ajeno mediante engaño o abuso de confianza.

En efecto, como se dijo, el delito del artículo 285 del Código Penal es un delito relativo al comercio, es decir, que afecta el orden público económico, por lo que la utilización de la expresión “medios fraudulentos” en la estructura de su tipo penal, debe ser entendida como “medio engañoso”, sentido en que de hecho el legislador penal ha empleado el término fraudulento cuando lo ha incluido en otros tipos penales que tampoco constituyen defraudaciones¹⁹.

En el mismo sentido de lo anterior, resulta importante recordar que nuestra doctrina reconoce expresamente que el texto del mencionado artículo 285 se basó en el antiguo artículo 462 del Código Penal español de 1850, por el cual se castigaba a los que esparciendo falsos rumores “*o usando cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios...*”, por lo que en definitiva debiera concluirse que nos encontramos frente a un tipo penal de medios indeterminados, en que la única exigencia en relación con el medio empleado consiste en que el mismo sea engañoso.

2. Tipo subjetivo

En relación con este punto, sólo cabe señalar, sucintamente, que la figura contemplada en el artículo 285 del Código Penal sólo admite una comisión dolosa, desde que su estructura típica requiere del empleo de un medio fraudulento, es decir engañoso, y de que no existiendo una tipificación expresa de la misma figura a título imprudente, su punibilidad queda supeditada a la realización dolosa del tipo, de acuerdo a la regla general establecida en el Código Penal chileno.

V. Conclusión

De acuerdo a lo señalado en este artículo, pese a la derogación expresa del ilícito penal que mediante la modificación del año 2003 tuvo lugar en la legislación antimonopolio, hoy también llamada legislación protectora de la libre competencia, desde la dictación del primitivo Código Penal y hasta nuestros días, se encuentra vigente una figura que permite sancionar determinados atentados cometidos contra otro bien jurídico relacionado con aquél como es el orden público económico, cuando los mismos se cometen por medios fraudulentos y logran alterar el precio natural de mercaderías y demás objetos de contratación en el mercado, debiendo entenderse que la estructura típica de

19 En el mismo sentido de “engañoso” es empleado el término fraudulentamente, por ejemplo, en el artículo 284 del C.P. al describir la estructura típica del delito de comunicación de secretos de fábrica.

este delito no exige más que el empleo de un medio engañoso, dentro de los cuales, y hasta que no opere una nueva modificación legal que vuelva a incorporar un tipo penal especial que sancione este tipo de conductas, pueden ser consideradas las prácticas colusivas o la formación de coaliciones o carteles entre competidores.

PRUEBA INDICIARIA Y LAVADO DE DINERO

Antonio Segovia Arancibia¹

1. El delito de lavado de dinero como proceso

No es tarea fácil encontrar en doctrina una definición de consenso del término *lavado de dinero*. Sin embargo, casi todas ellas coinciden en que el delito de lavado de dinero importa la realización de un *proceso*. En este sentido encontramos la definición de Fabián Caparrós, quien entiende el blanqueo de capitales como un “... *proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad*”².

Aránguez, por su parte, no tiene dudas que, desde una perspectiva criminológica, el lavado de dinero es un proceso, e individualiza al menos tres notas características de éste, las cuales serían comunes a las distintas definiciones doctrinales: i) La riqueza de mecanismos empleados para la comisión de este delito; ii) El blanqueo es un proceso, que puede tener un claro punto de partida, pero del que difícilmente puede señalarse su final, porque el proceso de blanqueo siempre es perfeccionable, siempre podría realizarse una nueva operación que distancie aún más el bien de su ilícita procedencia; iii) Dicho proceso tiene una finalidad determinada, que consiste en ocultar las ganancias del delito e introducir las mismas en la economía legal³.

Blanco Cordero, por último, y criticando fuertemente la poca atención prestada por la doctrina para alcanzar una definición que pretenda abarcar un fenómeno a todas luces de extrema complejidad como lo es el “blanqueo de capitales”, lo define como el “... *proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*”⁴.

Entender el lavado de dinero como un proceso, y uno particularmente complejo, queda de manifiesto también cuando se revisan los distintos modelos

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. “El delito de blanqueo de capitales”. Colex, Madrid, 1998, p. 76.

3 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El delito de blanqueo de capitales”. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2000, pp. 32-33.

4 BLANCO CORDERO, Isidoro. “El delito de blanqueo de capitales.” Aranzadi Editorial, Navarra, 1997, p. 101.

propuestos para intentar explicarlo y delimitarlo⁵. Dentro de ellos, y a modo meramente ejemplar, puede citarse el usado por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), utilizado por la mayor parte de la doctrina y organismos internacionales⁶. Este modelo intenta explicar el proceso de lavado de dinero como uno de tres fases: colocación, estratificación e integración.

El modelo propuesto es seguido, entre nosotros, al menos por Prambs, quien además identifica claramente el objetivo de este proceso, al señalar que “... *el blanqueo de capitales, como fenómeno, es un proceso, y como todo proceso tiene etapas o fases. (...) En definitiva y desde una perspectiva criminológica y procesal, podríamos decir que el proceso tiene por objeto destruir las pistas o indicios que conducen a la fuente generadora de los bienes, esto es, al delito previo*”⁷.

La tipificación positiva del delito de lavado de dinero en nuestra legislación, contenida en el artículo 27 de la Ley N°19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de diciembre de 2003, sin definir el “fenómeno” del lavado de activos, sanciona una conducta que sí da cuenta de un proceso: en el tipo de ocultamiento, descrito en la letra a) primera y segunda parte del artículo 27, se sanciona el tomar bienes provenientes de la comisión de alguno de los delitos base o precedentes señalados en la ley -en el propio artículo 27- para, conociendo su origen, ocultar o disimular su origen ilícito de cualquier forma; en el tipo de aislamiento o contacto, contenido en la letra b) de la misma norma, también pueden identificarse algunos elementos que hablan sobre un proceso, aunque ciertamente en menor medida que en el tipo de ocultamiento: aquí se trata, en definitiva, de adquirir, poseer, tener o usar los bienes procedentes de la comisión de un delito base, conociendo su origen y con ánimo de lucro.

Conceptualizar y tipificar el delito de lavado de dinero como un proceso implica no entenderlo como un hecho puntual mediante el cual instantáneamente los bienes de origen ilícito pasan a tener una apariencia de legalidad, sino que consiste la realización de una serie de actuaciones, fases o etapas, realizadas progresivamente hasta conseguir el resultado perseguido por los blanqueadores: disfrutar de los bienes sin despertar sospechas sobre su origen⁸.

5 Sin perjuicio de existir muchas críticas al establecimiento de fases rígidas mediante las cuales explicar el blanqueo, el que puede adoptar diversas formas, estilos y modos comisivos que no se encuadran necesariamente con los diversos modelos propuestos. En este sentido puede verse ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, ob. cit. p. 41.

6 Entre otros, por la Federación de la Banca de la Comunidad Europea, en su guía contra el blanqueo de dinero, de 1991.

7 PRAMBS JULIÁN, Claudio. “El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado”. LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 76-77.

8 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit. pp. 98-99.

2. Los elementos del delito desde una perspectiva probatoria

La labor de acreditar la realización de las acciones u omisiones materiales que forman los verbos rectores del tipo penal (ocultar, disimular, adquirir, poseer, tener, usar), puede verse facilitada fundamentalmente debido a la enorme cantidad de prueba documental que generalmente acarreará la utilización del sistema financiero o económico legítimo para dar apariencia de licitud al producto del delito base⁹ (en un ejemplo sencillo, inscribir bienes a nombre de terceros con el fin de ocultar o disimular su origen ilícito se prueba fundamentalmente mediante la inscripción; otra cosa, como veremos más adelante, es la prueba de que ese acto tenía por objeto justamente *ocultar o disimular*).

Sin embargo, la principal dificultad en materia probatoria sobreviene a la hora de establecer cuáles de dichas operaciones son lícitas o neutrales, propias del ejercicio del comercio del imputado, y cuáles son acciones tendientes a ocultar o disimular, o usar o poseer bienes de origen ilícito (prueba del dolo). También habría que establecer cuáles bienes constituyen el objeto material del delito y cuáles tienen origen lícito, lo que tendrá enorme importancia a la hora de solicitar medidas cautelares reales y de incautación, y sobre todo a la hora de solicitar y aplicar la pena de comiso. La “mezcla” entre ambos tipos de bienes será corriente en operaciones de lavado más complejas.

Adicionalmente, se deberá acreditar el origen delictivo de los bienes (delito base) y el conocimiento de dicho origen (nuevamente prueba del dolo), cuestiones ambas para las que no existirá, en la gran mayoría de los casos, prueba directa (en el caso de la prueba del dolo nunca existirá), documental, testimonial o de cualquier otra clase.

Respecto al delito base se exige, para la aplicación del tipo penal en sede judicial, que los bienes objeto del lavado o blanqueo hayan proveniendo, directa o indirectamente, de la comisión de alguno de los delitos base señalados en la ley. El artículo 27 de la Ley N°19.913 expresamente indica que no es necesaria la existencia de una sentencia condenatoria previa que haya recaído sobre el delito base, permitiendo incluso la sustanciación conjunta del delito de lavado de dinero y el delito base¹⁰. De esta manera, su acreditación queda sujeta a las reglas y principios que sobre la prueba establece el Código Procesal Penal.

En cuanto al tipo subjetivo (especialmente en cuanto conocimiento previo del agente acerca del origen ilícito de los bienes, ánimo de lucro, negligencia

9 ZARAGOZA AGUADO, Javier. “El blanqueo de bienes de origen criminal”, p. 42.

10 Por lo demás, es poco probable que exista una sentencia condenatoria previa. Si pensamos en el tráfico de drogas como delito base, en el mayor número de veces nos encontraremos que las sentencias condenatorias previas incluyeron el comiso de las drogas. Ello significa que éstas no alcanzaron a venderse y, por tanto, no alcanzaron a producir utilidades que posteriormente blanquear o lavar. Lo que buscamos son delitos base “exitosos”, en el sentido de haber producido bienes.

inexcusable), a la prueba del dolo, no se contará nunca con prueba directa. En efecto, ¿cómo probar un hecho interno del sujeto? Pareciera que nunca habrá más que distintos indicios que permitan inferir una “voluntad delictiva” de ellos, y por este medio, acreditar el dolo y, en general, el tipo subjetivo de lavado. Como señala Hernández, “... *los hechos internos sólo pueden probarse en el sentido de ser inferidos a partir de hechos conocidos, y esto en cualquier sistema probatorio y en cualquier época, sin excepción, pues, como destaca Gascón Abellán, “caso paradigmático de prueba indirecta es la de los hechos psicológicos, pues ni las motivaciones ni las intenciones pueden ser observadas o deducidas”. Específicamente en el ámbito del derecho penal, este es un punto completamente indiscutido, que se ha expresado ya desde el derecho común en doctrinas tales como la del dolo ex re o la del dolo indirectus, históricamente superadas, pero no en el aspecto metodológico central: el dolo se presume a partir de las circunstancias externas al hecho*”¹¹.

En este escenario, la prueba del delito no parece una tarea fácil. Sin embargo, surgen alternativas sostenibles en las reglas que sobre la prueba contiene nuestro Código Procesal Penal, y que se traducen fundamentalmente en la utilización de la llamada prueba de indicios o prueba indiciaria que, como veremos, resulta la única posible para acreditar, con el grado de convicción requerido por la ley, la comisión del delito y la participación que en este le ha cabido a una o más personas.

3. La prueba indiciaria

3.1. Concepto

Prueba indiciaria sería aquella que producirán los intervinientes durante el curso del procedimiento penal por medio de indicios, para la acreditación de sus pretensiones persecutorias o de defensa, con la finalidad de direccionar el razonamiento del tribunal en un determinado sentido¹².

Arenas agrega que la prueba indiciaria es una prueba indirecta crítica, en el entendido que no existe la mediación de un razonamiento adicional entre el hecho por probar y el medio de prueba, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de la prueba directa¹³.

En términos más simples, la prueba indiciaria consiste en inferir hechos desconocidos a partir de otros hechos probados a través de prueba directa.

11 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Informe en Derecho realizado para el Ministerio Público. Santiago, 2004, pp. 19-20.

12 AGUILAR ARANELA, Cristián. “La prueba en el proceso penal oral.” Editorial Metropolitana, Santiago, 2003, p. 241.

13 ARENAS SALAZAR, Jorge. “Crítica del indicio en materia penal”. Ediciones doctrina y ley, Colombia, 1993, p. 41.

3.2. Admisibilidad de la prueba indiciaria en nuestro sistema probatorio

3.2.1. La libertad probatoria

El párrafo 4° del Título III del Libro Segundo del Código Procesal Penal lleva por título “Disposiciones generales sobre la prueba”. El artículo 295, que preside dicho párrafo, señala: *“Art. 295. Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio idóneo e incorporado en conformidad a la ley”*.

La libertad probatoria, que cambia radicalmente el sistema de la prueba legal o tasada vigente bajo el Código de Procedimiento Penal de 1906, como quedó constancia en la historia legislativa del Código Procesal Penal, significa que, en principio, todo hecho puede ser probado por cualquier medio. No existen medios restringidos ni excluidos, como tampoco existe la vinculación de la necesidad de probar ciertos hechos con ciertos medios¹⁴.

3.2.2. Valoración de la prueba

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Por su parte, el artículo 340 del mismo cuerpo legal establece que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. Agrega que el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

Este sistema, llamado de libre convicción o sana crítica racional, puede ser entendido como aquel en el cual no existen reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión, haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.¹⁵

14 “Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias.” LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando y otros. Coordinador: Cristián Maturana Miquel. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 530.

15 LÓPEZ MASLE, Julián y HORVITZ LENNON, María Inés. “Derecho Procesal Penal Chileno”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 150.

Concordamos con algunos autores en cuanto señalan que el Código Procesal Penal ha superado el tradicional señalamiento expreso de las presunciones judiciales, propias de los sistemas inquisitivos -prueba de lo cual es el señalamiento expreso de las “presunciones judiciales” en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal de 1906-, ello porque el razonamiento mediante el cual el tribunal tiene por probados ciertos hechos a partir de otros, llamados “indicios” o “hechos base”, es consustancial a un sistema procesal penal regido por el principio de la inmediación, e insustituible. Se trataría, más que medios de prueba, de un proceso de inferencia probatoria a partir de indicios, que nunca dejará de estar presente, y no sólo respecto al delito de lavado de dinero, sino de cualquier otro¹⁶.

Igual opinión tuvieron nuestros legisladores. En este sentido, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante la tramitación legislativa del Código Procesal Penal, a propósito de la supresión del inciso final del artículo 297, en el cual se hacía una referencia expresa a las presunciones, se señaló: *“Esta norma es un resabio de la prueba de presunciones que elimina este Código, por cuanto no constituyen propiamente un medio de prueba sino que un razonamiento, y el solo hecho de consagrar la libre valoración de la prueba importa que el tribunal deberá hacer un análisis de los hechos y las pruebas para llegar a las conclusiones. En esa medida, entrar a regular el razonamiento que debe efectuar el tribunal haría ilusoria la libertad de apreciación de la prueba”*¹⁷.

De esta manera, la utilización de la prueba de indicios en la acreditación del delito de lavado de dinero no tiene ninguna objeción formal o material que la impida, es más, es parte del proceso de razonamiento que debe hacer el tribunal, y que es consustancial al sistema probatorio del Código Procesal Penal chileno.

3.2.3. Prueba indiciaria y presunción de inocencia

Uno de los problemas que podría traer aparejada la motivación del fallo basándose exclusiva o mayoritariamente en prueba indiciaria, dice relación con la posibilidad de afectar la presunción de inocencia, es decir, su idoneidad para destruir la presunción de inocencia.

Frente a ello, se ha venido consolidando la doctrina que la prueba indiciaria es un método probatorio *suficiente y apto* para acreditar el delito de lavado de dinero.

16 En este sentido, CAROCCA PÉREZ, Alex. “La prueba en el nuevo proceso penal.” En: “El nuevo proceso penal. Cuadernos de trabajo N°2”. Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.

17 “Reforma Procesal Penal. Génesis...”, ob. cit., p. 546.

Así, en la Sentencia N°33/2005, considerando segundo, los magistrados españoles indican que la prueba indiciaria es tan garantista como la prueba directa, y probablemente aún más, porque exige un *plus* de motivación, y por lo tanto de garantía, para explicitar y motivar el juicio de inferencia alcanzado para llegar del hecho base acreditado, al hecho inferido. En un fallo anterior, del año 1999, Sentencia N°1637/1999, se había señalado que en el delito de lavado de dinero lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias, y que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia “... sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan, las que se encuentran en íntima unión con él como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988 ya citada”¹⁸.

Ahora bien, con el objeto de argumentar adecuadamente que la prueba de indicios no implica una vulneración a la presunción de inocencia, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español ha señalado expresamente los requisitos que ésta debe cumplir para servir como medio de prueba del delito de lavado de dinero. Estos son:

a) Exigencias básicas:

- 1° Que los hechos base o indicios se encuentren plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas.
- 2° Que el órgano jurisdiccional explicita el razonamiento a través del cual, partiendo de indicios, ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado.

b) Exigencias formales:

- 1° Que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia.
- 2° Que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado.

c) Exigencias materiales:

- 1° Respecto de los indicios, se requiere que éstos se encuentren plenamente acreditados, que sean plurales (o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa), que sean concomitantes al hecho que se trata de probar y que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

18 Tribunal Supremo Español. Sala Penal. Sentencia N°1637/1999.

2° En lo relativo al proceso de inducción o inferencia, sería necesario que éste sea razonable, es decir, que no solamente no sea absurdo, infundado o arbitrario, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano¹⁹.

4. La prueba indiciaria en el delito de lavado de dinero en la jurisprudencia de los tribunales chilenos

En Chile, la Sentencia de fecha 18 de agosto de 2008, del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N°0500683346-4, señaló expresamente que la prueba indiciaria es suficiente para acreditar el dolo en el delito del lavado de activos, y en parte utilizando dicho razonamiento condenó a uno de los acusados como autor del delito de lavado de dinero. En su considerando décimo sexto indicó:

“DÉCIMO SEXTO: En cuanto a la forma de probar el dolo en el delito de lavado de activos. Que por otra parte, luego de haber concluido lo anterior, estos sentenciadores estiman que la única manera de probar el dolo en este tipo de figuras es a través de la prueba indiciaria. (...) En el mismo sentido se encuentra el aludido profesor Héctor Hernández Basualto, quien señala al respecto que rige, por tanto, también para la prueba del dolo, particularmente en su aspecto de conocimiento del origen delictivo de los bienes sobre los que recae la conducta, y esto sin ninguna necesidad de apelar a la norma contenida en el párrafo 3 del art. 3° de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que, como se sabe, es la matriz internacional de las tipificaciones del delito de lavado de dinero, precepto según el cual “(e)l conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 [entre ellos, el lavado de dinero] del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”. Añadiendo que la principal dificultad que enfrenta la prueba del dolo respecto del delito de lavado de dinero radica en las características objetivas de la conducta típica, específicamente en su carácter relativamente neutral, aparentemente lícito. Como se ha dicho, el dolo se colige de las circunstancias objetivas del hecho, lo que no importa mayores dificultades cuando la conducta misma, por su apariencia más o menos vehementemente de ilicitud, sugiere el dolo...”

En el mismo sentido, el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, en fallo condenatorio por el delito de lavado de dinero de fecha 4 de mayo de 2009, en causa RUC N°0700818345-1, señaló en su considerando sexto que *“...los elementos probatorios referidos son constitutivos de indicios, los cuales, atendidas*

19 Tribunal Supremo Español. Sala Penal. Sentencia N°755/1997. En el mismo sentido, sentencias N°1051/1995; 1/1996 y 507/1996, además de muchas posteriores que han seguido esta doctrina.

las normas del sentido común y la experiencia que se tiene acerca del modo en que generalmente ocurren las cosas, y a las reglas de la sana crítica, es posible tener por acreditados los hechos materia de la acusación y que han sido aceptados por las acusadas...”.

El Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle señaló, en sentencia definitiva condenatoria por el delito de lavado de dinero de fecha 23 de octubre de 2007, en causa RUC N°0300139452-4, “... *Por lo que sin duda, era esperable en este juicio no encontrar prueba directa del dolo del acusado como parte del tipo penal. De esta forma, la convicción se ha generado de una serie de actividades y conductas objetivas desplegadas por el acusado*” (Considerando Séptimo). (...) *De esta forma la convicción se ha generado de una serie de actividades y conductas objetivas desplegadas por el acusado, que se detallarán a continuación y que son la base de indicios que finalmente permiten arribar a la convicción más allá de toda duda razonable, conforme lo dispone el artículo 340 del Código Procesal Penal.*” (Considerando Décimo Quinto).

5. Conclusiones

El lavado o blanqueo de dinero o capitales supone la realización de un proceso esencialmente complejo. A nivel legal, el tipo penal está conformado por una serie de elementos, objetivos y subjetivos, que deben ser acreditados en sede judicial.

En materia probatoria, será esencial la utilización de la prueba indiciaria o prueba de indicios, única disponible para la acreditación del delito base -u origen ilícito de los bienes-, y del tipo subjetivo, en sus formas de dolo, ánimo de lucro y negligencia inexcusable. Dicha prueba no sólo es plenamente admisible en el contexto de las normas y principios que regulan la prueba en nuestro Código Procesal Penal, sino que son consustanciales a éste. Así ha sido reconocido por la jurisprudencia comparada y nacional en procesos penales por el delito de lavado de dinero.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

PROYECTO PILOTO: TRIBUNAL DE TRATAMIENTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR FISCALÍA REGIONAL METROPOLITANA CENTRO NORTE

Paz Pérez Ramírez¹
Norka del Canto Muga²

Resumen

Resulta crucial el trabajo interdisciplinario al abordar los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. La posibilidad de derivar a los imputados a un tratamiento, se transforma en una alternativa que satisface los intereses de la víctima en el proceso y favorece la no reincidencia del imputado.

El presente artículo entrega una primera aproximación al Proyecto Piloto de Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, único en el país, al implementar lógicas de justicia terapéutica con tratamiento específico para el fenómeno de la violencia doméstica.

Antecedentes del Proyecto

Uno de los objetivos de la Fiscalía Regional Centro Norte es el desarrollo de estrategias de acción encaminadas a diversificar la respuesta penal y mejorar su calidad.

En ese marco, se ha considerado que las salidas alternativas, en particular la suspensión condicional del procedimiento, constituye un instrumento privilegiado para responder a estos objetivos, pues permite a los involucrados ser partícipes directos de las soluciones alcanzadas.

La preocupación de la Fiscalía Regional Centro Norte por mejorar la calidad de la respuesta penal se inscribe en la línea de ofrecer a los intervinientes, y en especial a las víctimas, soluciones más adecuadas según la naturaleza de los delitos que otorguen garantías de mayor satisfacción a sus necesidades y expectativas.

En particular, y de acuerdo al Plan Estratégico Institucional, para los casos de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, la protección oportuna a las víctimas y soluciones que satisfagan sus necesidades y las expectativas que tengan del sistema son factores claves a la hora de establecer criterios de actuación y procesos de trabajo.

1 Abogada, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.

2 Psicóloga, Administradora de casos proyecto TTVIF.

En este sentido, y en conjunto con el proyecto piloto de protección a víctimas de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, desarrollado en conjunto con la División de Víctimas de la Fiscalía Nacional, se inició, durante el año 2008, el diseño de un nuevo modelo que integrara mecanismos orientados a la protección de la víctima, con intervenciones terapéuticas a los imputados, orientadas a la no reincidencia de éstos en delitos en contexto de violencia intrafamiliar (en adelante VIF).

Una de las posibilidades que el sistema procesal penal puede entregar a los delitos en contexto VIF es la derivación del imputado a un tratamiento. En esta lógica, la Ley N° 20.066 plantea el tratamiento en términos amplios en cuanto al tipo de intervención a que podría someterse el imputado, utilizando como herramienta legal la medida cautelar, la suspensión condicional del procedimiento y la pena accesoria.

En la práctica, para los casos suspendidos condicionalmente, existen cuatro nudos críticos respecto a la utilización del tratamiento:

1. **Evaluación técnica que defina si el imputado es perfil para un tratamiento:** Sin el apoyo de profesionales psicosociales que entrevisten al imputado y determinen si cuentan con un perfil para tratamiento, son los fiscales, defensores y jueces con sólo la información contenida en el caso quienes definen la procedencia de un tratamiento. Como consecuencia, algunos de estos casos eran remitidos por el centro de tratamiento señalando que el imputado no cumplía con el perfil para éste.
2. **Derivación a tratamiento:** En la Fiscalía Centro Norte la derivación a tratamiento es realizada por la Línea de Salidas Alternativas³. Sin embargo, uno de los problemas claves dice relación con la existencia de centros de tratamiento de VIF que reciban casos del sistema penal y que cuenten con una atención oportuna, aspecto crucial en este tipo de intervenciones.
3. **Seguimiento del caso durante el tratamiento:** El seguimiento lo realiza la Línea de Salidas Alternativas, pero sus intervenciones se concentran en orden al cumplimiento que refiere el centro de tratamiento, sin que existan actividades orientadas a generar adherencia a éste.
4. **Contacto directo con la víctima:** La experiencia indica la importancia de contar con información de la víctima durante el proceso de tratamiento, a efecto de tomar medidas oportunas en orden a su protección.

A su vez, un estudio de la Fiscalía Nacional en el año 2008, orientado a conocer las expectativas de las víctimas al momento de realizar la denuncia de deli-

3 La Línea Salidas Alternativas es un equipo de apoyo a los fiscales, quienes están encargados de la derivación y seguimiento de las suspensiones condicionales del procedimiento, de acuerdo a procesos de trabajo pre establecidos. Cabe hacer notar que estos equipos existen sólo en algunas Fiscalías de nuestro país.

tos en contexto VIF, clarificó que un 87,5%, de mujeres explicitaron que una de sus expectativas era que el imputado recibiera algún tipo de tratamiento psicológico.

Este interés se visualiza en las entrevistas que el *Call Center* de nuestra Fiscalía realiza a las víctimas dentro de las 24 horas siguientes a la denuncia, en las que las víctimas plantean como una de las posibles respuestas del sistema que el imputado sea derivado a tratamiento.

Existían, entonces, espacios de mejoramiento en un tema crucial desde la perspectiva de la persecución penal y la protección de las víctimas de estos delitos, que nos invitaba a revisar la mejor experiencia chilena y de otros países con el objeto de diseñar un modelo de intervención orientado a mejorar la calidad de las suspensiones condicionales del procedimiento.

En las páginas que siguen se da cuenta del diseño teórico y aplicación práctica del modelo diseñado, que hemos denominado **Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar** (en adelante TTVIF).

La propuesta teórica tras el Piloto Tribunales de Tratamiento en Violencia Intrafamiliar (TTVIF)

Problem Solving Courts, la experiencia del Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD) y la experiencia comparada internacional en VIF

1. Justicia Terapéutica / *Problem Solving Courts*

La Justicia Terapéutica se inicia en la década de los 80, como una invitación para jueces y abogados para convertirse en agentes de cambio desde una mirada terapéutica.

Dicha propuesta nace de los mismos jueces penales, a quienes la experiencia les indicó que las situaciones subyacentes a la comisión de un delito conllevaban un fuerte componente psicológico y social, (por ejemplo, delitos relacionados con el consumo de drogas y/o alcohol, temáticas de violencia doméstica, negligencia infantil, entre otros). En este contexto, la utilización de las herramientas legales tanto para primerizos como para condenados, permitían una nueva propuesta que posibilitara la rehabilitación y reinserción de imputados, promoviendo con ello la no reincidencia y la visualización de entrega de seguridad y protección a las víctimas de los delitos.

Sumado a lo anterior, se presenta un cambio paradigmático desde un modelo puramente coercitivo relacionado con penas privativas de libertad, a un sistema que promueve que los imputados puedan tomar conciencia de sus actos y hacerlos responsables de las decisiones legales que solventarán su rehabilitación.

Desde esta perspectiva, el sistema procesal penal sitúa a jueces de cortes especializadas⁴, fiscales y defensores, como agentes de cambio, permitiendo un trabajo integrado, consecuente y eficiente con los centros de tratamiento definiendo perfiles que los imputados deben cumplir para el ingreso a estos programas, así como modelos referidos a la derivación y el control de las intervenciones que los participantes deben cumplir.

La Justicia Terapéutica busca incluir dentro de sus posibilidades de acción el establecimiento de un diálogo constante y lenguaje común, con disciplinas de las ciencias de la salud y sociales (psiquiatría, psicología, trabajo social, entre otras), posibilitando un trabajo interdisciplinario con miras a una meta en común: la posibilidad de reinserción y rehabilitación de los participantes, con la consecuente afectación de los indicadores de reincidencia.

Los principios orientadores de estos modelos dicen relación con ciertos principios legales y éticos, que incluyen: la entrega de información oportuna en un lenguaje claro con la finalidad que los participantes comprendan y, con ello, puedan manifestar su voluntariedad para acceder a la opción del tratamiento.

2. Los Tribunales de Tratamiento en Chile: Drogas (TTD) y en VIF (TTVIF)

Chile, no ha quedado exento de la implementación de modelos de Justicia Terapéutica. El primer acercamiento a esta metodología en el país fue el Modelo de Tribunal de Tratamiento en Drogas (TTD), con una primera experiencia piloto en Valparaíso en el año 2005 y luego extendido a las Fiscalías Metropolitanas Sur y Centro Norte⁵, para luego ampliarse al resto de las Fiscalías Metropolitanas, Antofagasta e Iquique⁶.

Los resultados en materia de diseño y aplicación del Modelo de TTD, y en particular los indicadores de impacto relacionados con la adherencia, rehabilitación y no reincidencia que han presentado los usuarios, son altamente satisfactorios y permiten corroborar que la Justicia Terapéutica y su cambio de paradigma en el sistema legal es posible de aplicar en Chile.

En particular, la incorporación de profesionales del ámbito psicosocial, quienes apoyan a fiscales, jueces y defensores para la toma de decisiones con infor-

4 Por ejemplo, en EE.UU. existen cortes diferenciadas por el tema que abordan, así existen Cortes de Drogas y Cortes de Violencia Doméstica.

5 Adicionalmente, desde septiembre de 2008, la Fiscalía Centro Norte cuenta a la fecha con el único proyecto piloto de Tribunal de Tratamiento de Drogas para imputados adolescentes.

6 El trabajo del Modelo de TTD además es un ejemplo del diseño de una política pública interinstitucional (gubernamental y de la sociedad civil) e interdisciplinaria, a través del trabajo en conjunto del Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Conace, Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y el apoyo técnico de Paz Ciudadana. Para mayor información: http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20090608091330.pdf

mación relativa al imputado en concreto, ha sido un gran avance a la hora de establecer este modelo que se basa en el trabajo interdisciplinario.

Con el desarrollo del TTD en la Zona Centro Norte, jueces, fiscales y defensores plantearon la inquietud de trabajar con una metodología basada en la experiencia de Justicia Terapéutica para delitos cometidos en contexto VIF.

En este escenario, se abre como interrogante la posibilidad de abordar satisfactoriamente delitos en contexto VIF con un tratamiento acorde a este tipo de problemática, desde una perspectiva de la Justicia Terapéutica, que posibilitara potenciar la protección a la víctima y disminuir la reincidencia del imputado⁷.

La experiencia comparada en lo que se refiere al trabajo en delitos en el contexto de violencia doméstica o violencia intrafamiliar, ha incorporado en la última década herramientas de justicia terapéutica orientadas a detener futuros actos de violencia en contra de la mujer, favoreciendo la seguridad y protección a las víctimas. Programas de este tipo se encuentran en implementación en Estados Unidos y Canadá, los cuales relevan mejores tasas de adherencia del ofensor al tratamiento y en la baja de reincidencia, además de mejorar la percepción de la víctima de los esfuerzos que realiza el sistema judicial en pro de su seguridad.

Comprensión de la violencia ejercida hacia la mujer desde un enfoque psicosocial

Es necesario y pertinente realizar una diferenciación de la violencia, y el ejercicio de ésta, con otras situaciones que son abordadas desde la misma mirada de Justicia Terapéutica, ejemplo: delitos asociados al consumo de drogas o al consumo de alcohol. Si bien en las causas de violencia, dichas conductas de abuso/dependencia pueden ser factores relacionados, **NO** son determinantes del uso de la violencia en sí, por lo tanto, **el abordaje del sujeto que es derivado al sistema de salud para una terapia o tratamiento psicológico en situaciones de violencia debe ser diferente y supeditarse a lo que el ejercicio de la violencia implica.**

Para producir entonces estas estrategias de intervención, es pertinente comprender que la violencia intrafamiliar implica:

7 Cabe hacer notar que pese a que los modelos de Tribunal de Tratamiento de Drogas y de VIF son similares en lo referente al seguimiento a través de audiencias que se realizan a los imputados, existen diferencias radicales en lo que respecta a los objetivos de ambos modelos (en el TTD el objetivo es intervenir el factor de riesgo relacionado con el consumo de drogas orientado a evitar la reincidencia en el delito) y el tipo de intervención que se efectúa en los centros de tratamiento a los imputados.

- que se da en el **contexto de las relaciones**, pues son establecidos vínculos entre los participantes (víctima/victimario) de apego y en los cuales hay en la base una organización familiar regida por pautas establecidas como “normales y cotidianas”.
- Estas relaciones de pareja/familiares conllevan en la base una **construcción de estereotipos de género que implica una desigualdad de poder** entre hombres y mujeres, y por lo tanto posibilita un abuso de poder de un miembro por sobre el otro.
- Si es **abuso de poder y NO una enfermedad o patología**, como puede ser malentendida este ejercicio de poder, semánticamente es correcto hablar de **“hombres/mujeres que ejercen violencia”**.
- De esta forma, al ser un “ejercicio del poder”, la violencia pasa a ser una **herramienta de dominación, control y autoafirmación de un sujeto sobre el otro**, por lo tanto es posible **atribuir y otorgar responsabilidad** por los actos cometidos y sancionar penal y judicialmente; junto con presentarse la **posibilidad de rehabilitación y cambio** en las esferas que se ven afectadas: emocional, conductual, cognitiva e interaccional.

Con estos supuestos, cabe señalar, entonces, que las intervenciones más específicas y competentes a realizar en este ámbito están centradas hacia **los hombres que ejercen violencia hacia las mujeres en contexto de pareja**. Esto, argumentado en la supeditación de la construcción y comprensión de los estereotipos de género que conllevan en la base el uso de la violencia como herramienta de dominación.

Es necesario, entonces, comprender que las posibilidades reales de tratamiento no se asientan, por tanto, bajo los criterios de un “tratamiento psicológico con orientaciones netamente clínicas”, sino que están más bien enfocadas a un **proceso terapéutico de aprendizaje** de nuevas formas de comunicación y resolución de conflictos que apoyen y promuevan un cambio en niveles conductuales, cognitivos, emocionales e interaccionales.

Si se logra visualizar al hombre como un sujeto en la relación de pareja, dentro de la cual se produce una dinámica, una comprensión, justificación y naturalización de las prácticas de violencia por parte de quien la ejerce, es posible interpelarlo en su rol de tal ejercicio y hacerlo partícipe de los patrones de conducta, emocionales, cognitivos e interaccionales que promueven y posibilitan la perpetuación de la violencia en la relación de pareja.

Es aquí cuando resulta relevante la posibilidad de intervenciones desde los sistemas de justicia y salud, en el abordaje conjunto de las temáticas de violencia, con, precisamente, el sujeto que ejerce esta violencia: el hombre, posicionándolo en una esfera segura (un centro de tratamiento, con un grupo de hombres

en sus mismas condiciones, donde no se sostiene ni mantiene la exclusión social), donde pueda generar un cuestionamiento a sus conductas (actos de violencia hacia su pareja), que posibiliten una reestructuración de sus vínculos y roles (estereotipos de masculinidad), permitiendo un cambio cognitivo, conductual, emocional e interaccional que favorezca la no reincidencia, y entregue una protección a la pareja o, en el entendido que la relación haya terminado, que estas situaciones no vuelvan a repetirse con una eventual nueva pareja.

Basándonos en estos supuestos, es posible, entonces, complementar la labor judicial de entregar responsabilidad y sancionar a un hombre que ejerce violencia en el contexto de comprender la violencia como un delito y una vulneración a los derechos de la mujer.

Etapas en la implementación del Proyecto Piloto:

1. Primera etapa: diseño de normas técnicas para un centro de tratamiento y diseño de un modelo de operación

En enero del 2008, en conjunto con profesionales del Ministerio de Justicia, de la Unidad Especializada de Violencia Intrafamiliar y Responsabilidad Juvenil de la Fiscalía Nacional y nuestra Fiscalía, se trabajó en una mesa cuyo objetivo era crear una primera aproximación a normas técnicas para la implementación de nuevos centros de tratamiento para infractores de delitos en contexto VIF y a un modelo de intervención que generara procesos de trabajo entre justicia y estos centros de tratamiento.

En julio del 2008 se hizo entrega al Ministerio de Justicia de dos documentos que daban cuenta de normas técnicas y un modelo de trabajo, que se denominó **Tribunales de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar**. Es así, que se acordó en ambos documentos la necesidad de crear sinergia entre el trabajo de los nuevos centros de tratamiento y del sistema penal, orientado a la protección de la víctima y la no reincidencia del imputado.

Como producto de esta etapa se elaboró un manual de procedimientos que integra los roles de los participantes del proyecto (tanto del equipo jurídico como del centro de tratamiento) y procesos de trabajo.

2. Segunda etapa: implementación del proyecto piloto en el 3° Juzgado de Garantía

En agosto del año 2008, se firmó un protocolo de acuerdo entre el 3° Juzgado de Garantía, la Defensoría Penal Pública y nuestra Fiscalía, para diseñar, implementar y evaluar una experiencia piloto del Modelo señalado preceden-

temente. Se cuenta con un bloque mensual especial para las audiencias del proyecto.

La derivación a tratamiento se realiza a los Cosam de Independencia y Recoleta.

Hasta la fecha de redacción de este documento, el proyecto se encuentra implementado sólo en el 3° Juzgado de Garantía de Santiago⁸.

3. Tercera etapa: trabajo con centro de tratamiento del Ministerio de Justicia

En diciembre de 2009 se iniciará el trabajo con un centro de tratamiento para ofensores de VIF a cargo del Ministerio de Justicia. Este centro de tratamiento nos permitirá ampliar el proyecto piloto a los restantes juzgados de garantía de nuestra Zona.

El nuevo centro de tratamiento:

Este nuevo centro trabajará con normas técnicas recogidas de la mejor experiencia comparada en la terapia de ofensores de VIF. Además, se trabajará con un modelo con herramientas de la justicia terapéutica en pro de favorecer la adherencia a tratamiento y la no reincidencia del imputado.

El Modelo de intervención se basa en un modelo psico-educacional que “tiene por objetivo principal que los hombres que ejercen violencia contra sus parejas asuman la responsabilidad por su conducta y establezcan un autocontrol. Para ello se procura lograr un aumento de la autoconciencia, a fin de terminar en el corto plazo con la conducta violenta. A largo plazo el objetivo se orienta a cambiar las creencias y actitudes que la favorecen.

Este modelo supone la fusión de los aspectos terapéuticos y pedagógicos y se caracteriza por la planificación de temas, objetivos y tiempos en el proceso grupal, articulándose por varios autores (Rodríguez 1990, Corsi, 1994, entre otros) como el modelo más eficaz para la intervención con hombres agresores”⁹.

Modelo del Tribunal de Tratamiento en Violencia Intrafamiliar

1. Aspectos principales del modelo

En el diseño de este Modelo, nos enfrentábamos a varios desafíos, entre los cuales:

8 Este tribunal conoce los delitos cometidos en las comunas de Independencia y Recoleta.

9 Resumen ejecutivo: Propuesta de intervención psico – socio – educativa con hombres que ejercen violencia contra la mujer en el contexto intrafamiliar; Ministerio de Justicia, Sernam; 2008.

- Adaptar el modelo comparado en lo referente a violencia doméstica a la realidad chilena;
- Establecer objetivos en el contexto de la justicia terapéutica orientados a la protección de la víctima;
- Referido a lo anterior, generar intervenciones que tuvieran una relación directa con la realidad cultural chilena referente al fenómeno de la violencia doméstica;
- Integrar en el modelo una adecuada protección a las víctimas;
- Generar procesos de trabajo, que significaran un mejoramiento en la calidad de las suspensiones condicionales en orden a su contenido, control y seguimiento;
- Trabajar en conjunto con el Ministerio de Justicia para que el Modelo de intervención se relacionara con las normas técnicas del futuro centro de tratamiento;
- Sensibilizar a los operadores jurídicos y de salud en orden a los objetivos del Modelo de TTVIF.

Dado lo anterior, por la complejidad y especificidad, es que se debe contar con las intervenciones de profesionales altamente especializados, que sostengan un lenguaje común y que además mantengan las líneas de intervención en la base del sistema legal. Resulta interesante advertir que esta no es una lógica punitiva y castigadora, sino de la propuesta de una sanción educativa y rehabilitadora.

2. Objetivos del Modelo de TTVIF

Los objetivos que persigue el modelo del TTVIF son:

Objetivo general:

Derivar y controlar el tratamiento psicosocial de los imputados suspendidos condicionalmente en el proyecto, generando intervenciones orientadas a la protección de la víctima.

Objetivos específicos:

1. Detener la escalada de violencia (física) del imputado en contra de la mujer víctima del delito, promoviendo su protección y seguridad;
2. Disminuir la reincidencia del imputado;

3. Desmantelar y visualizar los fundamentos socioculturales en los cuales se sustenta la violencia de género.

3. Actores involucrados

El modelo integra a operadores del sistema judicial y de salud, en un trabajo interinstitucional e interdisciplinario, orientado a intervenciones eficientes y efectivas, a través de una relación constante y fluida.

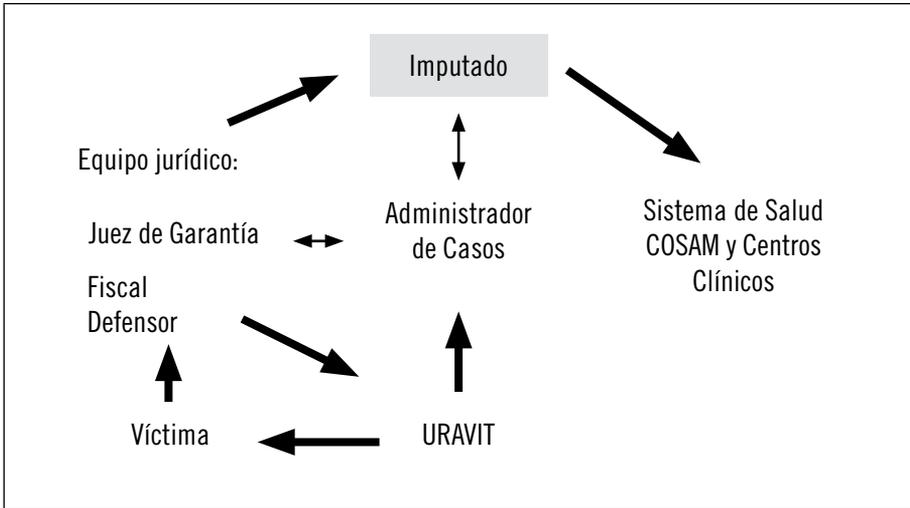
- a) **Desde el sistema procesal penal**, los actores corresponden al juez, fiscal y defensor, quienes están a cargo de sustentar las bases legales del piloto. Hasta la fecha, el piloto se encuentra en implementación en el 3° Juzgado de Garantía, correspondiente a la Fiscalía Territorial B de la Fiscalía Centro Norte, y la Defensoría Regional Norte.

Dentro del circuito que se explicará con detalle en el proceso de trabajo, un eje fundamental es la participación activa de los/as profesionales de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT) de la Fiscalía Centro Norte, quienes son los encargados de realizar un contacto y seguimiento mensual con las víctimas de los casos que han sido ingresados al proyecto. De esta manera es posible mantener una red de atención a las víctimas que posibilite su protección oportuna y pertinente.

- b) **Por el sistema de salud**, los/as profesionales de los Centros de Tratamiento, a través de la participación en el piloto de los Centros Comunitarios de Salud Mental (COSAM) de las comunas de Independencia y Recoleta, quienes son los responsables de entregar atención psicosocial a los imputados derivados dentro del programa, junto con realizar un seguimiento mensual e informar del mismo al Administrador de Casos del proyecto.
- c) Figura relevante e imprescindible es el **Administrador de Casos**, cuyo rol es similar al que realiza la dupla psicosocial en el Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD), siendo una figura de conexión entre el sistema judicial y los centros de tratamiento con la finalidad de la creación de una sinergia entre los actores, la mantención de un lenguaje común y el manejo responsable y ético de la información recibida por cada uno de los participantes del proyecto. Es el administrador de casos el responsable del manejo de los casos, desde la pesquisa de éstos, hasta el seguimiento durante todo el período de la suspensión. Para llevar a cabo esta función, es necesario mantener constante coordinación tanto con el participante como con los equipos de salud y justicia.

En términos de relaciones, podemos estructurar las interacciones de la siguiente forma:

CUADRO N°1
INTERACCIÓN ENTRE LOS ACTORES DEL MODELO



Procesos críticos: perfiles, derivaciones y toma de decisiones

La realización de un trabajo eficiente, coordinado y basado en nociones teóricas y técnicas que permitan realizar intervenciones acorde con los requerimientos y posibilidades de acción de cada uno de los participantes en los procesos, es la que se describe a continuación, explicitando los flujos en la toma de decisiones y determinación de los perfiles de ingreso al piloto TTVIF.

a. Levantamiento/Ingreso del caso al TTVIF

Al realizarse una denuncia en VIF, es factible que el caso pueda pasar a las siguientes instancias judiciales: Audiencia de Control de Detención (ACD), o en una audiencia programada. En esta instancia es cuando se determina por parte del equipo jurídico la primera definición de ingreso, el **perfil jurídico**.

Dicho perfil se rige por los requisitos de la suspensión condicional del procedimiento, a saber:

- Que la pena no sea superior a tres años,
- Que el sujeto no cuente con antecedentes penales anteriores,
- Que no cuente con suspensiones condicionales vigentes al momento de verificarse los hechos.

En caso de no cumplir con el perfil jurídico de ingreso, se continúa con la tramitación del caso.

Si cumple con este perfil jurídico, se produce la derivación a la instancia de evaluación, para determinar si cumple con el **perfil clínico**.

Si el imputado es formalizado, dicha derivación se establece como medida cautelar hasta la fecha de la audiencia de suspensión condicional agendada. Si el imputado es suspendido, la derivación queda sujeta a las condiciones 238 c) o artículo 9 d) de la Ley N°20.066 en relación con la derivación y asistencia a tratamiento.

b. Evaluación del Perfil Clínico de Ingreso al TTVIF

La figura responsable de realizar dicha evaluación es el administrador de casos, quien por medio de una entrevista semiestructurada y la aplicación de una pauta de entrevista, determina si el imputado cumple con las condiciones mínimas de ingreso a un programa terapéutico.

Las características mínimas que el imputado debe cumplir para reunir el **perfil clínico** del proyecto son:

- La voluntariedad de acceder al programa.
- Mayor de 18 años.
- Tipo de violencia ejercida hacia la mujer, específicamente en el contexto intrafamiliar o de pareja.
- Sin presencia de patologías psiquiátricas (esquizofrenias, psicosis, cuadros orgánicos, depresiones mayores, etc).
- Sin presencia de consumo problemático de drogas o alcohol.

Bajo estos criterios de inclusión, sumados a la oferta de programas entregados por los centros de tratamiento asociados, es que fueron determinados los objetivos de la pauta de entrevista, los cuales son:

1. Entregar información acerca de la derivación e implicancias de ingreso al programa TTVIF.
2. Recabar información acerca de:
 - a. Situación actual del imputado (estado civil, lugar donde vive, etc).
 - b. Las situaciones de violencia intrafamiliar, con respecto a:
 - b.1 Percepción sobre situaciones de violencia hacia la mujer.
 - b.2 Justificación, responsabilidad y noción de las conductas violentas.
 - b.3 Evaluación del nivel, tipo y frecuencia de la violencia.
 - c. Evaluación dependencia alcohol/drogas.

- d. Salud Mental (estado psicológico general y rasgos de personalidad).
- e. Consentimiento informado para ingresar a tratamiento.

Si el imputado **no cumple** con este segundo perfil de ingreso, el administrador de casos informa al fiscal, para que se continúe con la tramitación del caso.

De no cumplir con condiciones básicas para someterse a tratamiento (trastornos graves o severos de personalidad, patologías crónicas, etc) es recomendada, además, la NO pertinencia de la mantención de la derivación a tratamiento como condición de la suspensión, en virtud de la no eficacia de su ingreso a esa modalidad.

La determinación de estos perfiles posibilita generar un trabajo interdisciplinario sustentado en una base legal, contando con un engranaje psicosocial, lo cual permite tomar decisiones y realizar las derivaciones pertinentes según sea más conveniente para el sujeto, evitando derivaciones innecesarias al centro de tratamiento, resguardando la seguridad de la víctima y promoviendo su rehabilitación y no reincidencia.

c. Derivación a Centro de Tratamiento

Una vez realizada la evaluación, el administrador de casos genera un informe de derivación al centro de tratamiento al cual concurrirá el imputado, explicitando las instancias a las cuales ha sido sometido, entregando información acerca de la situación judicial que cursa, si existen o no más condiciones a la suspensión (ejemplo: prohibición de acercamiento o abandono del hogar), con la finalidad que el centro pueda realizar una intervención con una base sólida y que permita posibilitar una adherencia al tratamiento.

Una vez que es derivado al centro de tratamiento, el imputado debe cumplir con la cantidad de horas de asistencia que el centro estime conveniente, junto con la asistencia a la modalidad de intervención que también sea la más acorde a su proceso terapéutico.

En este sentido las intervenciones que se realizan en los Cosam, con los cuales estamos trabajando actualmente, se rigen por dos modelos, por un lado está el modelo psicoeducativo de intervenciones cortas y, por el otro, un modelo desde el enfoque narrativo. Ambos modelos han permitido, en sus distintas modalidades, la generación de una adherencia al tratamiento por parte de los imputados, y del cumplimiento de la asistencia a las sesiones acordadas.

d. Control y seguimiento del caso

Para generar un proceso orientado al cumplimiento de los objetivos del Piloto TTVIF, se crearon instancias de control y seguimiento del caso.

Para llevar a cabo el control y seguimiento de las condiciones impuestas al imputado es que el Modelo establece la asistencia a audiencias de seguimiento bimensuales, a las cuales el imputado se obliga a asistir en virtud de la letra h) del artículo 238 del Código Procesal Penal.

Para contar con una mejor información para esta audiencia, el administrador de casos solicita a la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos (URAVIT), que se efectúe un contacto y seguimiento mensual o bimensual (según corresponda a la agenda de la audiencia) con la víctima del caso ingresado y derivado al piloto TTIVIF.

Este contacto se realiza vía telefónica con las víctimas y en base a una encuesta es evaluado:

- Verificación y actualización de los datos de la víctima.
- Situaciones de riesgo, nuevos episodios de violencia.
- Percepción del desarrollo del imputado en el tratamiento (si aún son pareja o mantienen contacto).
- Observaciones que sean pertinentes de abordar y que son realizadas por el profesional de URAVIT.

Los profesionales de la URAVIT evalúan, además, la pertinencia de la derivación de la víctima a la red de atención, en virtud de sus necesidades y requerimientos.

De ser casos que hayan sido derivados directamente por los fiscales a la Unidad de Víctimas, el seguimiento es realizado a través del profesional a quien le fue asignado el caso.

Es solicitado, además, previa audiencia de seguimiento, que el centro de tratamiento al cual acude el imputado remita al administrador de casos un informe con la evolución del mismo en el proceso de terapia, quedando explicitado que la información entregada hace relación con las situaciones por las cuales acudió al centro de tratamiento, reservando bajo secreto profesional situaciones anexas que no sean comprendidas como riesgos para la víctima.

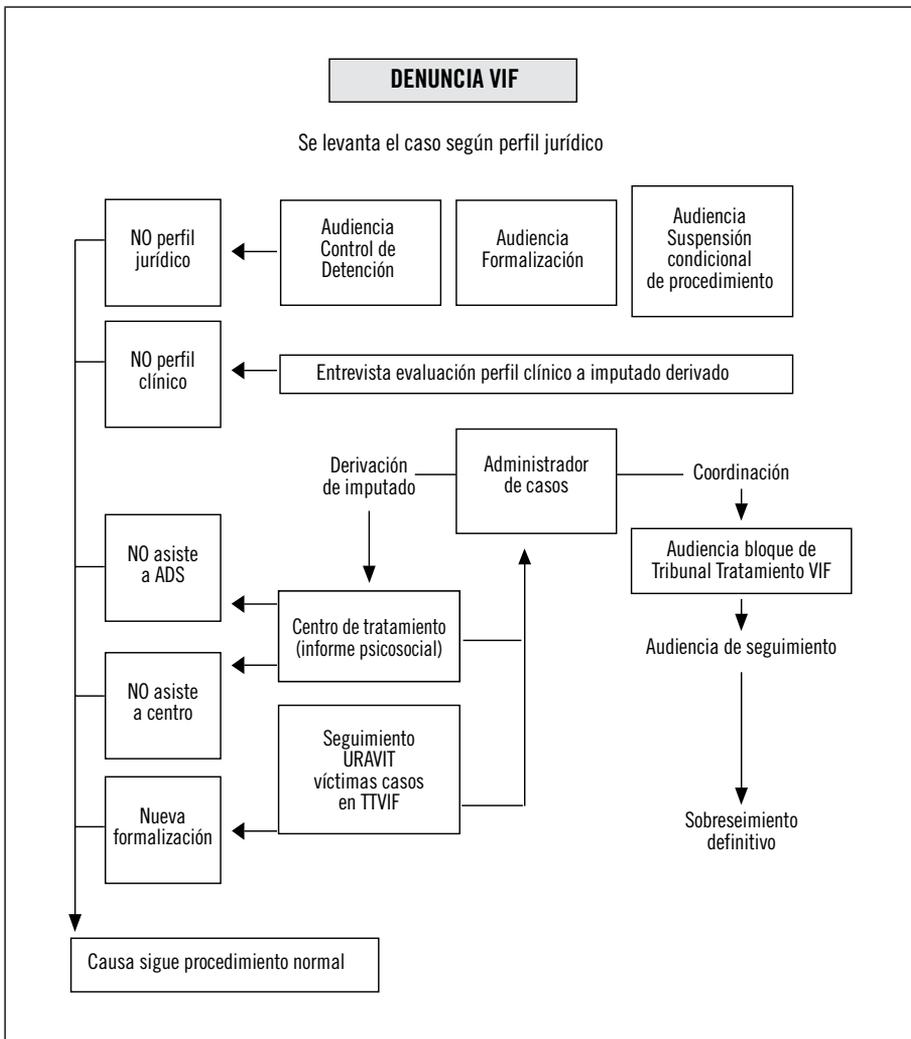
Con toda esta información, resulta de sobremanera importante la existencia de una coordinación entre los actores involucrados con la finalidad de generar una sinergia y no un boicot en los trabajos de los equipos. Por lo tanto se realiza una **reunión de pre-audiencia de seguimiento**, entre el juez, el fiscal, el defensor, la coordinadora del proyecto y el administrador de casos, donde son expuestos los casos y es entregada la información perteneciente al centro de tratamiento (por parte del imputado) y de la URAVIT (por parte de la víctima), pudiendo tomar las decisiones pertinentes a cada caso según la gravedad de la situación,

la evolución del imputado y los requerimientos de la víctima que hagan relación con su protección y la apreciación del tratamiento en el imputado.

Si el imputado **no asiste** a las instancias de tratamiento del centro o a las audiencias de seguimiento, es **bajado del programa por incumplimiento de condiciones**, pudiendo ser revocada la suspensión condicional. Lo que en todo caso ocurre si existe una nueva formalización.

Si el imputado cumple con las condiciones, la asistencia y egresa del tratamiento de violencia otorgado por el centro, su causa es sobreseída definitivamente.

CUADRO N°2
FLUJOGRAMA DE PROCEDIMIENTO



Algunos resultados

En el piloto del 3° Juzgado de Garantía, desde agosto del 2008 a septiembre de 2009, se han propuesto 68 casos al proyecto. De los 68 casos se ha entrevistado a 36 imputados, de los cuales:

- 3 casos fueron excluidos del proyecto, porque no reunían los requisitos para la suspensión condicional del procedimiento;
- 10 imputados no cumplían el perfil clínico, por lo que no ingresaron al proyecto;
- 2 imputados no aceptaron ingresar al proyecto;
- 4 imputados se encuentran actualmente derivados a los COSAM respectivos para iniciar su tratamiento;
- 15 imputados han ingresado al proyecto. Se entiende que un imputado ha ingresado al proyecto cuando reúne las siguientes características: a) que se encuentre suspendido condicionalmente con las condiciones de someterse a tratamiento y asistir a audiencia de seguimiento (letras c) y h) del artículo 238 del Código Procesal Penal, a las cuales pueden sumarse condiciones relativas a la protección directa de la víctima); b) asistiendo a tratamiento, y c) asistiendo a audiencias de seguimiento. De estos casos:
 - 12 se mantienen en el proyecto, y
 - 3 han sido bajados por incumplimiento de condiciones (no asistencia a las instancias de terapia o a las audiencias de seguimiento).

Comentarios finales

El proyecto piloto de TTVIF se ha convertido en un nuevo ejemplo de trabajo interinstitucional e interdisciplinario. Desde la premisa que los delitos en contexto de VIF requieren de un trabajo y soluciones para el caso en concreto y que integre respuestas diferenciadas para víctima e imputado, es que el 3° Juzgado de Garantía de Santiago, la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, la Defensoría Penal Norte, los Cosam de Recoleta e Independencia, el Ministerio de Justicia y con el apoyo técnico de Paz Ciudadana, inician el trabajo en el diseño e implementación de un modelo único en Chile, en busca de generar mecanismos innovadores para el trabajo del fenómeno complejo de la violencia doméstica.

Son múltiples y complejos los desafíos. Como proyecto piloto, se mantendrán las evaluaciones de los procesos de trabajo y de resultados, con objeto de incorporar las adecuaciones que se requieran.

Crucial, será la implementación del nuevo centro de tratamiento del Ministerio de Justicia, transformándose en el primer centro que se integra desde sus inicios a un modelo operativo que responde a los objetivos del sistema procesal penal frente a este tipo de casos.

Con este nuevo centro de tratamiento, iniciaremos la ampliación del modelo a los restantes juzgados de garantía de nuestra Zona.

Por último, como tarea en constante desarrollo, es la sensibilización de los operadores judiciales, gubernamentales y de la sociedad civil, en orden a trabajar mancomunadamente, a través de intervenciones y buenas prácticas que se evalúen constantemente. En particular en este tipo de casos en los que sin duda alguna el trabajo en conjunto es un factor predominante en los resultados, que éstos se fijen de acuerdo a los objetivos, la protección de las víctimas e instancias que favorezcan la no reincidencia de los imputados. Sumado a la posibilidad de aportar con instancias de reflexión y discusión en relación con la conformación de las femeneidades y masculinidades que aporten a una cultura que se traduzca en el cese de la violencia de género.

UN DÍA DE FURIA: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE TRECE DE JULIO DE 2009, DE LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CURICÓ, SOBRE MEDIDA DE SEGURIDAD EN CAUSA POR DESACATO Y AMENAZAS CONTRA LA AUTORIDAD JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE SU CARGO

Hernán Delgado Báez¹

Resumen:

Requerimiento de medida de seguridad respecto de imputado que, en audiencia de control de detención por el delito de desacato, respecto de medida cautelar decretada en causa de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, amenaza a la jueza que ordena la cautelar de prisión preventiva.

Comentario:

“Un día de furia”, así se titula el film protagonizado por el afamado actor de cine estadounidense Michael Douglas, en el que los diversos acontecimientos se concatenan, a tal punto que, literalmente pierde el juicio y control de todos sus impulsos y actos, llegando a la locura, poniendo en peligro no sólo su vida, sino también de todos los que lo rodean. Y el origen de todo, un problema con la pareja. Algo, un tanto semejante, por cuanto no es ficción sino realidad, tiene por objeto el presente comentario a la medida de seguridad impuesta por el TOP de Curicó, no sólo por el origen, sino por las consecuencias insospechadas que pudo haber acarreado. En efecto, el día 27 de agosto de 2008 el imputado es formalizado por lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar y se le imponen medidas cautelares especiales de conformidad la ley VIF². A la salida del tribunal, no habiendo transcurrido mucho tiempo de la audiencia, es sorprendido de manera flagrante al lado de la víctima, gesticulando y en una actitud confrontacional. Al día siguiente, finalizado el control la detención, formalizado por el delito de desacato y decretada la prisión preventiva, el imputado se abalanza sobre la Juez de Garantía, con el puño apretado en disposición de agredirla físicamente, siendo reducido por personal de Gendarmería presente en la sala de audiencias, profiriendo amenazas, señalándole con improperios que si su conviviente se mataba por su culpa, ella correría la misma suerte.

1 Abogado Asesor de la Fiscalía Regional de Talca, Ministerio Público.

2 Medida cautelar del artículo 92 de la Ley 19.968, en relación con el artículo 15 de la Ley 20.066, esto es la prohibición de acercarse a la víctima y además, de abandonar el hogar común.

El presente comentario plantea, por una parte, el cuestionamiento sobre el “mito de la aparente suspicacia”, esto es, qué tan determinante resulta ser que una de las víctimas sea una autoridad judicial al momento de aplicar la medida de seguridad. Y, por otra parte, el problema teórico-práctico de la caracterización del hombre maltratador de su pareja al momento de elaborar una teoría del caso cuando se inicia la investigación³.

1.- Mito de la aparente suspicacia

En un caso como el presente, la primera respuesta de naturaleza extrajurídica y carácter simplista, es la de señalar que la medida otorgada está dada en directa relación en atención a que una de las víctimas reviste una particular y especial investidura, que de no mediar, habría hecho muy difícil su imposición.

Sin embargo, como ocurre en todo mito, este debe desmitificarse contrastándolo con la realidad, con las herramientas de la razón, con conocimientos que nos proporciona la ciencia y, en lo que más nos importa, con el marco normativo-jurídico que le da sentido y justificación. En efecto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 455 del Código Procesal Penal, las medidas de seguridad para los enajenados mentales están previstas para el caso que se den los dos siguientes supuestos, de manera copulativa: a) que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico, y, b) que existan antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas. Dándose esos supuestos, conforme a los artículos 460 y siguientes del Código Procesal Penal, el fiscal debe solicitar la aplicación de una medida de seguridad, lo que será resuelto por el tribunal. De esta manera, adquiere especial relevancia la pericia médico psiquiátrica, pues es el elemento racional y científico en cuyo mérito se fundamenta la necesidad de someter a un enajenado mental a una medida de seguridad⁴. Dicho de otro modo, no basta con acreditar que el requerido haya

3 A diferencia de otros casos, en el presente juicio no se cuestionó el tema de la incomprensión del injusto por parte del acusado, solicitando la consecuente absolución, que por cierto es un tema de suyo interesante. Sobre el particular, ver causa RUC 0710019881-3, RIT 212 – 2008, del TOP de Concepción, de fecha 12/07/2008, también por desacato, en la que se plantea el problema y el tribunal lo resuelve de la siguiente manera: *“Tal argumento de la defensa será rechazado porque la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento es precisamente la imputabilidad penal, o sea, la capacidad personal de ser objeto del juicio de reproche, la cual descansa sobre un cierto estado de normalidad de las facultades intelectuales y volitivas del sujeto activo, capacidad de la que carecen aquellos que padecen de trastornos calificables como locura o demencia, como es precisamente el caso del acusado M. A. El punto aquí no es la capacidad de culpabilidad, sino la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y subjetivo, y la antijuridicidad de la conducta del acusado, pues respecto de él no se está solicitando una pena, sino una medida de seguridad. En otras palabras, nada tiene que ver la culpabilidad del acusado, sino sólo la tipicidad y antijuridicidad de su conducta, y los peligros que su libertad trae aparejados para él y para terceros”*.

4 No significa y no se afirma con ello que sea el único antecedente. Sobre el particular, ver Fallo de la CA de Talca, Rol 380-2007, que conociendo de nulidad interpuesta por el MP señala lo siguiente: *“Que vinculado a lo anterior, si bien es cierto que en materias como la pre-*

cometido un delito y que haya participado en él, esto es, que haya realizado una conducta (acción u omisión), típica, antijurídica y culpable, sino resultar también acreditada la peligrosidad del requerido⁵. De ahí que doctrinaria y jurisprudencialmente se diga, con justa razón, que el procedimiento sobre aplicación de medida de seguridad no se trata de un juicio de culpabilidad, sino de peligrosidad.

Ahora bien, en qué aspectos o de qué manera incide el informe pericial. De manera general, la peligrosidad siempre debe estar vinculada a la presencia de un trastorno mental grave y nunca puede ser valorada como una circunstancia independiente, porque de lo contrario podrían internarse sujetos peligrosos, que no padezcan un trastorno mental grave, como es el caso de los trastornos antisociales de personalidad, una psicopatía, o alguna conducta peligrosa debida al consumo de drogas⁶. Si el trastorno no es grave, estamos frente a una situación de imputabilidad disminuida, la que evidentemente opera como atenuante, más nunca como eximente de responsabilidad penal, pero ya no en la dinámica de procedimiento especial, sino de acuerdo a las reglas generales⁷.

Asimismo y de manera específica, el informe pericial incide de tres formas: En primer lugar, develando que el trastorno mental afecta realmente los elementos integrantes de la imputabilidad (cognición y voluntad), lo que se ha llamado aspecto cualitativo; es decir, que exista una desestructuración significativa en la personalidad o que se ha perdido el juicio de realidad, como podría ser el caso de un trastorno psicótico crónico, o un retrasado mental profundo. En segundo lugar, ilustrando sobre la intensidad de la sintomatología del trastorno mental, si incide en las funciones a la base de la imputabilidad (aspecto cuantitativo), por ejemplo, si el grado de alteración de la conciencia afecta la conducta (un estado de embotamiento), o si una fuerte alteración de la afectividad incide

sente, la opinión de un perito médico de la especialidad correspondiente constituye un antecedente relevante a la hora de pronunciarse acerca de la pertinencia de la aplicación de una medida de seguridad respecto de un imputado enajenado mental, por cierto que no es el único, y el fallo que se pronuncie sobre el particular no puede girar, fundamentalmente, acerca de la completitud de contenido de sus dichos y afirmaciones, pues de así procederse, se corre el riesgo que el ejercicio de la función jurisdiccional, atributo y deber exclusivo y excluyente del órgano investido constitucional y legalmente para ello, se entienda delegado en profesionales de ciencias diversas a la jurídica, respecto de la cual en materia de decisión de conflictos de interés de relevancia jurídica revisten el carácter de otros tantos elementos a considerar en el juicio jurisdiccional correspondiente”.

- 5 Si no hay peligrosidad, lo que cabe es el sobreseimiento definitivo, una vez cerrada la investigación.
- 6 Oficio FN N°833-2006, del 24/08/2006, sobre Internaciones provisionales dictadas en el marco del procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad y evaluaciones periciales para determinar su procedencia.
- 7 Ver: Horvitz Lennon y López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II, p. 573, situación que se produce si el tribunal, en uso de sus facultades para valorar libremente la prueba, adquiere la convicción que el imputado no es un enajenado mental o que no estaba en tal estado cuando cometió el delito, y que por lo tanto es culpable del hecho que se le atribuye.

en el comportamiento. Finalmente, ofreciendo una valoración sobre si existe coincidencia temporal entre la presencia de un trastorno mental y los hechos que han sido sometidos a análisis (aspecto cronológico), puesto que pudiera darse que una persona pueda haber sido diagnosticada hace mucho tiempo como epiléptica, pero al momento de los hechos delictivos no está con ningún tipo de afectación psíquica⁸.

Dándose los tres elementos antes señalados (características de la patología psiquiátrica que dan cuenta de peligro), unida a la carencia de apoyo familiar, a la necesidad de apoyo médico especializado, en un recinto asistencial (hospital psiquiátrico) donde se asuma su tratamiento de manera integral, surge la necesidad de aplicar la medida de seguridad.

Estas son premisas que orientan el análisis del presente caso (en tal sentido se pronuncia el considerando UNDECIMO) y de toda investigación en la que quiera imponerse una medida de seguridad, so pena de caer en la arbitrariedad y atentar de manera ostensible contra derechos y garantías constitucionales. En la sentencia en comento, se plasmó de la siguiente manera:

OCTAVO: “...En tal sentido, se adquirió por este Tribunal la convicción de que su participación fue de autor material y directo, respecto de ambos delitos y en grado de consumado, de los hechos objeto de este juicio oral, pero también de adquirió la convicción de que conforme a su condición de enfermo mental, más precisamente que sufre una conducta paranoica delirante, no existió el dolo ni la culpa exigido para responder por tal acción.- **Al encontrar un punto de encuentro entre lo estrictamente médico legal y el derecho se puede concluir que las personas en esta situación son inimputable, porque los ilícitos y su dinámica están concatenado con la sicopatología detectada, mismo argumento que permite determinar, que, es un peligro para su propia integridad física y pone en riesgo a las personas que la rodean siendo peligrosa para los terceros** (lo destacado es del comentarista), ya que puede presentar en cualquier momento un brote de la enfermedad que lleva consigo la consecuencia de no responder jurídicamente de sus actos.- Lo que se considerará por este Tribunal al aplicar la medida de seguridad solicitada”.

En consecuencia, el análisis de la peligrosidad está directamente dado en función de las características del imputado y no de las posibles víctimas.

2. Caracterización del hombre maltratador

El segundo punto de este comentario, más que un análisis del problema teórico-práctico de la caracterización del hombre maltratador de su pareja al momento de elaborar una teoría del caso, cuando se inicia la investigación, es un llamado de atención o de alerta. En efecto, en artículo elaborado por la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, titu-

8 Oficio FN N°833-2006, Id.

lado “Hombres que agraden a sus mujeres”⁹, siguiendo a diversos autores, entre ellos a Jacobson y Gottman, Dutton, Saunders, Holtzworth-Munroe, Echeburúa, Jonson, se hace una caracterización los agresores distinguiendo entre los que *agreden sólo a sus parejas*¹⁰, *los que expresan una violencia generalizada*¹¹, y por último, una **tercera categoría** que es incorporada como intermedia a las dos anteriores, cuyos rasgos característicos son similares a los dos anteriores pero con una diferencia de grado.

Asimismo, en el Oficio FN N°18-2007, refiriéndose al tema del “terrorismo íntimo” tratado por Johnson¹², se distinguen los siguientes tipos:

- I. **Exclusivamente familiares:** es el grupo que presentaría menor severidad en la violencia física y menor probabilidad de ejercer abuso sexual y psicológico. El maltrato de este grupo se restringe exclusivamente a los miembros de la familia y es muy raro que cometan actos de violencia fuera del hogar o que realicen otro tipo de delitos. También, muestran poseer una baja base psicopatológica y no presentan trastornos de personalidad. Representarían al 50% del total de hombres que agreden a sus parejas.
- II. **Disfóricos/límites:** manifiestan un grado moderado o severo de maltrato, incluyendo también el abuso sexual y psicológico. Al igual que el grupo anterior, su violencia se restringe, generalmente, al núcleo familiar, aunque pudieran existir algunos hechos de violencia fuera de ésta. Los hombres incluidos en esta categoría son psicológicamente angustiados y emocionalmente volátiles. Pueden evidenciar características de personalidad esquizoides y límite, y presentan problemas de abuso de drogas y alcohol. Representarían al 25% de las personas que maltratan a sus parejas.
- III. **Generalmente violentos/antisociales:** Ejercen una violencia de pareja de moderada a severa, incluyendo el abuso sexual y psicológico. Son los que presentan mayor agresividad extrafamiliar y poseen amplios historiales de conducta criminal y antecedentes policiales. Tienen un elevado consumo

9 HOMBRES QUE AGREDEEN A SUS MUJERES, Roberto Rodríguez Manríquez, Asistente Social, Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público y Miguel Morales Dahmen, Psicólogo, Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

10 Incluyen como rasgos, todos o la mayoría de las características individuales que se señalaran a nivel cognitivo, afectivo conductual e interaccional. Representan entre el 50% y el 70% del total.

11 Se caracterizan por tener una conducta antisocial, realizar diversos delitos, ser más fríos y calculadores, sin sentimientos de culpa e incapaces de establecer relaciones no superficiales y tendrían un trastorno de personalidad antisocial o rasgos psicopáticos. Representan alrededor del 20% al 25%.

12 Johnson MP, Conklin, V., & Menon, N. (2002, November). *The effects of different types of domestic violence on women: Intimate terrorism vs. situational couple violence*. Paper presented at the National Council on Family Relations annual meetings, Houston, Texas.

de alcohol y drogas y es frecuente además, que presenten un trastorno de personalidad antisocial o una psicopatía. Representarían el 25% de todos los hombres que maltratan a su pareja.

Pues bien, la preocupación surge ante la evidente desproporción existente entre el total de sentencias en las que se aplica una medida de seguridad y el total de causas que llegan a conocimiento y tramitación de las respectivas fiscalías. En efecto, según el boletín estadístico del Ministerio Público 2009, el total de ingresos VIF durante el año 2008 en el país es de 94.844 causas, de las cuales, 10.329 terminaron por sentencia condenatoria. Por su parte, según el Boletín Estadístico de la Defensoría Penal Pública 2009, al referirse a la caracterización de las formas de término, se señala que sólo en 50 causas, durante el año 2008 y en todo el país, se aplicó medida de seguridad.

Ahora bien, siguiendo con el análisis de Johnson, tenemos que estadísticamente hay probabilidad de que en más de veinte mil causas que se reciben años tras año, en ellas el imputado pueda ser caracterizado como disfóricos/límites, lo que *servando servandis* implica un mayor rigor y análisis de las denuncias que se reciben, puesto que en un porcentaje significativo de ellos es muy probable que presenten cuadros susceptibles de ser catalogados como enajenados mentales, con caracteres de riesgo para sí y para los demás, en donde se hace necesario requerir de una medida de seguridad, previa evaluación por parte de perito y declaración de inimputabilidad.

En consecuencia, se trata de un antecedente no menor al momento de efectuar un análisis de la causa y elaborar la respectiva teoría del caso, cuyo fundamento legal dice también relación con entregar efectivamente protección a las víctimas¹³.

Sentencia:

M.E.B.L.

DESACATO Y AMENAZA A LA AUTORIDAD JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE SU CARGO.-

R.U.C N° 0800765956-4

R.I.T N° 40-2009

MEDIDA DE SEGURIDAD

Curicó, trece de julio de dos mil nueve.

VISTOS, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: *Generalidades:* Que ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, constituido por las juezas Graciela Carvajal Herrera, quien presidió la audiencia, Patricia Möller Escobedo y Amelia Avendaño González, se llevó a efecto el juicio oral en esta causa, seguida por los delitos de Desacato y Amenazas a la autoridad judicial en el ejercicio de su cargo, requerida por el Ministerio Público para la apli-

13 Artículo 1°, Ley 19.640.

cación de una medida de seguridad en contra de don **M.E.B.L.**, R.U.T. XXX nacido en Cumpeo el día 17 de agosto de 1969, 39 años de edad, estado civil soltero, profesión u oficio DJ (disc jockey), domiciliado en XXX.- Representado por su curador ad-littem el abogado don Pablo Sepúlveda Tagle, domiciliado en Argomedo N°280 de Curicó, correo electrónico psepulveda@dpp.cl, asistido por el Defensor Público don Sergio Aguilera Jara, domiciliado en Argomedo N°280 de Curicó, correo electrónico saguilera@defensoriapenal.cl.-

Sostuvo el requerimiento el Ministerio Público, el que fuere representado por el señor Fiscal don Juan Pablo Araya Muñoz, domiciliado en Manso de Velasco 701 de Curicó, correo electrónico jaraya@ministeriopublico.cl.-

SEGUNDO: Procedimiento. Que en el auto de apertura del Juicio oral se solicita la aplicación de una medida de seguridad de internación en un establecimiento psiquiátrico, en atención a que le afectaría la circunstancia eximente de responsabilidad criminal del artículo 10 N° 1 del Código Penal.-

TERCERO: Requerimiento: El requerimiento de aplicación de medida de seguridad formulado por el Ministerio Público, de conformidad con el artículo 461 del Código Procesal Penal, es del tenor siguiente:

Hecho N°1: El día 27 de agosto del año 2008, aproximadamente

a las 13:00 horas, el imputado fue sometido a una audiencia de control de la detención en la causa RUC 0800765956-4 por un delito de lesiones leves en contexto de violencia intrafamiliar en perjuicio de su conviviente, doña P.L.A. audiencia en la cual la Magistrado que dirigía la audiencia le notifico en reiteradas ocasiones al imputado que quedaba sometido a dos medidas cautelares del artículo 92 de la ley 19.268 en relación a la del artículo 15 de la ley 20.066, esto es, abandono del hogar común que compartía con la víctima, y prohibición absoluta de acercarse a ésta. Terminada la audiencia, el imputado abandona el Tribunal de Garantía de Curicó y a poca distancia de este recinto, por Avenida Manso de Velasco en esta ciudad, el imputado se acerca a la víctima y comienza a caminar a su costado siendo sorprendido y detenido en su accionar por personal de Carabineros de Chile.

Hecho N°2: El día 28 de agosto del 2008, aproximadamente a las 15.00 horas, en circunstancias que la en ese entonces Magistrado titular del tribunal de Garantía de Curicó doña C. S.L., se encontraba realizando una audiencia de control de detención al imputado B.L., en la sala de audiencia N°3 de ese tribunal, el imputado al momento de ser llevado a los calabozos, procedió a amenazar a la magistrado S. señalándole expresamente que si se llegaba a matar su conviviente, **se la tiraría a ella**, insultándola y abalanzándose violentamente hacia el estrado en el que permanecía la magistrado, siendo reducido por gendarmes que estaban en la sala.

El Ministerio Público califica jurídicamente estos hechos narrados como, el hecho N°1 constitutivo del delito de desacato previsto en el artículo 240 del CPC en relación con la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, donde al acusado le cabe participación en calidad de autor y en grado consumado. Y el hecho N°2 constitutivo del delito de desacato con amenazas a autoridad del artículo 264 N°2 en relación al artículo 265, ambas disposiciones del Código Penal, en grado de consumado y en calidad de autor. En cuanto a participación que se atribuye al imputado en los hechos dice que le ha cabido, una participación en calidad de autor directo, en los términos del N°1, primera parte, del artículo 15 del Código Penal, y en cuanto a la etapa de ejecución de los mismos se encuentran en grado de consumado.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal el imputado se encontraría exento de su responsabilidad criminal, en los términos del artículo 10 N° 1 del Código Penal. La medida solicitada conforme con lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes del Código Procesal Penal, se declare que el imputado M.E.B.L., se encuentra en la situación prevista en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, y en conformidad a ello, se decreta su INTERNACION EN UN ESTABLECIMIENTO PSIQUIÁTRICO POR UN PLAZO NO INFERIOR A TRES AÑOS.

Que los intervinientes no convinieron convenciones probatorias en los términos del artículo 275 del Código Procesal Penal.

CUARTO: *Alegatos de apertura, clausura y audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal. Estos se encuentran en el registro de audio.-*

En lo relevante sostiene el *Ministerio Público* su requerimiento, explicando que se trata de dos delitos, uno de desacato por cuanto el requerido no habría cumplido con una medida cautelar impuesta por el Tribunal de Garantía de esta ciudad, en un procedimiento de lesiones leves en el contexto de violencia intrafamiliar el día 27 de agosto de 2008 y el día siguiente al controlar la detención por el delito ya indicado, en dicha audiencia que terminó imponiéndole la prisión preventiva, se vio involucrado en un delito de amenaza a la autoridad judicial en el desempeño de su cargo, específicamente a la magistrado C.S.L., a quien amenazó de palabra y obra, hecho este último que fue controlado por personal de gendarmería presente en la sala de audiencias.- El requerido se encuentra internado en un establecimiento psiquiátrico, donde se le ha diagnosticado trastorno delirante, enfermedad que importa un peligro, ya que puede atentar contra si mismo y contra otras personas.-

En la clausura el fiscal, sostiene que se han acreditado los dos hechos punibles, que enmienda el error contenido en el requerimiento respecto de una cita legal mal hecha.- Alega respecto del delito de desacato, que la medida cautelar que afectaba al requerido regía de inmediato, por lo que estaba cometiendo un delito flagrante cuando fue aprendido, además, que el bien jurídico afectado es

la recta administración de la justicia, por lo que la víctima de violencia intrafamiliar, no era en ese momento la víctima del ilícito perseguido, por lo que aunque la pareja del requerido nada hubiese dicho, la ley sanciona su proceder.- Referente al segundo hecho, estima que está suficientemente probado tanto las amenazas verbales, como la casi agresión física que fue frustrada por personal de resguardo, situación que produjo en la persona de la autoridad judicial, justo temor.- Por lo que solicita se conceda la Medida de Seguridad, solicitada, prevista en el artículo 10 N°1 del Código Penal, por ser inimputable, ya de del contenido de la pericia realizada, se concluye que presente una psicosis de gravedad, y mas, la declaración de testigos, se estableció que esta persona es un peligro tanto para él como para terceros, requisito que se cumple en la especie, ya que no se encuentra compensado en su enfermedad mental y necesariamente tiene que estar internado, más aún que esta persona, a manifestado que en libertad consume droga, lo que lo hace aún un sujeto más peligroso para la sociedad.-

Por su parte la *defensa* dice que el Ministerio Público debe acreditar que las circunstancias referidas constituyen hechos típicos, antijurídicos. El primer hecho, sobre las medidas cautelares, es en contra de la víctima de lesiones, violencia intrafamiliar, y fue observado mientras caminaba con la victima, ella no reclamo nada, ni pidió auxilio, no pidió protección, se estimo, que debió ser agresivo, ella quiso hablar con el imputado.

La violencia intrafamiliar son ciclos de vida, no hubo reclamo de la afectada.- Respecto del desacato, para justificar una medida de seguridad, no es una simple amenaza personal normal.- Segundo hecho, no sabe el Ministerio Público, como encuadrar esta conducta incluso relaciona la disposición legal que tipifica el delito con una ya derogada, y expresa que si hay desconocimiento de la norma de parte del órgano persecutor o un lapso en la transcripción, no se le puede exigir al requerido que conozca la norma.- El incurrió en un error, es trastornado mentalmente, es difícil que entienda que no se puede acercarse a su mujer, a la madre de sus hijos.- Esta medida cautelar es en beneficio de la víctima en el derecho de la familia, se busca recomponer la relación familiar.- Su defendido posee un trastorno delirante, escucha voces, ante situaciones de conflicto o stress, presenta trastornos de conducta, lo vivido por el era traumante, ya que se iba preso además, perdía familia y su casa.- Su conducta respecto de la magistrado es porque le reprocha lo que a su juicio es injusto, no se va contra la magistrado, es una amenaza que no se puede llevar a cabo.- Y estima que cuando la ley faculta medidas de seguridad tiene que ser por algo mas allá de lo que se investiga, circunstancias que sean delitos de peligrosidad, esto no representa a su juicio ninguna peligrosidad.- El curado ad litten guarda silencio.-

Clausura defensa: Sostiene que comprende y se condeue con el estado de ánimo de la magistrado que se presentó a estrados.- Pero debemos

atenernos a los mandatos legales, y sostiene, que respecto del desacato, sobre el incumplimiento de la medida cautelar en ese momento no se tenía conciencia de situación de inimputabilidad, que se recabó a término de la audiencia, se trata de una persona que padece de un trastorno delirante, aunque la perito al declarar en estrados cambio su diagnóstico, por una conducta más exacerbada, más grave.- La defensa dice estar de acuerdo, que se trata de una situación de incapacidad mental, este trastorno delirante, escuchar voces, entonces esta situación de privación de libertad, de sus afectos, más su conducta de que no cumple por lo dicho por el Tribunal porque no lo comprende, no puede conocer el mandato de la justicia, además, como puede proteger a alguien que no quiere protegerse, cuantas veces las personas sometidos a estas cautelares conviven nuevamente, hasta una nueva oportunidad.- Otro hecho sobre desacato a la autoridad, equivoca en Ministerio Público la disposición legal, no hay amenaza a mano armada y la conducta fue frustrada, sólo habla de amenazas, la pena es mínima, presidio menor grado mínimo, la penas de las otras condenas están suspendidas porque se presentó la solicitud antes de quedar ejecutoriada.- Por ello aplicar una medida de seguridad de tres años es exagerado.- Lleva un año privado de libertad, no hay más que cuatro antecedentes, en su vida.-

En su réplica el fiscal, dice que sobre la suspensión de las penas, no hubo prueba alguna.-

Palabras finales del requerido: No quiso pegarle a la jueza sino que acercársele.- Ya que a ella la he salvado como diez veces de la muerte.- El curador también hace uso de este derecho y hace precisiones legales respecto a los derechos de su representado, las que se contienen en el audio.-

QUINTO: *Declaración acusado.* Que el acusado M.E.B. L., expreso que el asunto es que la P. es enferma, tiene que llevar un régimen, estaba con rivotril y cosas así, por eso el quiso después de la audiencia hablar con ella que llorando le dijo que vamos hacer y que teníamos que hablar, si hubiese sabido que era tan drástico el castigo no lo habría hecho.- Referente al hecho ocurrido con la Magistrado, dice que estaba fuera de sí, nunca le amenazó de muerte, no quiso amenazarla de muerte.- Dice que todo fue producto de una brujería que le hicieron, es cuando esta normal es tranquilo.- El defensor le pregunta que paso con la magistrado, le manifiesta que le quiso decir, que la niña tiene tendencia al suicidio el se quiso anteponerse a algo malo, es decir al suicidio de esta niña, el sabe que no es algo normal lo que hizo con la magistrado, y, le dijo a la magistrado, usted va a ser responsable de lo que le pase a ella porque no va a estar conmigo, eso más menos, se lo dijo gritando, por eso se sintió tan fuerte.- No le dijo nada más.-

SEXTO: *Antecedentes en relación al establecimiento de un hecho típico, antijurídico y la responsabilidad de la requerida en éste.* Que aún cuando la defensa no controvertiera los hechos

que le fueran imputado a su representado, como tampoco la participación que en ellos le ha correspondido, salvo la peligrosidad que la enfermedad que presenta su defendido tanto para el y para la sociedad, con la prueba aportada se dieron por establecido los siguientes hechos:

Que el día 27 de agosto del año 2008, aproximadamente a las 13 horas, el imputado M.E.B.L., fue sometido a una audiencia de control de detención en el Juzgado de Garantía de Curicó, por el delito de lesiones leves en el contexto de violencia intrafamiliar en perjuicio de su conviviente doña P.L.A., audiencia en la que se notificó que quedaba sometido a la medida cautelar del artículo 92 de la ley 19.968, en relación con el artículo 15 de la ley 20.066, esto es la prohibición de acercarse a la víctima y además, de abandonar el hogar común.- Terminada esta audiencia y en las cercanías del mismo Tribunal, el imputado ya referido, caminaba por la Plazoleta de la Avenida Manso de Velasco, al lado de la víctima ya mencionada, gesticulando y en una actitud confrontacional lo que se podía apreciar desde el recinto del Tribunal, situación que fue presenciada por la propia Jueza que había impuesto la medida, motivo por el cual una Fiscal presente en el recinto del juzgado, hizo llamar a carabineros a quienes les ordenó detener al infractor, lo que se llevó a cabo a una cuadra del edificio del Tribunal.-

El día siguiente 28 de agosto de 2008, aproximadamente a las 15,00 horas, en circunstancias que la entonces Jueza Titular del Tribunal de

Garantía de Curicó, doña C.S.L., se encontraba haciendo la audiencia de control de detención del imputado M.E.B.L., por el delito de desacato ya descrito, y una vez que finalizó dicho audiencia, en la que ordenó la prisión preventiva de B.L., este la amenazó de palabra y obra, procediendo a abalanzarse sobre ella con su puño apretado en disposición de infringirle una agresión física, siendo reducido por personal de gendarmería presente en la sala de audiencias, mientras le profería una amenaza diciéndole que si su conviviente se mataba por su culpa, “te voy a tirar a ti concha de tu madre”, dando a entender que correría la misma suerte.- Esto logró amedrentar a la magistrado, quien temió por su integridad física y le produjo también consecuencias emocionales.-

Que para establecer estos hechos y darlos por acreditado más allá de toda duda razonable, el Tribunal contó con el mérito de prueba que se indicará a continuación, las que a su vez permiten dar por establecida la participación que en el le cupo al requerido en los mismos y su causal de exculpación por la inhabilidad que le afecta, cual es la del artículo 10 N°1 del Código Penal, eximente de responsabilidad penal que determina que el loco o demente esta exento de responsabilidad a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente a su voluntad, se halle privado totalmente de razón.

Las pruebas recibidas son las siguientes:

Testimonios de:

Ricardo Muñoz Patiño, carabinero, quien relata que el día 27 de septiembre de 2008 le correspondió ya que se encontraba de turno tomar un procedimiento de lesiones leves por violencia intrafamiliar, en la villa XXX, donde P.A.L.Á., estaba siendo víctima de lesiones por parte de su conviviente M.E.B.L., ésta relato que minutos antes había sido agredida por su conviviente y amenazada con arma blanca.- Se procede a la detención de B.L., se le dan a conocer sus derechos y se constataron lesiones, resultando con lesiones leves la denunciante y el acusado sin lesiones.- La detención fue normal, el imputado no opuso resistencia, incluso fue trasladado sin esposas, tenía causas pendientes por violencia intrafamiliar.-

C.S.L.: manifiesta que fue amenazada con intento de agresión cuando se desempeñaba como Juez de Garantía en la ciudad de Curicó, esto fue el 28 de agosto de 2008, esto sucedió cuando estaba como juez de turno para los controles de detención, y llegó en calidad de detenido el acusado por el delito de desacato ya que el día anterior, había sido formalizado por delitos de lesiones en diferentes causas, y se le había impuesto en uno de ellos la medida cautelar de no acercarse a la víctima la que había incumplido, de lo cual incluso fue testigo lo vió que estaba siguiendo a la víctima por Manso de Velasco, más lo vió la funcionaria encargada de Acta del tribunal y la Fiscal, quien procedió a llamar a Carabineros.- Al día siguiente se le formalizó por dicho delito y le impuso la medida cautelar

de prisión preventiva por cuanto tenía múltiples causas, era muy agresivo y estaba muy molesto, se la explicó además que esto sería por 10 días, ya que fijó de inmediato una revisión de la cautelar, estaba alterado, y se volvió a decirle palabras a al víctima, que se iba a morir, si se suicidaba era culpa de la magistrado y la indicaba con el dedo, le aplicó medida disciplinaria de arresto por dos días, concluida la audiencia, se abalanzo al estrado con la mano empuñada, le dijo garabatos, y le manifestó “te voy a tirarte concha de tu madre,” entiende que eso quería decir te voy a “pitiar”, que en la jerga de los imputados quiere decir matar, esto fue una vez que se paró desde su asiento y como es una persona muy grande se sintió un estruendo, al chocar con el estrado, lo que la amedrento, se sintió intimidada, se sintió paralizada y le templaban las piernas, no pudo levantarse de su asiento por un buen rato, estima que el requerido quedó a unos sesenta centímetros de ella, en eso personal de gendarmería, en forma especial el cabo Moya lo logro reducir con una llave donde le tomó el cuello por detrás, de lo contrario le habría agredido.- Volviendo al día anterior, dice que le aplicó medidas cautelares de no acercarse a la víctima y no ingreso al hogar común, en lo que haciendo uso de la facultad que la ley le confiere procedió de oficio, y le dio una copia de la orden para que la exhibiera a carabineros si tenía algún problema con su agresor, ya que la víctima se estaba en una situación de riesgo, se le explicó a éste en que consistía la medida cautelar.- Estaba reticente al procedimiento, miraba a la víctimas

y a la jueza en forma desafiante.- Dicho día fue condenado, también, en dos requerimientos en procedimientos pendientes, a dos condenas de 61 días con remisión condicional de la pena, por lesiones en contexto de violencia intrafamiliar.- Preguntada por las partes, dice que estaba en la sala tres del segundo piso del edificio del tribunal, desde donde se observa claramente la Plaza Manso de Velasco, como dijo estaba la persona que toma el Acta, ella, y la fiscal, dándose cuenta que el acusado estaba incumpliendo claramente la cautelar recién aplicada, ya que estaba haciendo ademanes con las manos y le había arrebatado a la víctima un oficio para pedir protección a carabineros que recién ella había firmado en la causa por violencia intrafamiliar.- La causa que dio origen estos hechos fue la rol N°5546- 2008, por el delito de desacato en la que la fiscalía solicitó la prisión preventiva, durante dicha audiencia el imputado interrumpía mucho, hacía ademanes con las manos y el rostro, movía al cabeza, no guardo la compostura todo el tiempo.- Explica que el día 27 de agosto de 2008, ella en su calidad de Juez de Garantía, conoció de dos juicios contra B.L. por ordenes pendientes, más la violencia intrafamiliar con lesiones leves por la que lo trajeron detenido, en las dos primeras aceptó responsabilidad y se dictaron dos sentencias condenatorias y en la que venía detenido una medida cautelar de no acercarse a la víctima y que tenía que abandonar el hogar común.- En ese momento no se tenía antecedentes de su estado mental.- La víctima no manifestó

que no quería protección, ya que dijo que tenía miedo, pero que si lo necesitaba en la casa porque dependía de él económicamente.-

Eduardo del Corazón de Jesús Jara del Río: Fiscal del Ministerio Público, quien expresa que el 28 de agosto de 2008 se encontraba en la sala tres del Juzgado de Garantía, dentro del público, y el acá presente M.B, estaba siendo imputado por el delito de desacato, ya que el día anterior había estado en control de detención por lesiones en violencia intrafamiliar, donde se le aplicó medida cautelar de no acercarse a la víctima, y ese mismo día posteriormente según le contaron la tenía contra las rejas amenazándola.- Por lo que se llamo a carabineros, y fue formalizado por este hecho, estaba de turno la Jueza C.S., en la audiencia se encontraba presente la conviviente y estaba resguardada la sala de audiencias por tres funcionarios de gendarmería.- La jueza accedió a conceder en perjuicio del imputado la prisión preventiva.- Cuando supo esta resolución se dirigió hacia su conviviente y le dijo me aburrí contigo no sigo mas, filo no más, jodistes, ya de pie hacia la magistrado, le increpó si ella se suicida, usted va a ser la responsable, caminaba frente al estrado y mientras lo hacía empezó a subir la voz y le dijo si se mata te voy a tirar a ti chucha de tu madre, como temió por la magistrado el trató de reaccionar para ir en su ayuda e impedir que traspasara la baranda, pero fue oportunamente reducido por los gendarmes y se escuchó que la magistrado le aplicó dos días de arresto por el

desacato.- Claramente iba dirigido los improperios a la magistrado.- El requerido intentó acercarse al estrado, en una acción amenazante.- Cree que quedó, a menos de medio metro del estrado y entre un metro a un metro treinta de la magistrado.- Dice que sintió miedo por la magistrado S., porque fueron amenazas verbales y con una actitud corporal desafiante.-

Carlos Escobar Cepeda, carabinero, manifiesta que el 27 de agosto del año 2008 estaba de primer turno en el servicio de motos, cuando minutos antes de las 14 horas, se requirió su presencia inmediata en el Juzgado de Garantía, donde la fiscal Lucy Bustamante le ordenó la detención de un individuo que iba caminando cerca del paradero que esta frente al Tribunal, porque había incumplido una medida cautelar de no acercarse a la víctima, indicándole que persona era, la que caminaba junto a otra persona, por lo que llamó un carro, y procedió a su detención en la intersección de calle Camilo Henríquez con Chacabuco, a una cuadra del Tribunal, lo llevaron a constarle lesiones y posteriormente al cuartel.-

Documental: Copia autorizada de Acta de audiencia de control de detención de fecha 28 de agosto del 2008, en causa rit 5546-2008, del Juzgado de Garantía de Curicó.

Prueba pericial para acreditar la salud mental del requerido y el peligro que pudiese atentar contra su integridad y la de terceros:

Margarita María Loreto Plaza Hernández: declaración de la perito

médico siquiatra, recibida en estrados mediante video conferencia, se trata de un peritaje médico forense, practicado por ella y otro médico siquiatra, al requerido M.E.B.L. en el Instituto Horwitz donde se encuentra internado desde el día 22 de octubre de 2008.- Al momento de la pericia esta persona tenía 39 años de edad, mantenía una relación de convivencia, tiene un hijo que se llama D. de siete años de edad, que no vive con ellos porque no son capaces de hacerse cargo de su cuidado, trabaja ocasionalmente como disc jockey, encausado por los delito de lesiones y desacato, hijo único de una relación entre primos hermanos, lo reconoció como su papá un hermanastro materno, curso cuarto medio, ha trabajado siempre en labores ocasionales, ha tenido pocas relaciones de pareja, la primera de ellas a los 25 años de edad, ahora convive con P.- Refiere que comienza a consumir alcohol, a los quince años de edad, a los dieciséis marihuana, a los dieciocho cocaína a los treinta años de edad empezó a consumir pasta base de cocaína, siendo un consumidor habitual, relata que los días viernes y sábados consume hasta cinco veces al día, y vendido cosas de la casa para obtenerla y ha traficado droga, incluso ha estado detenido por dicho motivo.- En cuanto a sus antecedentes mórbidos, ya como parte de su relato de efecto sicótico, expresa que siendo niño a la edad de tres años le habrían dado un yogurt con heroína por lo que habría tenido una intoxicación con drogas y habría sido obligado a tener relaciones sexuales con otro niño, todo ellos relacionado con

un vecino que le inyectaba heroína en los testículos, le ponía agujas finas en los oídos, despertaba con la boca ácida, se le descalcifican los dientes, desde el año 98 escuchaba voces que lo insultan, este vecino le hacía brujerías, le ponía cámaras en el baño, para firmarlo cuando se bañaba y recogía el agua con que se bañaba para comercializar sus espermios, le ponía objetos en los ojos, este vecino conspiraba en su contra, lo atacaba el ku-klux-klan, los judíos y los funcionarios de investigaciones, lo que ha denunciado y contaba esto a su pareja y otras personas.- Cuenta con la seguridad que esto a ocurrido y aún ocurre, el esta seguro que lo que esta contando y dice que se siente sano mentalmente.- Ella lo evaluó ayer, lo encontró limpio y ordenado, bien orientado en el tiempo y en el espacio, esta lúcido sabe donde ésta, su comprensión y concentración esta conservada, su pensamiento es de velocidad normal no hay trastorno en las asociaciones, el refiere ideas de perjuicio en su contra, su lenguaje es adecuado para su nivel socio cultural, pero hay salto en la lógica de su discurso, su aspecto es concordante con su discurso, su juicio realidad esta alterado, refiere trastornos en senso perceptivo, hay alucinaciones, no refiere fallos de memoria, su inteligencia clínicamente es normal, concluye, que B.L. presenta un cuadro de larga data de una enfermedad mental con un compromiso del juicio realidad, esta fuera de la realidad, estas ideas, no ha recibido tratamiento, por lo que presenta un cuadro sicótico paranoide crónico sin tratamiento, un trastorno delirante o esquizofre-

nia paranoide características comunes de psicosis crónica de larga data, se inclina por un diagnostico de trastorno delirante.- Debido a ello refiere que el requerido es peligroso para si mismo y para otras personas, puede tratar de tomar venganza contra estos supuestos enemigos.- Al momento de la entrevista, tiene su responsabilidad completamente comprometida, es decir su estado es asimilable a enajenación mental.-

Una persona que tiene este tipo de enfermedad, tiene más posibilidades de descompensarse y atentar contra si mismo y otras personas por un descontrol en sus impulsos, sin consumo de drogas, también es peligroso.- El esta fuera de la realidad, lo que el dice son cosas absurdas, cosas imposibles que estén en su contra los judíos, la policía de investigaciones, el ku-klux-klan, sentir voces, sensaciones a nivel genital, el tiene un cuadro sicótico, a perdido el juicio de la realidad no esta en sus cabales, su responsabilidad está comprometida, el no es capaz de percibir la realidad como todos, el percibe que hay gente que le obligan hacer cosas, por lo que se siente lo tienen poseído, lo que incompreensible para una persona normal, y eso no lo puede controlar.- En resumen el sufre de un trastorno delirante, una psicosis crónica ideas de daño en su contra, pide ayuda le cuenta a la gente y hace las denuncias por estos hechos.- Son síntomas de las dos cosas, psicosis y esquizofrenia, dos enfermedades síquicas graves, por lo que esta en condiciones de hacerse daño a si mismo y terceras personas, requiere estar sometido

a tratamiento, más aún mientras su enfermedad este descompensada, porque puede actuar conforme a sus ideas.- Actualmente se encuentra en tratamiento, con antipsicóticos potentes, y aún así continúa descompensado, cuenta la misma historia, pese al tiempo que esta en tratamiento.- Recomienda que debería recibir tratamiento internado hospitalizado, al menos unos cinco años, debido al pobre resultado obtenido hasta ahora, y posteriormente si al cabo de ese tiempo logra compensarse debe seguir un tratamiento ambulatorio de por vida.- Por el momento no esta en condiciones de ser entregado a nadie ni aún a un familiar.-

Su tratamiento consiste sólo en medicamentos, más adelante una posibilidad es intentar con electo convulsiva.- En teoría, más adelante podría volver a su casa si estuviera bien, pero su enfermedad es crónica y sin un tratamiento no puede estar.- Durante la entrevista se percibe como una persona tranquila adecuada, callada, retraída y cooperador.-

Documental sobre estado de salud mental:

Ficha clínica N°511558 del acusado en el Hospital Base de Curicó. El que se encuentra elegible, por lo que no puede ser valorizado por el tribunal.

Informe psiquiátrico efectuado al acusado por el doctor CRISTIAN GONZALEZ TORO. De fecha 26 de junio de 2007 donde consta que tiene antecedentes de consumo

y cultivo de marihuana, que desde 1998 consume dicha sustancia en razón a ideas persecutorias, que los judíos le ponen máscaras en los ojos, le emiten radiaciones, le envían misiles microscópicos, le transmiten voces.- En síntesis delirio persecutorio de larga evolución, cuyo diagnóstico es esquizofrenia paranoide crónica su pronostico es malo si el paciente no adhiere a tratamiento médico y la conclusión: el paciente es un enfermo psicótico y por lo tanto inimputable.- Pero requiere tratamiento médico.- El que se considera como prueba a evaluar la salud mental del encausado. Este documento concuerda con el relato y diagnóstico de la médico siquiatria Loreto Plaza Stuardo, por lo que sirve para estimar correctas las conclusiones de la perito forense.

Documental sobre los hechos:

Copia autorizada de Acta de audiencia de control de detención de fecha 28 de agosto del 2008, en causa rit 5546-2008, del Juzgado de Garantía de Curicó. Donde se reproduce la situación de amenaza sufrida por la Jueza S.L., por lo que hace plena prueba de haberse producido la ofensa y la gravedad de ésta.-

Finalmente, copias autorizadas de sentencias condenatorias dictadas en contra del acusado en causas Rit 2758-2007 y 3502-2007, por el Juzgado de Garantía de Curicó. Las que se hace referencia y son evaluadas en el considerando décimo tercero de esta sentencia.-

OCTAVO: *Valorización de la prueba para el establecimiento de un hecho típico, antijurídico. Dolo, responsabilidad penal, inimputabilidad y culpabilidad.* Que reseñadas las circunstancias fácticas que rodearon los hechos ilícitos establecidos en el acápite anterior por medio de las pruebas indicadas, la aceptación por parte del requerido de su participación, se han configurado dos hechos típicos y antijurídicos, esto es, **una acción** u omisión dirigida a no acatar las ordenes emanadas de la autoridad y de amenazar de palabra y obra de muerte a una autoridad judicial en el ejercicio de su cargo, **un resultado** material, en el primer caso cual fue ser detenido por orden de una fiscal de la República en un delito flagrante, y segundo el haber proferido amenaza seria con violencia y públicamente en su sala de audiencia a una Jueza de la República, la que sintió justo temor de ser agredida y daño emocional por la amenaza inferida y finalmente el **nexo causal** entre ambos comportamientos y el resultado. Respecto de determinar el **dolo** en el actuar, en la especie es necesario estarse a las circunstancias especiales, respecto de las condiciones personales del requerido y de los indicios de la forma como se ejecutaron los delitos y sus motivaciones.-

Que, se ha logrado determinar, además, que efectivamente don M.E.B.L., no cumplió el mandato legal emitido por autoridad competente teniendo la obligación de hacerlo, situación de la que fue advertido y de la que se encontraba en pleno conocimiento, la que había

comprendido, ya que se determinó en este juicio que el posee una capacidad intelectual normal.- Este delito que se cometió contra la sociedad toda, ya que la jueza que emitió la medida cautelar en favor de la víctima de la violencia intrafamiliar, lo hizo por la potestad que le asigna la ley y en resguardo de la integridad física de un sujeto conocido, pero más allá, en resguardo de las normas sociales que a todos nos importa para el desarrollo normal de la vida en sociedad, debiendo velar en el ejercicio de su cargo por aquellas situaciones del diario vivir en individuos que no conocen sobre sus derechos y obligaciones.-

Referente al delito de amenazas a la autoridad, tenemos que el requerido, frente a una medida cautelar de prisión preventiva impuesta por la autoridad competente en el ejercicio de su mandato legal, la recriminó, la amenazó, la intentó agredir, lo que claramente es una conducta anómala y que el legislador la consideró una conducta antisocial, y por ende la sancionó en el Código Penal de la República,

Que teniendo presente lo ya razonado, es lógico entonces concluir que efectivamente se realizaron dos acciones que tuvieron la clara intención, además de seria y efectiva, de transgredir el sistema institucional establecido para la recta administración de justicia, una mediante la no aceptación de una limitante a la libertad personal del requerido y la otra mediante la agresión a una autoridad de la República.- Lo que no es aceptable conforme al orden social

establecido, lo que se debe penar conforme a la normativa vigente, y en el presente caso, como no puede aplicarse el imperio de la ley por las circunstancias personales del trasgresor, ya que su accionar se relaciona directamente con la paranoia que afecta a su mente enferma, se debe aplicar la normativa de excepción para este tipo de ciudadano, establecida en las normas de procedimiento respectivas.-

En relación a la **participación del requerido**, habiendo este Tribunal aceptado en su veredicto que don M.E.B.L., es un sujeto inimputable desde el punto de vista del derecho penal, en consecuencia es improcedente realizar juicio de culpabilidad, a su vez la norma prevista el artículo 455 del Código Procesal Penal impone al Tribunal adquirir convicción en torno a que se realizaron en este caso dos hechos típicos y anti-jurídicos que y éste sea imputable el requerido, pudiendo, cuando existan motivos calificados que permitan presumir que atentará contra sí mismo o contra terceros, aplicar una medida de seguridad.- No obstante, que su autoría en los hechos como el caso sub littis, se encuadre dentro de lo prescrito en el artículo 15 N°1 del Código Penal. En tal sentido, se adquirió por este Tribunal la convicción de que su participación fue de autor material y directo, respecto de ambos delitos y en grado de consumado, de los hechos objeto de este juicio oral, pero también de adquirió la convicción de que conforme a su condición de enfermo mental, más precisamente que sufre una conducta

paranoica delirante, no existió el dolo ni la culpa exigido para responder por tal acción.- Al encontrar un punto de encuentro entre lo estrictamente médico legal y el derecho se puede concluir que las personas en esta situación son inimputable, porque los ilícitos y su dinámica están concatenado con la sicopatología detectada, mismo argumento que permite determinar, que, es un peligro para su propia integridad física y pone en riesgo a las personas que la rodean siendo peligrosa para los terceros, ya que puede presentar en cualquier momento un brote de la enfermedad que lleva consigo la consecuencia de no responder jurídicamente de sus actos.- Lo que se considerará por este Tribunal al aplicar la medida de seguridad solicitada.

Que, con los argumentos dados en el presente considerando, se responde las apreciaciones que ha hecho la defensa.-

NOVENO: *Calificación jurídica.* Que los hechos así determinados configuran los delitos de desacato y amenaza a la autoridad judicial en el ejercicio de su cargo, en perjuicio de la sociedad toda y de la magistrado doña C.S.L., respectivamente, perpetrados en esta ciudad el día 27 de agosto de 2008 y en 28 de agosto del mismo año, previsto y sancionado en los artículos 240 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 90 y 94 de la ley 19.968 y artículo 264 inciso 1° del Código Penal, por los cuales el Ministerio Público requirió la imposición de una medida de seguridad, ambos en grado de consumado.

DECIMO: *Antecedentes calificados que permitan presumir que el requerido podría atentar contra sí a contra terceros.* Que del texto contenido en el artículo 455 del Código Procesal Penal se desprende que sólo es posible la imposición de una medida de seguridad cuando se acredite, la existencia de antecedentes calificados; que hagan presumir que atentará contra sí mismo o a terceros, lo que a juicio de este Tribunal quedo establecido en el juicio con las declaraciones de la perito siquiatra doctora Margarita María Loreto Plaza Stuardo, de la documental número dos, informe siquiátrica del médico Cristián González Toro donde se puede apreciar que el requerido M.E.B.L., sufre de una enfermedad mental irreversible, que puede ser controlada por medio de medicamentos, pero siempre este latente el volver a repetir episodios paranoicos del tipo persecutorio, que son delirantes y que crea la convicción en su mente de que es una realidad indiscutible, por lo que representa un peligro para su persona y para terceros. Que no puede vivir solo ya que deben serle administrados medicamentos en forma responsable y permanente, además, no tiene conciencia de la enfermedad. El presenta un trastorno de ideas delirantes persistente o paranoia al crear en su mente distorsión de la realidad objetiva lo que se puede traducir nuevamente en una persecución a cualquier persona y actuar sin control.

UNDECIMO; *Valoración de antecedentes en torno a la medida de seguridad aplicable.* Que como ya se señaló, los medios de prueba incorporados

en razón de la concurrencia de antecedentes calificados, que se refieren a los médicos siquiатras, concluyendo que esta persona no puede vivir sola, que debe ser medicamentada de por vida, que padece de una enfermedad mental recurrente, que sin un cuidado riguroso y controlado por personas que lo tengan bajo su cuidado corre peligro tanto su integridad física como la de terceros, y finalmente que no tiene conciencia de su enfermedad, por todo ello representa un peligro tanto para su propia persona como terceros. Que la defensa esta de acuerdo que su defendido presenta una enfermedad mental, pero sostiene que no reviste peligrosidad, lo que se desestima por lo escuchado en audiencia respecto de la gravedad de su enfermedad, que no tiene otra solución que estar interno por mucho tiempo más, ya que con el lapso que ha transcurrido desde su internación en agosto de 2008 a la fecha de la audiencia, no ha sido suficiente para estabilizarlo, por lo que se hace necesario que permanezca sujeto a un régimen de internado, en este caso, corresponde una medida de seguridad, ya que está sujeto al presente proceso, posteriormente y como se manifestó por la misma siquiatra se deberá establecer otra forma de protección, conforme lo establezca la autoridad sanitaria respectiva ya sea internado o si es posible la medida de custodia y tratamiento que sea procedente. Durante la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, se planteó como posible lugar de internación el Siquiátrico Doctor Horwitz, donde actualmente se encuentra, y a petición del señor

Fiscal, una vez se encuentre cumplida esta sentencia, se ponga en conocimiento de la autoridad sanitaria correspondiente, es este caso el Instituto de Salud Mental del Maule, para que resuelva sobre su condición futura.-

DECIMOSEGUNDO: *Medida de seguridad.* Que en el modo que se ha venido razonando a juicio del Tribunal, la medida de seguridad que resulta más beneficiosa al requerido M.E.B.L., es la primera de las enunciada en el artículo 457 del Código Procesal Penal, esto es, la internación en un establecimiento psiquiátrico, cuya forma y modo de cumplimiento será determinado en lo resolutivo de esta sentencia.

DECIMOTERCERO: *Extensión de la medida de seguridad.* Que en cuanto a la extensión de la medida de seguridad a imponer; conforme lo prescribe el artículo 481 del Código Procesal Penal sólo podrá extenderse por el tiempo de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable y mientras subsistan las condiciones que las hizo necesarias.-

Por su parte la defensa ha solicitado que, no sean consideradas para establecer la pena que se aplicara, las sentencias dictadas en su contra con fecha 27 de agosto de 2008, en las causas 3502-07 y 2.758-07 ambas por lesiones leves en contexto de violencia intrafamiliar, en grado de consumado, condenado en ambas a 61 días de presidio menor en su grado mínimo, penas remitidas por

el lapso de un año, por haber solicitado oportunamente suspender dichos procedimientos en atención a la enfermedad mental que afecta a su defendido.- Se accederá a ello, en atención a no haberse acreditado por el Ministerio Público que dichas sentencias se encuentran ejecutoriadas, y por lo demás sólo se dispone del antecedente acompañado por la defensa en el sentido de que, respecto de las sentencias mencionadas, se solicitó en su oportunidad al tribunal respectivo la suspensión del procedimiento en dichas causas, y en la rol N°5546-2008, sobre desacato que es la que dio lugar a los hechos del presente juicio, sin que a su respecto se haya acreditado que se dictó resolución alguna.-

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 10 N° 1, 14 N°1, 15 N°1, 18, 50, 240 del Código Procedimiento Civil en relación al artículo 90 y 94 de la ley 19.968 y artículo 264 inciso 1° del Código Penal y artículos 455 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se acoge el requerimiento del Ministerio Público y en consecuencia se impone a M.E.B.L. ya individualizado, por cuanto **SE DECLARA INIMPUTABLE** en los hechos acaecidos los días 27 y 28 de agosto de 2008 tanto en el sector aldaño al edificio del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal y Garantía de Curicó, como en la sala tres del Juzgado de Garantía de esta ciudad por el desacato a una orden judicial emanado de autoridad competente; como por las amenazas proferidas a la jueza

doña C.S.L., autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, LA MEDIDA DE SEGURIDAD consistente en la internación que deberá ejecutarse en el Instituto Siquiátrico doctor José Horwitz Barak de la ciudad de Santiago, quedando sujeto en la forma y condiciones que determine dicho establecimiento tendientes a obtener la estabilidad mental el requerido.-

II.- La medida impuesta durará mientras subsistan las condiciones que la han hecho necesaria y en ningún caso podrá extenderse más allá de **OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS** (sumadas ambas condenas) contados desde el 27 de agosto de 2008, fecha desde la cual fue detenido y posteriormente internado en el establecimiento ya referido.- Sirviéndole de abono el tiempo que ha estado privado de libertad, al día de hoy 321 días.-

La pena que se le aplica por cada delito está dentro del mínimo legal como lo exige la norma, **ESTO ES TRESCIENTOS DÍAS POR EL DELITO DE DESACATO Y DE QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS POR EL DELITO DE AMENAZAS A LA AUTORIDAD JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.**

III.- Para los efectos anteriores y conforme con el artículo 481 inciso 3° del Código Procesal Penal la referida institución deberá informar semestralmente sobre la evolución de la condición del requerido al Ministerio Público y a su curador, quienes

a su vez asumen la obligación de inspeccionar y verificar del referido tratamiento, informando al Tribunal respectivo.

IV.- No teniendo el requerido la condición de condenado, se le exime del pago de las costas de la causa.

Oficiese, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para hacer cumplir lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al Juez de Garantía de la causa para la ejecución de la medida de seguridad impuesta.

Devuélvase al Ministerio Público y defensa, los documentos presentadas.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redactada la sentencia por la magistrado doña PATRICIA MOLLER ESCOBEDO.-

RUC: 0800765956-4

RIT: 40-2009.-

PRONUNCIADA POR LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CURICO, INTEGRADA POR LAS MAGISTRADOS GRACIELA CARVAJAL HERRERA PRESIDENTA DE LA SALA, PATRICIA MOLLER ESCOBEDO Y AMELIA AVENDAÑO GONZALEZ, QUIEN CONCURRIÓ AL ACUERDO PERO NO FIRMA LA PRESENTE SENTENCIA POR ENCONTRARSE HACIENDO USO DE LICENCIA MÉDICA.

COMENTARIO A SENTENCIA SOBRE DELITO DE DESACATO

Daniel Ríos Karl¹

Resumen:

Condena por delito de desacato: imputado vivía en el mismo inmueble de la víctima donde existían dos casas: una de sus padres y otra de la víctima. Requisitos del delito. Bien jurídico protegido.

Comentario:

Son varios los aspectos que podemos comentar respecto de este juicio y la respectiva condena. Sobre el juicio propiamente tal, luego de la formalización de cargos por el delito de desacato, fundado en una condena por amenazas dentro del ámbito de violencia intrafamiliar contra su conviviente, la Señora M.N.S., ésta declaró en Fiscalía que no deseaba continuar con la causa, que el imputado se encontraba trabajando en el norte y no tenía problemas con él. Insistiendo en lo anterior en la audiencia de procedimiento abreviado, oportunidad en la cual el imputado no acepta la posibilidad que se le condene por el hecho de concurrir hasta el domicilio de la afectada.

Lo cierto es que antes del juicio, la víctima plantea al fiscal a cargo de la investigación una circunstancia nueva que no estaba consignada hasta ese momento en la carpeta, consistente que en dicho domicilio respecto del cual se había decretado la prohibición de acercarse por parte del imputado, existían en realidad dos casas, una que ocupaba ella con el imputado y otra ocupada por la madre del imputado, situación relevante pues luego de la condena por amenazas, el imputado abandona el primer domicilio trasladándose al domicilio de la casa de su madre, señalando a continuación que el día de los hechos, es la afectada quien va a este último domicilio, discutiendo con el imputado para luego llamar a Carabineros.

En conocimiento de este “nuevo” antecedente que sería esgrimido en el juicio oral, la Fiscalía logra establecer a partir de la declaración del imputado, que éste sabía positivamente la prohibición que tenía respecto de acercarse a la afectada y a su domicilio; segundo, que aquél reconoció que desde la condena por amenazas, nunca abandonó la casa habitación que compartía con la víctima y que actualmente seguían siendo pareja; tercero, que la casa que compartían era la

1 Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Talagante. Fiscalía Metropolitana Occidente. Ministerio Público.

primera que se encuentra en dicho sitio y que es la casa donde funcionarios de Carabineros lo detuvo.

Por otro lado, también logró ser acreditado que el acusado era quien soportaba todos los gastos de manutención de la afectada y sus hijos, lo cual se ratificó por las declaraciones de dicha afectada y de la madre, quienes incurren en contradicciones sobre la casa habitación que ocupaba el imputado junto, supuestamente, con su madre, diciendo que era una distinta de aquella respecto la cual se había decretado la prohibición de acercarse.

De esta forma, se plantea al tribunal la falta de fundamento de lo expuesto por la defensa, en cuanto a que:

- Convenientemente, después de cerrada la investigación, aquella indica la existencia de dos casas en sitio correspondiente al domicilio objeto de la prohibición impuesta al imputado a propósito de su condena previa por el delito de amenazas y, que el imputado ocupaba una casa distinta a la de la afectada, no existiendo por lo anterior vulneración a lo resuelto en dicha condena.
- Que la Señora M.N.S. con su actuar pretendía justificar el accionar del imputado, señalando que fue ella quien se acercó al imputado y producto de una discusión éste finalmente decide no entregarle dinero ante lo cual se molesta y lo denuncia a Carabineros.

A su vez, debemos agregar que el acusado en conocimiento de la condena por el delito de amenazas que le imponía el abandono del domicilio que compartía con la víctima, además la prohibición de acercase a la víctima y a su domicilio, mal podía alegar desconocer el alcance de dicha resolución.

Por otro lado, llama la atención la actitud que adopta la actual “conviviente” (según las propias palabras del acusado), sólo da cuenta del ambiente en que está inmersa la afectada que renuncia al derecho de la protección del Estado frente a la afectación de su integridad física y/o psíquica, no obstante lo cual debemos precisar que dicha afectación no corresponde al bien jurídico protegido tratándose del tipo penal de desacato, el cual por el contrario alude como objeto de protección al respeto en el cumplimiento y observancia de una resolución de un Tribunal de la República, concretamente en hacer posible la correcta administración de justicia. Es lo que el legislador exige a todos los individuos, siendo uno de los cimientos de la convivencia social.

Sentencia:

TJOP TALAGANTE

JUECES: DANIELA CONCHA BORCHERS, CAROLINA HERNÁNDEZ MUÑOZ, MYRIAM VERÓNICA ORTIZ URRA.

RUC N° 0900181905-1

R.IT N° 81-2009

DESACATO

FISCALIA LOCAL TALAGANTE
FISCAL DANIEL RIOS KARL

Talagante, diecisiete de septiembre del año dos mil nueve.

VISTOS:

Que con fecha catorce de septiembre del presente año, ante esta Sala del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por doña Daniela Concha Borchers en calidad de Juez Presidente; doña Myriam Verónica Ortiz Urra, como Juez redactor y doña Carolina Hernández Muñoz, como tercer Juez integrante, se llevó a efecto el Juicio Oral Rol Único de Causa N° 0900181905-1 Rol Interno del Tribunal N° 81-2009, seguido en contra de C.G.V.P., sin apodos, cedula de identidad N°XXX, obrero, nacido en San Bernardo el día 19 de octubre de 1976, 33 años, con domicilio en calle XXX.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto don Daniel Rios Karl.

La defensa del acusado estuvo a cargo de la Defensoría Penal Pública, representada por don José Miguel Riquelme.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el Ministerio Público al deducir acusación, según se lee en el auto de apertura del juicio oral, la fundó en los siguientes hechos:

“El día 24 de febrero de 2009, aproximadamente a las 13:30 horas, mientras M.N.S. se encontraba al interior de su domicilio ubicado en XXX, hasta su domicilio llegó el acusado C.V.P., ingresando al interior del inmueble, a pesar de haber sido condenado el acusado, en causa Rit: 669-2009 del Juzgado de Garantía de Talagante con fecha 07 de febrero de 2009, por el delito de amenazas contra las personas a una pena de 41 días de prisión en su grado máximo y las penas accesorias especiales de obligación de abandonar el hogar común y de prohibición de acercarse a la persona de la víctima, doña M.N.S., en dondequiera que ésta se encuentre y a su domicilio ya indicado precedentemente, todo por el término de un año, encontrándose dicha sentencia firme o ejecutoriada”.

A juicio del Ministerio Público tales hechos configuran el delito de desacato, previsto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 5, 9, 10, 16 y 18 de la Ley 20.066, en grado consumado, atribuyéndole al acusado

participación en calidad de autor de dicho ilícito, en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal.

Asimismo, la Fiscalía estima que concurren respecto del acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 11 N°6 del Código penal y que no concurren agravantes y, en consecuencia, requirió que se le imponga la pena de **TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, accesorias legales correspondientes y condena al pago de las costas de la causa.

En su *alegato de apertura* señaló que no fue a instancia ni del Ministerio Público ni de la Defensa que esta causa llegara al Tribunal Oral pues su intención era resolverlo de distinta manera, sino provocada por el propio acusado. El Ministerio Público ratificó el contenido de su acusación, ofreciendo acreditar los fundamentos de hecho de la misma con la prueba ofrecida y la participación que le ha correspondido al acusado en dichos hechos.

Al final del juicio, en su *alegato de clausura*, indicó que con el mérito de la prueba rendida, que analizó de manera pormenorizada, se estableció, más allá de toda duda razonable, el delito de desacato cometido el día 24 de febrero de 2009 y la participación del acusado en calidad de autor ejecutor del mismo. Argumentó que existen claras contradicciones respecto de la prueba presentada por la defensa pues difieren las declaraciones de la señora M. y la de doña B. con lo declarado por el acusado,

lo que se entiende por sus relaciones familiares y su interés en protegerlo y que no sea condenado por los inconvenientes que ello significa para él mismo y su familia. Que en definitiva es más creíble la versión del imputado que se condice con lo declarado por los funcionarios policiales declaraciones que sustentan su caso, y por tanto el delito de desacato se encuentra acreditado, solicitando que a las declaraciones de doña M. y doña B. se les reste credibilidad. Finalmente, reiteró su pretensión punitiva.

SEGUNDO: La defensa en su *alegato de apertura* adelantó que solicitaría la absoluciónde su representado C.G.V.P., puesto que disiente de la manera como el Ministerio Público relató los hechos, ya que ese día efectivamente su defendido concurrió al domicilio señalado en la acusación, pero allí existen dos propiedades: una de ellas corresponde a la casa de los padres de su representado y la otra casa que se construyó delante de esa propiedad estaba destinada para que el imputado viviera junto a la víctima. Agregó que su defendido concurrió al domicilio de sus padres y que en ese contexto es la víctima la que se acerca a don C.V.P. increpándolo por situaciones de tipo familiar lo que conlleva finalmente llamar a carabineros y tomar el procedimiento verificando que existía una prohibición de acercamiento a la víctima. Atendido que su defendido no concurre al domicilio donde existía la prohibición y que el acercamiento se produce por su conviviente, no se ha infringido la prohibición y por tanto no se configura el delito de desacato.

Concluida la recepción de la prueba, en su *alegato de clausura* señaló que ha quedado claro que su representado fue condenado por un delito de amenazas y a penas accesorias de prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio, circunstancia objetiva que la defensa no discute, sino lo que es materia de debate es la circunstancia fáctica ocurrida el día 24 de febrero de 2009. Efectivamente, ese día la señora M.N. llama a funcionarios de carabineros puesto que en ese momento existía una prohibición para el imputado de acercarse a ella y que eventualmente se habría infringido. Así los funcionarios policiales Mario Silva Castillo y Anselmo Moya Moya indicaron como ellos tomaron el procedimiento, resultando fundamental lo señalado por el señor Silva Castillo en el sentido que no pudo percibir la existencia de dos propiedades y solo da cuenta de una primera propiedad en donde habrían encontrado al imputado y Anselmo Moya reafirma esa circunstancia pero él si distingue dos propiedades en el mismo domicilio. Esto es corroborado por la prueba aportada por la propia defensa en particular por la señora M.S. quien refirió como el imputado ese día, se encontraba en el domicilio de sus padres colindante al suyo. Es ahí donde ella se percató de la presencia del imputado y lo increpa por problemas de índole familiar y específicamente económicos, discusión que se transa en el domicilio de sus suegros y que corresponde al primer domicilio que se ubica en la propiedad donde su defendido fue detenido por funcionarios policiales. Agregó, que ese contexto ilustra que

no es el señor V.P. el que se acercó a la víctima ni infringió la prohibición que tenía respecto de su conviviente, y no es su defendido el que ingresó al domicilio donde tenía la prohibición sino que es la señora M. la que se acerca a él, y que carabineros llegó al lugar de los hechos a requerimiento de la señora M.. Finaliza indicando que a la luz de los antecedentes fácticos se debe dictar sentencia absolutoria a favor de su representado.

TERCERO: Que el acusado C.V.P. renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración en la oportunidad prevista en el artículo 326 inciso 3° del Código Procesal Penal, indicando, en lo sustancial, que el día 24 de febrero de 2009 pasado las 12:00 horas se encontraba en la casa de su mamá. Que ella vive en una propiedad donde hay dos casas una detrás de la otra. Su madre vive en la casa de atrás y que la casa de adelante se construyó para vivir él con su pareja y sus hijos. Que su pareja se llama M.E.S. y vive en XXX con quien tiene 4 hijos, ella no trabaja y los gastos de la casa los provee él. Que él sabía que no podía ingresar a la casa de su pareja pero en la audiencia del juicio le dijeron que podía entrar a la casa de su mamá y estar con ella. Que el día de los hechos su pareja se acercó a él a hablarle en la casa de su mamá, le preguntó si traía dinero él le contestó que no, entonces se generó una discusión, por eso su pareja llamó a carabineros, quienes llegaron a los 5 minutos y lo sacaron de la casa detenido porque él no podía estar ahí. Que nunca explicó a carabineros que

se encontraba en la casa de su mamá y no en la de su pareja donde tenía la prohibición de ingresar, carabineros le dijo que había sido detenido por el delito de desacato pero él no entendió eso. Que fue a un juicio en que se le prohibió acercarse a la señora M., y donde tuvo que abandonar el domicilio que compartía con ella, aproximadamente como un mes antes, pero nunca se fue de la casa porque nadie más iba a alimentar a su pareja y a sus hijos. Finalmente, señaló que a pesar de seguir viviendo con la señora M. tuvieron una discusión en la casa de su mamá porque él no quiso pasarle plata a ella, entonces llamó a carabineros.

CUARTO: Que para que se configure el delito de desacato se requiere que se haya quebrantado lo ordenado cumplir en una resolución judicial.

QUINTO: Que, para establecer la existencia de una resolución judicial que ordene cumplir una obligación, se contó en primer término con la prueba documental incorporada por el Ministerio Público en el curso de la audiencia, mediante su lectura resumida cuyo origen y contenido no fue cuestionado por la defensa. En efecto, de la **copia de sentencia** dictada en la causa R. I. T. N°669-2008 del Juzgado de Garantía de Talagante, de fecha 7 de febrero de 2009; de la copia de **certificado de ejecutoria** de fecha 18 de febrero de 2009; de la **copia del acta de audiencia de control de la detención** de fecha 7 de febrero de 2009, se desprende que ese mismo día, el referido tribunal, en la causa antes aludida, condenó a **C.G.V.P.** como autor del

delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, respecto de la víctima M.E.N.S., hecho perpetrado con fecha 6 de febrero de 2009, en la comuna de Peñaflor, a 41 días de prisión en su grado máximo y a las sanciones accesorias contempladas en el artículo 9 letras a) y b) de la Ley 20.066, esto es, a la obligación de abandonar el hogar que compartía con la víctima, ubicado en XXX y a la prohibición de acercarse a ésta a su domicilio o en dondequiera que la víctima se encontrare por el lapso de un año. Que, con la misma fecha, dicha sentencia fue notificada personalmente al sentenciado y quedó firme y ejecutoriada, ordenándose oficiar a la tenencia de Malloco para verificar el cumplimiento de las sanciones accesorias del artículo 9 letras a) y b) de la Ley 20.066 decretadas contra C.G.V.P., además de autorizar al imputado en compañía de un funcionario de dicha dotación para que lo acompañara a retirar sus enseres personales del domicilio antes referido.

Asimismo, se contó con las declaraciones de los funcionarios policiales don Mario Silva Castillo y Anselmo Moya Moya quienes, dando razón de sus dichos, corroboraron la existencia de una resolución judicial vigente que prohibía a C.G.V.P. acercarse a M.N.S., y a su domicilio.

En efecto, el **cabo primero de la tenencia de Malloco Mario Silva Castillo**, señaló que en el mes de febrero se encontraba de patrullaje, acompañado del carabinero Moya y aproximadamente a las 12:45 a 13:00 horas recibieron un comunicado

radial que indicaba que en el domicilio de XXX habría una trasgresión a una medida cautelar. Que en el lugar, se entrevistaron con una mujer de unos 35 años, con documento judicial en mano señaló que su pareja estaba en el domicilio, y que tenía una prohibición de acercarse a ella, conduciéndolos hasta el dormitorio, donde estaba acostado su pareja. Que ese domicilio le era familiar porque aproximadamente el 16 de febrero del presente año ya habían concurrido al mismo lugar por un procedimiento de amenazas de muerte en contexto de violencia intrafamiliar en contra de la misma señora, en el que se detuvo al mismo imputado. Que en el lugar la denunciante exhibió la medida cautelar de prohibición de acercarse su pareja a su domicilio, por lo que ellos ingresaron al domicilio con autorización de la víctima y en el dormitorio le consultó al imputado si tenía conocimiento de la prohibición contestándole éste que sí sabía, pero que no tenía donde llegar y que esa era su casa. **Identifica** en la sala de audiencias al acusado **C.G.V.P.** como a la persona que encontraron el dormitorio del domicilio de la víctima y que es la misma persona que hacía como un mes antes lo había detenido en el mismo domicilio. Agregó que el terreno correspondiente al domicilio de la denuncia es grande que vio una sola casa, y que él ingresó por donde lo guió la víctima.

Por su parte el carabinero **Luis Anselmo Moya Moya**, señaló que el día 24 de febrero de 2009 se encontraba de patrullaje cuando recibió un comunicado radial de que en

calle XXX se había transgredido una medida cautelar. Que al llegar al lugar se entrevistaron con la víctima quien les manifestó que su conviviente se encontraba al interior de su domicilio, posteriormente les autorizó el ingreso a su casa encontrando en uno de los dormitorios al acusado quien estaba acostado en la cama. Que le explicaron al imputado el motivo de su detención, le dijeron que tenía una prohibición de acercarse al domicilio, y éste señaló que se encontraba allí porque no tenía donde ir, no dando más explicaciones. Que dos semanas antes habían detenido al mismo sujeto en el frontis del mismo domicilio por un procedimiento de amenazas y la víctima también era la misma. Que en la primera detención la afectada señaló que el imputado la agredió verbalmente amenazándola de muerte. Que al lugar donde concurrieron por la denuncia al parecer hay dos casas en un mismo domicilio, y ellos entraron a la primera de las casas donde la víctima los autorizó a entrar. Que la víctima exhibió un documento del Tribunal de Garantía, donde decía que su conviviente tenía la prohibición de acercarse a ella a su domicilio y ellos le explicaron a él lo mismo. **Identifica** en la sala de audiencias al acusado **C.G.V.P.** como a la persona que detuvieron en dos oportunidades.

En resumen, con el mérito de las declaraciones de los funcionarios policiales Mario Silva Muñoz y Anselmo Moya Moya corroborados con la prueba documental incorporados durante la audiencia, se acreditó que un tribunal –el Juzgado de

Garantía de Talagante- impuso al acusado C.G.V.P. la obligación de abandonar el hogar que compartía con M.N.S., ubicado en XXX y la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, y donde quiera que ésta se encuentre por el término de un año, resolución que se encontraba vigente a la época de los hechos y legalmente notificada.

SEXTO: Que para determinar la existencia de un quebrantamiento de lo ordenado cumplir en la resolución judicial referida precedentemente se contó en primer término con las declaraciones de **M.E.N.S.**, en lo pertinente señaló que el día 24 de febrero de 2009 estaba en su casa que es un terreno grande donde viven dos familias, en la casa de adelante viven los papas de su conviviente y detrás vive ella y sus hijos, en los XXX. Que ese día su conviviente llegó con trago a la casa de sus padres ella lo sintió llegar porque las casas están juntas. Que ella fue a encararlo a la casa de sus suegros, le preguntó por la plata y se enojó con él porque se había gastado la plata de los niños tomando, por lo que se generó una discusión, a ella le dio rabia y llamó a carabineros. Que actualmente se encuentran viviendo juntos pero a la época de los hechos, no lo estaban porque su pareja trabajaba en el norte y llegaba cada 15 o 20 días a la casa de sus papás. Que al mes de febrero su pareja tenía una prohibición de acercarse a ella, y así lo había hecho pero ese día ella se acercó a él para encararlo en la casa de sus suegros porque él sólo se iba donde ellos. Que cuando carabineros llegó a su domicilio ella les señaló

que su pareja había llegado con trago y que tenía una prohibición de acercarse a él y que éste estaba en la casa de sus suegros y que ella fue allí a encararlo. Que ella autorizó a carabineros a entrar a la casa de sus suegros porque no había nadie, todos habían salido. Que carabineros encontró a su pareja en el dormitorio de su suegra y que a los funcionarios policiales no les aclaró que la casa en que estaba su conviviente era la de sus suegros porque estaba molesta. Que, ella sabía que su pareja tenía prohibición de acercarse a ella, y justamente por eso él se iba a la casa de los suegros, porque el terreno es de ellos. Que ella es dueña de casa y los gastos de la casa y de los hijos los lleva C.. Agregó que su pareja nunca se fue de la casa pero que vivía con sus suegros, porque no puede acercarse a ella, esto porque la primera vez la amenazó de muerte, eso ocurrió como un mes antes, él llegó curado, discutieron y la amenazó. Finalmente, expresó que no quiere que lo condenen en éste juicio porque él es el que trabaja y responde por los gastos de los niños.

Asimismo se consideró lo declarado por doña **B.C.P.A.**, quien en lo pertinente indicó que vive en XXX, que el acusado es su hijo y vive con ella en su casa y su esposo. Que en el terreno hay dos inmuebles, su nuera vive en una casa detrás de ellos, su hijo trabaja fuera y llega una vez al mes, para ver a sus hijos. Que el día 24 de febrero ella no estaba en su casa salió a comprar como a las 12:00 horas y volvió a la 01:05, su marido salió a las 06:00 de la mañana, ella no vio cuando se llevaron detenido a su hijo

y lo que ocurrió ese día se lo contó su nuera. Ella le dijo que a G. se lo llevaron detenido. Indicó que a la época de la detención de su hijo, él estaba viviendo en su casa, no vivía con su pareja porque estaban enojados, discutieron por motivos de dinero. Que el día de los hechos su nuera concurrió a la casa de ella para increpar a su hijo porque se había gastado la plata de los niños y que llamó a carabineros porque sentía rabia contra él porque se había tomado la plata. Que su hijo no llegaba a la casa de la señora M. desde que pelearon, y que sólo permanece entre 3 a 5 días durante los cuales ve a sus hijos en la casa de ella. Que su hijo ya no vive con su nuera porque pasaban peleando y ella se lo llevó a su casa. Que entre su casa y la de la señora M. hay a unos 8 a 10 metros de distancia. Finalmente acotó que sabía que su hijo no se podía acercar a la señora M. y que no concurrió ni a carabineros ni a Fiscalía a aclarar que su hijo vivía con ella.

Asimismo, con los dichos de los funcionarios policiales Mario Silva Castillo y Anselmo Moya Moya, quienes, en lo pertinente, señalaron de manera conteste que el día 24 de febrero de 2009, alrededor de las 12:00 horas, recibieron un comunicado en que se informaba sobre el quebrantamiento a una medida cautelar. Que entrevistada con la afectada M.N.S. les señaló sobre la presencia de su pareja C.G.V.P. en su domicilio de XXX a pesar de existir una prohibición, decretada por resolución judicial, de acercarse a ella o a su domicilio. Que, al momento de entrevistarse con la

afectada les exhibió un documento donde constaba dicha prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio la que se encontraba vigente. Que, en razón de lo anterior, detuvieron a C.G.V.P. por el delito de desacato.

En resumen, con el mérito de las declaraciones de doña M.E.N.S., de B.P.A. y de los funcionarios policiales Mario Silva Castillo y Anselmo Moya Moya, especialmente de éstos últimos que impresionaron como creíbles y veraces, se acreditó que la conducta del acusado C.G.V.P. importó quebrantar lo ordenado cumplir en la causa R. I. T. N°669-2009 del Juzgado de Garantía de Talagante, pues, en conocimiento de un mandato judicial, que le fue intimado personalmente, lo desobedeció, haciendo aquello que se le prohibía, esto es, acercarse a su ex pareja M.N.S. o a su domicilio de XXX.

Que además, con la declaración del imputado ante estrados queda claro que éste permaneció viviendo junto a su pareja doña M.N.S. y que estaba en conocimiento de la prohibición de acercarse a ella y a su domicilio de XXX, lo que manifestó a funcionarios policiales al momento de la detención al señalarles que se encontraba en aquel lugar porque esa era su casa, infringiendo lo resuelto por el Tribunal de Garantía de lo cual tomó conocimiento el día 7 de febrero de 2009.

SÉPTIMO: Que en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal, esto es, el conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo, se consideró en primer lugar que C.G.V.P.

sabía que al concurrir al domicilio de M.N.S. quebrantaría lo ordenado por el Juzgado de Garantía de Talagante, toda vez que de la **copia del registro de audiencia** incorporada por el Ministerio Público se desprende que V.P. se encontraba presente en la audiencia del día 7 de febrero de 2009 en que el Juzgado de Garantía de Talagante decretó las penas accesorias quebrantadas y, teniendo especialmente presente, que el acusado reconoció que un tribunal le impuso la prohibición de acercarse a doña M.N.S. y al domicilio de ésta y que se le notificó la referida resolución en la misma audiencia; pero, que no la cumplió porque no tenía donde vivir y por ser el único proveedor de su familia.

OCTAVO: Que, en razón de lo anterior, se rechaza la solicitud de la defensa, en orden a dictar a favor del acusado sentencia absolutoria, fundada en la falta de los requisitos del tipo penal.

En efecto, a juicio de estas sentenciantoras, concurren al efectos todos los requisitos tanto objetivos y subjetivo del tipo penal por cuanto existe una sentencia judicial en que se le ordenó al acusado abandonar el hogar que compartía con doña M.N.S. y se le prohibió acercarse a ella y a su domicilio, y en dondequiera que ésta se encontrara y es suficiente que sepa que con su comportamiento está desobedeciendo los mandatos del derecho. Por lo tanto se estima que la discusión generada por la defensa en cuanto a que su representado se encontraba en una u otra casa de su

propiedad que corresponde al mismo domicilio es irrelevante.

En el caso que nos ocupa, como se ha dicho precedentemente y ha sido reconocido por V.P. éste sabía que le estaba prohibido acercarse a doña M.N.S. y a su domicilio. No obstante todo lo anterior, decidió actuar; aduciendo, como justificación de su comportamiento, no el desconocimiento de la ilicitud de su conducta sino que el interés superior de su hijos pues era el único proveedor de su familia.

Por otra parte, el cumplimiento de la resolución judicial que prohibía al sentenciado acercarse a la víctima o a su domicilio no puede quedar al arbitrio de ninguna circunstancia ni siquiera en las condiciones descritas, puesto que ello significaría desconocer la naturaleza del delito de desacato, que sanciona a quien incurre en una forma de obstrucción a la correcta administración de justicia, a saber, a quien quebranta lo ordenado cumplir en una resolución judicial, por cuanto ello menoscaba la fiabilidad de dicha resolución, afectando la función jurisdiccional, es decir, a la Administración de Justicia en su función de garantía del imperio del derecho.

NOVENO: Que con las pruebas de cargo y de la defensa referidas, apreciadas con libertad, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 297 del Código Procesal Penal, este Tribunal ha adquirido, más allá de toda duda razonable, la convicción de que *“el día 24 de febrero de 2009, aproximadamente a las 13:00 horas, mientras M.N.S. se encontraba al interior de su*

domicilio ubicado en XXX, llegó C.V.P., ingresando al interior del inmueble, a pesar de haber sido condenado, en causa Rit: 669-2009 del Juzgado de Garantía de Talagante con fecha 07 de febrero de 2009, por el delito de amenazas contra las personas a una pena de 41 días de prisión en su grado máximo y las penas accesorias especiales de obligación de abandonar el hogar común y de prohibición de acercarse a doña M.N.S., en dondequiera que ésta se encuentre y a su domicilio ya indicado precedentemente, todo por el término de un año, encontrándose dicha sentencia firme o ejecutoriada.”

Que los hechos descritos constituyen el delito de **desacato**, previsto en el artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, en relación a los artículos 9 letra b) y 10 de la Ley 20.066, en grado consumado.

DÉCIMO: Que la **participación** del acusado **C.G.V.P.** en calidad de autor directo del delito que nos ocupa se acreditó en primer término con la declaración de **M.N.S.** quien refirió que el día 24 de febrero de 2009, su pareja **C.G.V.P.** fue sorprendido por funcionarios policiales al interior de su domicilio, ubicado en calle XXX, a pesar de existir una prohibición vigente en su contra que le impedía acercarse a ella, a su domicilio o lugar de trabajo.

Igualmente, con los testimonios de los funcionarios policiales Mario Silva Castillo y Anselmo Moya Moya, quienes reconocieron entre las personas presentes en la sala de audiencia a **C.G.V.P.** como la persona que sorprendieron al interior

del inmueble de **M.N.S.**, situado en calle XXX infringiendo con ello una resolución judicial que le prohibía acercarse a ella o a su domicilio.

Que, con los elementos de juicio por menorizados precedentemente, este tribunal se ha convencido, más allá de toda duda razonable, de la participación que en calidad de autor le cupo al acusado **C.G.V.P.**, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa.

DÉCIMO PRIMERO: Que, durante la **audiencia dispuesta para la discusión y establecimiento de circunstancias determinantes para la fijación de la pena** de conformidad a lo señalado en el artículo 343 del Código Procesal Penal, el **Ministerio Público** señaló que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal por lo que se estará a lo que alegue la defensa.

Que la defensa de C.V.P. señaló que no existiendo respecto de su representado circunstancia modificatorias de responsabilidad penal, el tribunal puede recorrer la pena en toda su extensión solicitando expresamente sea condenado al mínimo de la pena establecida para el delito de 541 días de presidio menor en su grado medio, y estimando que concurren todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley 18.216 se le conceda al señor **V.P.** el beneficio de la reclusión nocturna y finalmente que no sea condenado al pago de las costas por la naturaleza de su representación.

DÉCIMO SEGUNDO Que el acusado ha resultado responsable, en calidad de autor, del delito de desacato, en grado consumado, sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

De esta manera, no concurriendo respecto del acusado C.G.V.P. circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, el tribunal, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 inciso 1° del Código Penal, al aplicar la pena podrá recorrer toda su extensión, optando por el quantum que se dirá en lo resolutive por la menor extensión del mal causado.

DÉCIMO TERCERO: Que, en concepto del tribunal, en el caso que nos ocupa se reúnen los requisitos contemplados en el artículo 8 de la Ley 18.216 y, en consecuencia, corresponde conceder al sentenciado C.G.V.P. el beneficio alternativo de Reclusión Nocturna.

En efecto, la extensión de la pena que se impondrá al sentenciado no excede de tres años, sus condenas previas en total no superan los dos años y sus antecedentes personales permiten presumir que el referido beneficio alternativo lo disuadirá de cometer nuevos delitos. Así se desprende de las declaraciones de la testigo M.N.S. y del propio imputado pues refieren que tiene 4 hijos y que el acusado que es el único sustento económico de su familia.

DÉCIMO CUARTO: Que el sentenciado será eximido del pago de las costas de la causa, considerando

para ello la presunción legal de pobreza que le favorece, por el hecho de encontrarse patrocinado por la Defensoría Penal Pública.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N°1, 15 N° 1, 18, 21, 25, 26, 30, 50 y 68 del Código Penal; 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil; 9 letra b), 10, 16 y 18 de la Ley 20.066; 1, 8, 45, 295, 297, 325 y siguientes, 340, 342, 343 y 348 del Código Procesal Penal, Ley 18.216 y artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, se declara:

I.-Que se condena a **C.G.V.P.**, ya individualizado, en calidad de autor del delito de desacato, perpetrado el día 24 de febrero de 2009, en la comuna de Peñaflor, a la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS** de reclusión menor en su grado medio y a la sanción accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Que se suspende la ejecución de la pena impuesta y se concede al sentenciado el beneficio alternativo de **RECLUSIÓN NOCTURNA**, debiendo computarse una noche por cada día de privación o restricción de libertad.

Para el evento que el sentenciado deba cumplir real y efectivamente la pena inicialmente impuesta, se le abonará el tiempo en que estuvo privado de libertad por esta causa, esto es, el día 24 de febrero de 2009.

II.-Que se exime al sentenciado del pago de las costas de la causa.

Devuélvase, en su oportunidad, al Ministerio Público los documentos incorporados en la audiencia de Juicio Oral.

Ejecutoriada que sea la presente sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese y archívese.

Redactada por la magistrado doña Myriam Verónica Ortiz Urra.

R. U. C. N° 0900181905-1

R. I. T. N°81-2009

PRONUNCIADA POR LA
SALA DEL TRIBUNAL DE

JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TALAGANTE, INTEGRADA POR DOÑA DANIELA CONCHA BORCHERS, EN CALIDAD DE JUEZ PRESIDENTE; DOÑA CAROLINA HERNÁNDEZ MUÑOZ, COMO TERCER JUEZ INTEGRANTE AMBAS EN CALIDAD DE SUBROGANTES, Y DOÑA MYRIAM VERÓNICA ORTIZ URRRA, COMO JUEZ REDACTOR.

Se deja constancia que las jueces doña Daniela Borchers y doña Carolina Hernández Muñoz no firman la presente sentencia por encontrarse cumpliendo funciones en sus respectivos Tribunales

CONTENIDOS

Artículos

La concreción del interés en el delito de negociación incompatible. Análisis a partir de dos situaciones supuestas

Marcelo Acuña Silva

Cooperación eficaz en relación con un recurso de queja interpuesto en contra de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco

Renzo Figueroa Aste

El secreto de la investigación en los casos de la Ley N°20.000

Manuel Guerra Fuenzalida

Autoría y participación. Conceptualización. Tratamiento en el Código Penal y correlato en la Ley de Drogas

Jorge Muñoz Bravo

Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales del MERCOSUR de 2009

Eduardo Picand Albónico

El control de constitucionalidad de los tratados internacionales

Eduardo Picand Albónico

Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales

Karen Guzmán Valenzuela y Francisco Soto Donoso

La evaluación pericial psicológica de daño en víctimas de delitos sexuales

Francisco Maffioletti Celedón y Sofía Huerta Castro

La regulación del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil como delito de tenencia: consecuencias normativas

Francisco Soto Donoso

El delito de alteración fraudulenta de precios

Verónica Rosenblut Gorodinsky

Prueba indiciaria y lavado de dinero

Antonio Segovia Arancibia

Proyecto piloto: Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte Paz Pérez Ramírez y Norka del Canto Muga

Sentencias Comentadas

Comentario a sentencia en acción de protección por alzamiento de secreto bancario en cuenta corriente bipersonal

Marta Herrera Seguel

Pedófilos en la red: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema que se pronuncia sobre la búsqueda de pornografía infantil a través de los Sistemas Peer to Peer

Marcelo Andrés Acuña Silva

Un día de furia: comentario a la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, sobre medida de seguridad en causa por desacato y amenazas contra la autoridad judicial en el ejercicio de su cargo

Hernán Delgado Báez

Comentario a sentencia sobre delito de desacato

Daniel Ríos Karl

Fallos

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Facultad de formalizar la investigación. Alcance del artículo 186 del Código Procesal Penal

Tribunal Constitucional