

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°38 - MARZO 2009

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº38 - Marzo 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

Carlos Carvajal Bustos

Iván Fuenzalida Suárez

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

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

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por causales de la letra a) del artículo 373, y letras e) y a) de artículo 374 del Código Procesal Penal 11

Corte Suprema

Examen de legalidad de la detención. Indicios suficientes para un control de identidad. Recurso de apelación fundado en el artículo 132 bis del Código Procesal Penal, acogido 23

Corte de Apelaciones de Antofagasta

Rechaza recursos de nulidad. Efectos penales de las costumbres indígenas 27

Corte de Apelaciones de Temuco

Recurso de apelación en la etapa de ejecución de la sentencia. Normas aplicables 34

Corte de Apelaciones de Antofagasta

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Participación de un tercero en un delito especial propio 39

Yelica Lusic Nadal

Sentencias Comentadas

Excma. Corte Suprema ratifica condena por fraude al Fisco a Carlos Cruz, Raúl Herrera y Sergio Cortés 43

Roberto Morales Peña

El Tribunal Oral en lo Penal de Cañete condena a dos funcionarios del Banco Estado por malversación de caudales públicos 75

Claudia Ortega Forner

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Sentencias relevantes por infracción a la Ley N°20.000 sobre tráfico ilícito de drogas, entre los meses de enero a marzo de 2009 127

Renzo Figueroa Aste

El rol del Fiscal en los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile	137
<i>Lorena Rebolledo Latorre</i>	
El registro de vehículos	147
<i>Carolina Zavidich Diomedi</i>	

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

¿Se puede asegurar “anticipadamente” la detención de un imputado que se encuentra prófugo en Argentina, incluso con anterioridad al inicio del procedimiento de extradición y “detención previa”?	159
<i>Eduardo Picand Albónico</i>	
La cooperación internacional y la asistencia judicial entre la Corte Penal Internacional y el Estado de Chile	171
<i>Eduardo Picand Albónico</i>	

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

La entrevista forense a la víctima de delitos sexuales	199
<i>Francisco Maffioletti Celedón</i>	
El ánimo lascivo como elemento extraño a la estructura típica del delito de abuso sexual	229
<i>Francisco Soto Donoso</i>	

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

Artículos

Hacia la creación de un modelo de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas en Chile	239
<i>Antonio Segovia Arancibia</i>	
Algunos comentarios relativos a la protección penal del medio ambiente, la salud pública y el patrimonio cultural	248
<i>Manuel Zárate Campos</i>	

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Concepto de inserción, inclusión o integración social en el contexto de la Ley 20.084 259

Miguel Morales Dahmen y Roberto Rodríguez Manríquez

Decisiones judiciales acerca del concepto “convivencia” 268

María José Taladriz Eguiluz

Sentencias Comentadas

Sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó que revocó sustitución de condena. Rol 71-2009 289

María Cecilia Ramírez Guzmán

Valoración de circunstancias concurrentes no constituye doble valoración prohibida, ni admite revisión vía recurso de nulidad: comentario fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Recurso 62/2009 295

María Angélica San Martín Ponce

PRÓLOGO

Cumpliendo nuestro objetivo en orden a divulgar la jurisprudencia y aquellas cuestiones jurídicas de mayor vigencia en el marco del sistema procesal penal regido por el Código Procesal Penal, presentamos un nuevo número de nuestra Revista Jurídica.

En esta oportunidad se comentan y consignan sentencias de interés en materias como los indicios suficientes para un control de identidad; los efectos penales de la costumbre indígena; la procedencia del recurso de apelación en la etapa de ejecución de la sentencia; el principio de trascendencia del vicio en el recurso de nulidad y el alcance de la debida congruencia entre la acusación y la sentencia definitiva, entre otras.

Por su parte, este número contiene diversos artículos elaborados por profesionales de nuestras unidades especializadas, los cuales versan sobre variadas materias de sumo interés para el quehacer institucional, tanto en sus aspectos jurídicos, como en las disciplinas coadyuvantes.

Así, podemos destacar, entre otros, temas de evidente vigencia como la cooperación internacional y la asistencia judicial en el marco de la Corte Penal Internacional; el rol de los fiscales en los Tribunales de Tratamiento de Drogas; la protección penal del medio ambiente, la salud pública y el patrimonio cultural; la responsabilidad penal para las personas jurídicas; el tratamiento de la “convivencia” en la jurisprudencia emanada de procesos relacionados con la violencia intrafamiliar y las técnicas de la entrevista forense a la víctima de delitos sexuales.

Esperamos que esta nueva entrega sea de real utilidad para nuestros lectores y que los trabajos expuestos constituyan un aporte para la discusión jurídica nacional.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional del Ministerio Público

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

RECHAZA RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR CAUSALES DE LA LETRA A) DEL ARTÍCULO 373, Y LETRAS E) Y A) DE ARTÍCULO 374 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

No toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio oral y de la sentencia. El carácter sustancial de la infracción supone que la misma comprometa los aspectos esenciales de la garantía y constituya un atentado de tal magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de toda eficacia¹.

La congruencia, en cuanto principio informador del proceso penal, se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica, y la concordancia o correspondencia impuesta como límite infranqueable a la decisión condenatoria sólo es exigible entre la acusación y la sentencia, de manera que las ambigüedades que a juicio del recurrente presentan la formalización y reformalización, carecen de relevancia para el asunto en examen².

Aún cuando no se haya determinado con claridad la fecha de comisión del hecho ilícito reiterado, si los jueces emitieron su decisión de condena sólo por aquellos hechos que caen dentro de la esfera de su competencia, esto es, dentro del período de vigencia del Código Procesal Penal, el recurso de la Defensa que impugna la competencia del tribunal, no puede prosperar.

Texto completo:

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

VISTOS:

En estos antecedentes rol único 0500601116-2 e interno del tribunal 168-2008, se registra la sentencia

pronunciada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago el siete de enero de dos mil nueve, que impuso al encausado Gustavo Alberto Ramos Pérez la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante

1 En el mismo sentido se pueden consultar los siguientes fallos dictados por la Segunda Sala de la Corte Suprema: sentencia del día 11 de abril de 2005, ingreso N°91-2005; sentencia del día 22 de mayo de 2007, ingreso N°1300-2007; sentencia del día 30 de enero de 2008, ingreso N°5956-2007 y sentencia del día 19 de agosto de 2008, en causa ingreso N°3193-2008.

2 En este aspecto se corrobora el criterio asentado ya en el fallo dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema el día 23 de septiembre de 2005, en causa ingreso N°3297-2005.

el tiempo de la condena, más el pago de las costas del juicio, en calidad de autor del delito de abuso sexual reiterado, en grado de consumado, en la persona de la menor de iniciales M.P.V.J., perpetrado en días no precisados del segundo semestre del año 2005, en el interior del inmueble ubicado en XXX; asimismo lo condena a las penas accesorias contempladas en el artículo 372 del Código Penal; y no se le concede ninguno de los beneficios alternativos contemplados en la Ley N°18.216.

En contra de este dictamen el abogado Iván Alejandro Sepúlveda Ortiz, Defensor Penal privado del imputado Ramos Pérez, dedujo recurso de nulidad sustentado en la causal contenida en la letra a) del artículo 373, y en subsidio en las previstas en el artículo 374 letra e), en relación con lo dispuesto en el artículo 342 letra c); o 374 letra a), todos del Código Procesal Penal. Sostiene que en la causa se ha vulnerado el debido proceso, el derecho a la defensa, a la igualdad, a un tribunal común u ordinario preestablecido en la ley, y a la presunción de inocencia, todos consagrados en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República. Al esgrimir los argumentos para fundar la causal principal del recurso, el recurrente señaló que la existencia del delito, la participación y la calificación del ilícito como reiterado, no ha podido establecerse sino con infracción a la presunción de inocencia que favorece al acusado. En subsidio, invoca la causal contenida en el artículo 374 letra e), por haberse omitido, en la sentencia, el requisito establecido

en el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, sobrepasando los límites de la libre valoración de la prueba, conforme con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, al no contener una exposición clara, lógica y completa no sólo de los hechos y circunstancias de la causa, sino aquellos que dicen relación con la valoración de los medios de prueba en que se fundamentan sus conclusiones, lo que determina que arribara a juicios parciales y equivocados. Los hechos que se han tenido por establecidos exceden absolutamente el principio de congruencia que debe existir entre la formalización, la acusación y la sentencia, pues se fijan en una fecha distinta a la indicada por el Ministerio Público. En subsidio de la anterior opone la causal prevista en el artículo 374 letra a) del Código Procesal Penal, por estimar que la sentencia fue dictada por un tribunal incompetente considerando lo dispuesto en los artículos 484 y 2 del mismo texto legal, y lo señalado en la disposición 8ª transitoria de la Constitución Política de la República.

Pide que, una vez acogida una de las causales invocadas subsidiariamente, se declare la nulidad del juicio oral y la sentencia, disponiendo, caso de acogerse las contempladas en el artículo 373 letra a) o 374 letra e) del Código Procesal Penal, la realización de un nuevo juicio, o, para el caso de acogerse la prevista en el artículo 374 letra a) del mismo cuerpo legal, la remisión al juez de letras en lo criminal, con costas.

Concedido el expresado recurso, luego que la Sala Penal lo estimara ad-

misible, se fijó el día de la audiencia para la vista de la nulidad requerida, como se desprende de fojas 69 de estos antecedentes.

La audiencia pública se verificó el miércoles once de marzo pasado con la concurrencia y alegatos de los abogados señores Iván Sepúlveda, en representación del convicto y Jaime Lizama, por el Ministerio Público y transcurrida la vista del recurso, se citó para la lectura del fallo el día martes 31 de marzo del año en curso, según aparece del acta que corre a fojas 72.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la causal de nulidad principal invocada por el recurrente es la contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, vinculada a una infracción de garantías constitucionales, la que otorga competencia a esta Corte. Al fundamentar la causal esgrimida, indica que en la presente causa se ha vulnerado el debido proceso, consagrado en el artículo 19 N°3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, que se traduce en el derecho a la defensa, inciso segundo; derecho a la igualdad, inciso primero; derecho a un Tribunal común u ordinario preestablecido en la ley, inciso cuarto; y a la presunción de inocencia, inciso sexto, todos de la señalada disposición constitucional, y que particularmente se ha infringido la referida presunción que ampara al imputado y que impone al Ministerio Público la obligación de sustentar y acreditar los cargos a fin de obtener

la condena. Agrega que el Ministerio Público dedujo acusación en contra de su representado atribuyéndole la calidad de autor en el delito de abuso sexual en carácter de reiterado y en grado de consumado, señalando que ello ocurrió en el mes de noviembre de 2005, por última vez, y que la defensa solicitó la absolución del acusado, quien renunció a su derecho a guardar silencio y sostuvo su inocencia, negando los cargos efectuados en su contra, pues los hechos no podrían haberse perpetrado en la fecha que se señala en la acusación, ya que en dicha época la menor ya no vivía en su casa. Indica que de la prueba de cargo rendida por el acusador, no ha podido establecerse sino con infracción a la presunción de inocencia, el delito, su participación y la calificación del ilícito como reiterado, infracción que se ha materializado por haber, el Tribunal, recibido y ponderado la declaración de peritos que no presentaron íntegramente los antecedentes que justificaran su idoneidad y haber permitido que en forma previa a la declaración o en el curso de las mismas, consultaran sus informes, conculcando el artículo 329 del Código Procesal Penal, y por haber permitido que las menores que declararon en la audiencia fuesen interrogadas directamente por los intervinientes, y no por la Presidente de la Sala, como prescribe el artículo 310 del citado Código.

De esta manera, según se desprende de los argumentos esgrimidos por el recurrente, a través de esta causal cuestiona la forma en que se rindió la prueba pericial y la testimonial de

las menores de edad, en la audiencia del juicio. Sobre este punto, aún cuando el recurrente no ofreció los registros de audio en que consten sus aseveraciones, cabe señalar que respecto de los peritos, el artículo 318 del Código Procesal Penal permite a los intervinientes dirigirles preguntas destinadas a establecer su idoneidad al momento de prestar su declaración, sin perjuicio de las facultades previstas en el artículo 336 del mismo Código, y por otro lado, el artículo 332 del mismo texto legal, autoriza a dar lectura a parte de los informes de los peritos como apoyo de memoria durante la audiencia, por lo que no se vislumbra la infracción denunciada.

En cuanto a la declaración de las testigos menores de edad, aún en el caso hipotético que pudiera aceptarse una eventual anomalía respecto de los términos en que fue rendida la prueba testimonial, lo cierto es que la causal esgrimida precisa -a efectos de su procedencia- una transgresión sustancial de los derechos o garantías fundamentales que se invocan, porque se trata de una exigencia propia de toda nulidad, en aras del principio de trascendencia, que requiere un perjuicio sólo reparable con la invalidación del acto, y en este sentido tampoco se han visto afectadas esas garantías, desde que los intervinientes interrogaron directamente a los testigos, tal como se indica en el mismo recurso.

SEGUNDO: Que, la doctrina explica que la infracción de los derechos o garantías debe haber sido sustancial, lo que implica que no toda infrac-

ción determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia. El carácter sustancial de la infracción supone, en primer lugar, que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. La contravención constitucional alegada debe afectar en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no ser de una importancia secundaria o no tenga importancia alguna para él. (Horvitz-López, Derecho Procesal Penal Chileno T. II, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 414 - 415).

Esta Corte ha declarado que, al requerir la ley que la infracción sea “sustancial”, está exigiendo que sea “trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso.” (Rol N°3.319-02, Revista Procesal Penal N°4, diciembre 2002, p. 41) Sobre esta misma exigencia ha precisado que “El referido arbitrio de impugnación debe entenderse regido por los mismos preceptos y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de éstas, entre los cuales se encuentra el llamado principio de trascendencia que, por lo demás, recoge el artículo 375 de la recopilación procesal criminal. En virtud de dicho dogma para que la transgresión denunciada pueda servir de soporte al arbitrio de marras debe constituir un atentado de tal

magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de toda eficiencia, en otras palabras, se exige que el vicio sea sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrase, limite o elimine al derecho preterido. (SCS, Rol Nro. 5960-05). En tal virtud y como lo menciona la doctrina, se incorpora el artículo 375 como depositario del *principio de trascendencia*, por lo que es exigible no sólo que la infracción de garantías sea efectivamente verificable, sino que además tal infracción cause un perjuicio constatable que permita establecer que la garantía en cuestión ha sido efectivamente transgredida, perdiendo su eficacia jurídico constitucional. (Andrés Rieutord Alvarado, El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal, Edit. Jurídica, 2007, pp. 43-44) Frente a una eventual discusión acerca de si es o no aplicable el artículo 375 a la hipótesis del artículo 373 letra a) -lo que no se pone en duda en la segunda sentencia precitada- los autores señalan que “nos parece que la exigencia de *influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia* le resulta plenamente aplicable, toda vez que el recurso de nulidad supone la exigencia general del agravio, aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad.” Entonces, la infracción sustancial de derechos o garantías puede servir de fundamento suficiente al recurso de nulidad, cuando ha “ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable

sólo con la declaración de nulidad”, que existirá “cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”, conforme a lo previsto por el artículo 159 del Código del Ramo. (Horvitz-López, op. cit., pág. 415), situación que no se da en la especie.

TERCERO: Que, a través de la causal en estudio, el recurrente también sostiene que el principio de inocencia se ha vulnerado con la ponderación de la prueba pericial y testimonial rendida en el juicio, realizada por los sentenciadores, puesto que de las declaraciones de las Dras. Rose Marie Fuenzalida Cruz y Carmen Teresa Garrido Alvarado, y de los testigos César Andrés Quintana Álvarez -funcionario de Carabineros- don Juan Carlos Fuenzalida Rubio y doña Magali Pérez Galleguillos, respecto de quienes acusa diversas contradicciones referidas a la manera que tomaron conocimiento de los hechos y respecto de la última, además, con sus declaraciones previas en cuanto a la época en que habrían ocurrido los hechos, no emana “prueba directa o antecedentes reales y concretos que permitan acercarse siquiera a la probabilidad de haber ocurrido los hechos en la época y forma que se sustenta en la acusación, y que en ellos le haya correspondido al encartado la participación que se ha atribuido en este juicio”.

Al efecto conviene señalar que el derecho a la presunción de inocencia, tiene dos consecuencias, la primera, como regla de enjuiciamiento, es que

la carga de la prueba corresponde al Estado, lo que si no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto en la ley procesal, la consecuencia necesaria es la absolución, y ese estándar es el de la duda razonable, esto es basada en la razón y que surja de la evidencia o de la falta de evidencia; y la segunda, es que el imputado debe ser tratado como inocente (Horvitz-López, cit., pp. 81 y 82).

Del texto del recurso se desprende que se estima vulnerado el primer aspecto, para luego cuestionar la valoración de la prueba realizada por los sentenciadores que los llevó a la convicción que sustenta la decisión de condena.

CUARTO: Que la valoración de los medios de prueba debe efectuarse conforme a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, a cuyo tenor la prueba se apreciará con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. A su vez, el artículo 340 del mismo Código, dispone que los jueces deben adquirir la convicción condenatoria “más allá de toda duda razonable”, norma que se funda, precisamente, en la garantía o derecho a la presunción de inocencia que favorece a todo imputado, y que el recurrente afirma se ha vulnerado.

QUINTO: Que en el motivo noveno de la sentencia recurrida, referido a la “Valoración de los medios de prueba”, los jueces expresan que “como suele ocurrir en delitos de esta naturaleza, su perpetración no se

produce en medio de testigos ni dejan huellas físicas visibles, por lo que su ocurrencia ha de ser valorada mediante un contraste sistemático entre la versión que entrega la víctima, afirmando la ocurrencia de aquellos hechos, y la del presunto agresor que ordinariamente negará su existencia. Nunca como en estos casos, la valoración de los medios de prueba se identifica tanto con un juicio de credibilidad respecto de dos versiones contrapuestas. El tribunal, según se desprende de la decisión condenatoria comunicada en su oportunidad, optó por creerle a la víctima y no al acusado”. A continuación explican pormenorizadamente -pasando revista a cada medio probatorio- las razones por las cuales dieron crédito a los dichos de la víctima menor de edad, en razón de la credibilidad de su relato y de su concordancia con lo aseverado por los testigos y peritos, en cuanto a la manera en que se produjo la develación de los hechos, como a las circunstancias particulares que rodearon su perpetración, determinando que ésta tuvo carácter de reiterada dentro de un ámbito temporal fijado en la sentencia, lo que las pruebas rendidas por la defensa no lograron desvirtuar.

Del veredicto impugnado se desprende claramente que los jueces efectuaron el análisis de la prueba rendida en la audiencia del juicio oral, de acuerdo a los parámetros establecidos en los artículos 297 y 340 del Código Procesal Penal, concluyendo que los hechos materia de la acusación y la participación que se atribuye en ellos al imputado se encuentran acredita-

dos, en términos que les llevaron a la convicción exigida para condenarle; la disconformidad del interviniente con la valoración efectuada por el tribunal en ejercicio de sus atribuciones, no configura una infracción a la garantía invocada, razón por la cual se desestima el recurso apoyado en la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que en forma subsidiaria, el recurrente invoca la causal prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 342 letra c) del mismo texto legal, por haberse omitido en la sentencia la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297, en razón, según se indica en el libelo, de sobrepasar dicha resolución los límites de la libre valoración de la prueba, lo que determina que se arribara a juicios parciales y equivocados. Después de reproducir los considerandos Décimo Parte Final y Undécimo, argumenta que el establecimiento de los hechos en la forma que lo ha realizado el Tribunal Oral En Lo Penal, excede absolutamente por una parte, el principio de congruencia que debe existir entre la formalización, la acusación y la sentencia, desde el momento que el tribunal ha fijado la ocurrencia de los hechos materia del juicio, en una época absolutamente distinta a la indicada por el Ministerio Público en

la reformalización realizada el 14 de junio de 2007 y ratificada en la acusación.

A mayor abundamiento, indica que el Ministerio Público procedió, en una primera oportunidad, a formalizar la investigación en contra del imputado por el delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, estableciendo que el delito tuvo lugar el día 18 de Noviembre de 2005. Posteriormente, se llevó a cabo la reformalización, el 14 de junio de 2007, oportunidad en la que el acusador situó la ocurrencia de los hechos a partir del mes de junio de 2005, realizándose el último episodio de abuso en noviembre de ese año.

SÉPTIMO: Que la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se contempla para aquellos casos en que la sentencia omite “los contenidos esenciales establecidos por el legislador para fundar una sentencia penal” (Rieutord, cit., p. 64), y en este caso el recurrente la esgrime en relación al artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal, que requiere una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297. De esta manera la sentencia debe señalar los hechos probados y el valor que le otorgó a los medios de prueba utilizados para acreditar las proposiciones fácticas a las que ha arribado, es

decir, la exigencia legal dice relación con “la actividad de valoración que debe realizar el juzgador para ilustrar tanto al imputado como a la sociedad en general los elementos que sirvieron de convicción para establecer que la conducta del acusado es culpable y que, por lo tanto, es merecedor de una sanción”. (Rieutord, cit., p. 73).

OCTAVO: Que el atento examen de los fundamentos esgrimidos por el recurrente para sustentar este motivo de nulidad, demuestra que corresponden más bien a la causal prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, puesto que lo que verdaderamente se reclama es la contravención al artículo 341 del mismo texto, al haberse violentado el principio de la necesaria congruencia entre los hechos materia de la acusación y los fijados definitivamente en la sentencia. Así, el recurrente transcribe los hechos que se le atribuyen al encartado en la formalización, y en la reformalización de la investigación efectuada en su contra y los considerando décimo parte final y undécimo de la sentencia recurrida, en la que se indican los hechos tenidos por probados y la calificación jurídica de los mismos. A continuación expresa: “Es del caso, que el establecimiento de los hechos en la forma que lo ha realizado el Tribunal Oral En Lo Penal, excede absolutamente por una parte, el principio de congruencia que debe existir entre la formalización realizada por el Ministerio Público, la correspondiente acusación y la decisión final, expresada en la sentencia del Tribunal Oral, desde el momento que ha fijado la ocurren-

cia de los hechos materia del juicio en una época absolutamente distinta a la indicada inequívocamente por el Ministerio Público en la reformalización de fecha 14 de junio de 2007 y ratificada en su correspondiente acusación.” De la reproducción que hace de los términos de la formalización y reformalización y de su comparación desprende que “...si bien el Ministerio Público en forma ambigua, para los efectos de establecer la reiteración de delito, indicó como período de ocurrencia de estos entre los meses de junio y noviembre de 2005, esto no es dentro del segundo semestre del año 2005, ya que al menos los presuntos hechos que se atribuyen a mi representado en el mes de junio, quedan enmarcados dentro del primer semestre del año 2005.” Después de sostener que no existe prueba directa alguna o antecedentes reales y concretos, que permitan acercarse siquiera a la probabilidad de haber existido la reiteración invocada en el fallo, recuerda que “el principio de congruencia supone necesariamente que exista una conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo, con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la impugnación contenida en la acusación, en términos detallados de tiempo, lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica.” Agrega que existiendo indeterminación en cuanto a la fecha de perpetración y siendo esa indeterminación la que llevó a concluir que los delitos tendrían el carácter de reiterados, sin que se satisfagan las exigencias le-

gales y doctrinarias para tal figura, “se arroja que el lógico encadenamiento de las pruebas, valoración de las mismas, los hechos probados y las conclusiones en la especie no resulta de una secuencia correlativa de etapas o procesos, ya materiales, ya intelectuales, lo que impide satisfacer los requerimientos perentorios de la norma del artículo 342 letra c) en relación con el artículo 297, ambos del Código Procesal Penal”. Estima que a la luz de estos antecedentes no existen consideraciones suficientes para establecer la reiteración de los delitos atribuidos al encausado, “... puesto que omite todo razonamiento sobre el establecimiento de la fecha de uno de los ilícitos por los cuales pronuncia la sentencia. Cuestión que resulta fundamental para la determinación de la normativa aplicable a los hechos sometidos al conocimiento del tribunal y posterior imposición de la pena”.

Como puede advertirse, el núcleo de la alegación está constituido por la infracción al principio de congruencia, ya que como efecto de ésta existe -a juicio del recurrente- la indeterminación en cuanto a la data de ocurrencia de los hechos, circunstancia que impide tener por establecida la reiteración.

NOVENO: Que el recurso de nulidad es -como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte- de carácter absolutamente extraordinario, especial y de derecho estricto, cuya procedencia se circunscribe a las causales expresamente establecidas por el legislador y de acuerdo al artículo 378, inciso primero, del Código

Procesal Penal, en el escrito en que se interpusiere el recurso se consignarán los fundamentos del mismo. En la especie, del texto del libelo surge con meridiana claridad que su real fundamento -“razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa”- es, como ya se indicó, la contravención al principio de congruencia que aparece formal y expresamente denunciada. En consecuencia, la fundamentación efectuada del recurso, no es propia de la causal de nulidad invocada y lo debilita sustancialmente, toda vez que el reproche basado en la falta de correlación entre acusación y sentencia debe afincarse en la causal prevista en la letra f) del artículo 374, que sanciona precisamente la infracción al artículo 341 del Código Procesal Penal. La falta de relación directa entre los argumentos desplegados y la causal invocada para fundar el recurso, lo priva de la necesaria precisión, claridad y coherencia. (SCS, 17.05, 2005).

Sin perjuicio del defecto indicado, el Tribunal, haciéndose cargo de la incongruencia entre la acusación y la sentencia definitiva, sostenida reiteradamente en la impugnación del fallo, concluye que tal vicio no tiene existencia, en mérito a los siguientes razonamientos:

a) De conformidad al artículo 341 inciso primero del Código del Ramo, “la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella”. La congruencia, en cuanto principio informador del

proceso penal, se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica, porque sólo en el primer caso se está poniendo en riesgo una adecuada defensa del imputado. (Horvitz-López, cit., T. II, p. 341). La garantía judicial de que se trata, asegura la concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. (artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos) e implica la prohibición de sorpresa que perturbe el derecho de defensa material de que es titular todo inculpado de un delito.

b) La concordancia o correspondencia impuesta como límite infranqueable a la decisión condenatoria sólo es exigible entre la acusación y la sentencia, de manera que las ambigüedades que a juicio del recurrente presentan la formalización y reformalización -circunstancia sobre la que no rindió prueba- carecen de relevancia para el asunto en examen.

c) Los términos en que fue planteada la acusación por parte del Ministerio Público, están reproducidos en la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal: “En el mes de noviembre de 2005 por última vez el imputado Gustavo Alberto Ramos Pérez, al interior del inmueble ubicado en XXX, se acercó la (s.i.c.) su sobrina la víctima de iniciales M.P.V.J., de nueve años de edad, procedió a efectuar acto de relevancia sexual consistentes en tocaciones en la región vaginal, además de introducirle sus dedos en la vagina dándole besos en la boca”.

d) La sentencia recurrida, en su razonamiento duodécimo, último párrafo, dio por probados los siguientes hechos, con el mérito de las pruebas reseñadas en el primer párrafo: “En días no precisados del segundo semestre del año 2005, el imputado Gustavo Alberto Ramos Pérez, al interior del inmueble ubicado en XXX, procedió a efectuar actos de relevancia sexual a la víctima de iniciales M.P.V.J., de nueve años de edad a esa época, consistentes en tocaciones en la región vaginal y pechos”.

e) El principio de congruencia busca mantener la relación de igualdad entre los hechos por los cuales fue acusado el imputado y aquellos por los cuales fue efectivamente condenado, “a fin de que tenga conocimiento preciso de los hechos que se le imputan y la información necesaria que permita una efectiva defensa”. (Rieutord, cit., p. 76) El análisis detenido de la sentencia y en especial la reproducción de los alegatos de apertura y clausura de la defensa, pone de manifiesto que tuvo a su disposición las herramientas necesarias para conocer los hechos que sirvieron de base al cargo oportunamente formulado y a la posterior decisión final, puesto que en esas alegaciones el defensor cuestionó la existencia del ilícito materia de la acusación y la participación del acusado, así como especialmente el carácter reiterado que se atribuyó al hecho punible, haciéndose cargo expresamente de esta modalidad delictiva, contravirtiendo con nutridos argumentos su acreditación.

f) Que por lo demás, lo que el recurrente objeta es que el período en que

los actos típicos fueron cometidos, lo fijó el tribunal en el segundo semestre del año 2005, en circunstancias que en la acusación se afirma que los hechos fueron cometidos “en el mes de noviembre por última vez”; como puede advertirse, carece de fundamento la infracción al principio de congruencia esgrimida por esa parte, ya que existe correlación entre los sustratos fácticos de la acusación y el fallo, en el cual el ámbito temporal está circunscrito al segundo semestre de 2005, período que ciertamente está cubierto por la acusación.

De acuerdo a todo lo razonado, la alegación de nulidad sustentada, en el fondo, en una supuesta contravención al principio de congruencia y en lo formal -incorrectamente- en la causal del artículo 374 letra e) de la compilación procesal penal, debe ser desestimada.

DÉCIMO: Que en forma subsidiaria, el recurrente invoca también la causal prevista en el artículo 374 letra a) del Código Procesal Penal, por estimar que la sentencia ha sido dictada por un tribunal incompetente, considerando que el 16 de junio de 2005 comenzó a regir el nuevo procedimiento penal en esta región, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 484 del Código Procesal Penal y la disposición octava transitoria de la Constitución Política de la República; apoya este argumento en que los primeros hechos habrían tenido lugar en el mes de junio de 2005, lo que escapa de la jurisdicción y competencia de los tribunales establecidos por la reforma, agregando que a la fecha de la denuncia, el 18 de

noviembre de 2005, el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago ni siquiera estaba constituido, por lo que indudablemente sería incompetente para conocer de los hechos sobre los cuales ha fallado, “con mayor razón si tomáramos como base, la supuesta primera conducta de connotación sexual, que sería del mes de junio de 2005.”; solicita se declare la nulidad del juicio y la sentencia en él recaída, por incompetencia, remitiéndose los antecedentes al Juez del Crimen correspondiente.

UNDÉCIMO: Que en la causal de nulidad invocada subyace el derecho al juez natural, amparado por el artículo 19 N°3, inciso 4°, de la Constitución Política de la República y el artículo 2° del Código Procesal Penal, preceptos que requieren el establecimiento del tribunal competente por la ley con anterioridad al hecho objeto del procedimiento, derecho que debe ser siempre estudiado en su dimensión garantista vinculada a la independencia del juez. (Horvitz-López, cit., T.I, pág. 63).

DUODÉCIMO: Que la acusación sometida al conocimiento de los jueces, indica que los hechos se perpetraron “en el mes de noviembre de 2005 por última vez”, atribuyéndoles el carácter de reiterados, y aunque no se indica la fecha de inicio, el concurso material sólo puede afirmarse respecto de varias conductas iniciadas con antelación a la señalada data, ya que en esta habría sido realizada la última de las acciones punibles.

Del examen de la sentencia impugnada y aún cuando no se determina

con claridad la fecha de comisión del hecho ilícito, se desprende que los jueces emitieron su decisión de condena sólo por aquellos hechos que caen dentro de la esfera de su competencia, toda vez que al establecer los sucesos reiterados, en el ya citado razonamiento décimo indicaron que se cometieron en “días no precisados del segundo semestre del año 2005” periodo que se encuentra cubierto por la acusación y ciertamente dentro del período de vigencia del Código Procesal Penal, motivo por el cual el recurso tampoco podrá prosperar por esta causal.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19, N°3°, incisos primero a sexto, de la Constitución Política de la República y 259, 297, 332, 341, 342, 372, 373, letra a), 374, letras a) y e), 375, 376, 384 y 387 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad

interpuesto por el Defensor Penal Privado, abogado Iván Alejandro Sepúlveda Ortiz, en representación del condenado Gustavo Alberto Ramos Pérez, en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago el siete de enero recién pasado y que rola de fojas 2 a 49 de estos antecedentes, la que, por lo tanto, no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción a cargo del Ministro señor Carlos Künsemüller L.

Rol N°502-09.

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

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

EXAMEN DE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN. INDICIOS SUFICIENTES PARA UN CONTROL DE IDENTIDAD. RECURSO DE APELACIÓN FUNDADO EN EL ARTÍCULO 132 BIS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ACOGIDO

Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta

Resumen:

Al analizar la legalidad de la detención, se deben considerar las especiales circunstancias bajo las cuales las policías adoptan sus decisiones. También deben tenerse en cuenta las conductas de los imputados en una secuencia lógica, para determinar la concurrencia de indicios para efectuar un control de identidad.

Texto Completo:

Antofagasta, dieciocho de febrero de dos mil nueve.

VISTOS:

En causa RUC 0900078930-2, RIT 369-2009 del Juzgado de Garantía de Calama, seguida en contra de los imputados José Humberto Salas Marín y Próspero Cuevas Saavedra, por el delito de robo en lugar destinado a la habitación, con fecha 11 de febrero en curso se verificó la audiencia para conocer el recurso de apelación deducido por el Fiscal Adjunto de esa ciudad don Claudio Sobarzo Tassara en contra de la resolución de ese Tribunal de fecha 26 de enero de 2009 que declaró ilegal la detención de los imputados antes mencionados, por estimar que en la especie no se daban los indicios que requiere el artículo 85 del Código Procesal Penal.

En la audiencia referida fueron oídos los alegatos:

El Abogado Asesor del Ministerio Público, don Christian Castro Muñoz pidió acoger el recurso de apelación; reiteró los planteamientos expuestos y solicitó la revocación de la resolución recurrida, declarando que la detención de los imputados fue hecha en un contexto de legalidad.

Señala que los imputados fueron detenidos el 25 de enero de 2009, alrededor de las 17:00 hrs en la vía pública al haber sido alertados funcionarios de carabineros por la Central de Comunicaciones Cenco de que aquellos portaban una caja de gran tamaño. Al llegar funcionarios de carabineros al lugar en el cual se encontraban los imputados se percataron que habían dejado la caja dentro de un negocio de dicha calle, Av. O'Higgins de esa ciudad, y al ver la presencia de carabineros se alejaron rápidamente en dirección norte siendo alcanzados por los funcionarios, controlando su identidad y revisada la caja que portaban se halló un minicomponente que había sido sustraído momentos antes desde un

domicilio de calle Los Andes 902 de esa ciudad, delito que ya había sido denunciado a la Central Cenco de Carabineros, procediendo a la detención de los mismos por flagrancia del delito de robo en lugar habitado.

Por su parte el Defensor Penal Público don Ignacio Barrientos Pardo, pidió la confirmación de la aludida resolución fundado en que no se cumplió debidamente lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal en el procedimiento del control de identidad.

Todo lo actuado en la audiencia se encuentra registrado en el sistema de audio.

Oído los intervinientes y considerando.

En cuanto a la inadmisibilidad del recurso.

PRIMERO: Que el Defensor Penal Público cuestionó la procedencia de la admisibilidad del recurso interpuesto fundado en que el artículo 132 bis del Código Procesal Penal establece que procede la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención sólo respecto de los delitos que la disposición señala. En la especie, si bien reconoce que el Ministerio Público formalizó por el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, el robo se produjo en una oficina ubicada en el interior de un patio, hecho que había sido señalado por uno de los carabineros que concurrieron al lugar y por la declaración voluntaria de la víctima, “*que el inmueble de su propie-*

dad fue objeto de un robo”. Por lo que señala debe primar el principio de la realidad, porque si fue en una oficina, no procede el recurso de apelación de acuerdo al referido artículo 132 bis del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que en el debate quedó establecido que el Ministerio Público formalizó por el delito de robo previsto y sancionado en el artículo 440 del Código Penal, sin discusión de parte de la Defensoría. En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132 bis del Código Procesal Penal, la resolución que declaró la ilegalidad de la detención es apelable, de tal modo que en este caso debe aplicarse el principio de la primacía de la realidad. Y por ende, se rechaza la inadmisibilidad del recurso.

En cuanto al fondo:

TERCERO: Que el Fiscal Adjunto de Calama, don Claudio Sobarzo Tassara interpuso recurso de apelación en contra de la resolución dictada en la audiencia de 26 de enero del presente año, en la que se declaró ilegal la detención de los imputados José Humberto Salas Marín y Próspero Cuevas Saavedra, por estimar el juez a quo, acogiendo los argumentos de la defensa, que en la especie no se deban los indicios que requiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, para proceder a un control de identidad, que el hecho de transportar una caja en horas de la tarde no constituiría una conducta que llevaría a este indicio y que el hecho de alejarse rápidamente los imputados al

ver la presencia de carabineros sería una conducta justificada al existir en contra de uno de ellos, Salas Marín, una orden de detención por quebrantamiento de condena al no regresar a las dependencias del C.D.P. de esa ciudad de su beneficio de salida dominical.

El Ministerio Público arguye que en la especie, se dan los requisitos para hallarnos en un caso fundado en que según las circunstancias existiría un indicio de que los imputados estaban cometiendo un delito, acababan de cometerlo o mantenían información sobre algún ilícito cometido y que, por lo tanto, el control de identidad y la posterior detención se hizo en un contexto de legalidad. En efecto, deben considerarse las conductas de los imputados en una secuencia lógica, esto es, que ellos portaban una caja de gran tamaño en la calle, que al ver la presencia de Carabineros la dejaron en un establecimiento del sector y luego procedieron a caminar rápidamente en dirección contraria. Todas estas conductas a juicio del Ministerio Público genera una conducta mas justificada para que Carabineros estime que dentro de los casos fundados del artículo 85 del Código en comento, no debiendo ser consideradas en forma separada, es decir, que el hecho de transportar una caja en la vía pública no fue la única conducta considerada por los aprehensores para proceder a la detención, sino que además, de dejarla en un negocio del lugar y alejarse rápidamente del mismo al ver la presencia de la policía. Asimismo, el hecho de que respecto de uno de los imputados existiera

una orden de quebrantamiento de condena no es motivo suficiente para justificar la huída del imputado Salas Marín, toda vez que respecto de su acompañante no existía orden de detención alguna. Cita fallos de la I. Corte de Apelaciones de Rancaagua de fecha 11-07-05 en causa Rol Corte 159-2005, al revocar la resolución que declaró la ilegalidad de la detención señaló en el considerando “*Segundo: Que la Policía de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, no requiere de una orden previa, cuando tenga un indicio al respecto, bastando el efecto, la actitud, disposición y reacción del imputado frente a un control policial que induzca a su identificación y posterior registro conforme a la ley. Tercero: Que, en las condiciones señaladas, el resultado positivo del control en el sentido de encontrarse el imputado en alguna de las situaciones previstas en la disposición legal en comento, resultará demostración suficiente de la satisfacción del requisito respectivo*”.

Por lo anteriormente expuesto, el Ministerio Público estima que el control de identidad realizado a los imputados se hizo por existir presencia de los indicios que señala el artículo 85 del Código Procesal Penal, por lo tanto en la revisión de la caja que portaban los imputados fue hecha en un contexto de validez, según el mismo artículo y que la detención secuencialmente se hizo en la hipótesis de flagrancia del artículo 130 letra d) del citado texto legal, al provenir la especie encontrada en su poder de un delito de robo en lugar habitado denunciado momentos antes y que afectó a un domicilio del sector.

CUARTO: Que la Defensa de los imputados sostuvo que en la especie no se daban los indicios que requiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, el cual debe aplicarse en forma restrictiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° del mismo texto legal, toda vez que de acuerdo al parte policial los carabineros que efectuaron el control de identidad no tenían conocimiento del hecho y refiriéndose a una sentencia de esta Corte Rol 279-2007, de 20 de diciembre de 2007, estableció que la experticia policial no constituye indicio para proceder a dicho control y carece de objetividad para validar la diligencia. En el mismo sentido citó sentencias de la C. de Apelaciones de Concepción en causa Rol 546-07 y de la E. C. Suprema Rol 3570-2006.

QUINTO: Que procede, en consecuencia, examinar la detención para decidir si ella ha sido o no ilegal, debiendo considerarse las especiales circunstancias bajo las cuales las policías adoptan sus decisiones. Carabineros había sido alertados por la Central de Comunicaciones Cenco que dos individuos portaban una caja de gran tamaño y que momentos antes desde un domicilio de calle los Andes 902 de Calama se había cometido un robo en lugar habitado. También deben tenerse en cuenta las conductas de los imputados en una secuencia lógica, esto es, que ellos portaban una caja de gran tamaño en la calle, que al ver la presencia de carabineros la dejaron en un establecimiento del sector y que luego co-

menzaron a caminar rápidamente en dirección contraria.

SEXTO: Que en este orden de ideas, tal como lo sostiene el Ministerio Público, el control de identidad de los imputados se efectuó por concurrir los indicios que requiere el artículo 85 del Código Procesal Penal y que la detención se hizo en la hipótesis de flagrancia del artículo 130 letra d) del citado texto legal al provenir la especie encontrada en poder de aquellos de un delito de robo en lugar habitado denunciado momentos antes.

SEPTIMO: Que así las cosas, se concluye que la detención de los imputados se produjo en un caso que la ley lo autoriza y por ello no es ilegal, por lo que la declaración hecha por el Juez a quo en este sentido resulta improcedente.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 85, 130, 132 bis y 370 letra b) del Código Procesal Penal, **se revoca** la resolución apelada de veintiséis de enero de dos mil nueve, dictada por el Juez de Garantía de Calama don José Luis Ayala Leguas, que declaró ilegal la detención de los imputados José Humberto Salas Marín y Próspero Cuevas Saavedra y, en su lugar, se declara que ella se efectuó conforme a derecho.

Regístrese y comuníquese.

Ing. N°26-09

Redacción de la Ministro Srta. Marta Carrasco Arellano.

RECHAZA RECURSOS DE NULIDAD. EFECTOS PENALES DE LAS COSTUMBRES INDÍGENAS

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco

Resumen:

La aplicación de la costumbre indígena en materia penal puede configurar circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad. Sin embargo, no basta con subsumir los hechos que dio por establecidos el tribunal en la causal de justificación, como si se tratara de un simple ejercicio aritmético, sino que es necesario que las conductas constitutivas de la costumbre sean acreditadas en juicio, para lo cual será útil cualquier medio capaz de producir convicción, especialmente los peritajes antropológicos y culturales elaborados por expertos en el tema indígena. La carga procesal de acreditar esto último corresponde a las defensas.

Texto completo:

Temuco, veinticinco febrero de dos mil nueve.

VISTOS:

En causa RUC 0700014427-9 y RIT 567-2007 del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, con fecha 15 de enero del año en curso se dictó sentencia en contra de las siguientes personas: Juan Alberto Quinamal Peinemal, Cédula de identidad, 15.655.883-4; Miguel Ruben Curiche Prado, RUT 17.813.5117-1; Jesús Gregorio Curiche Prado, RUT 16.533.678-K; Plácido Pascual Catrilaf Curiche RUT 13.607.153-K; Eliazer Patricio Catrilaf Curiche RUT 12.573.422-7; Pablo Eduardo Catrilaf Catrileo RUT 4.440.086-3; Nelson Javier Lienlaf Lienlaf RUT 11.704.178-6 y Francisco Javier Painevilo Lincoñir RUT 9.523.728-2 a las penas que se señalan en la parte resolutive del fallo.

Mediante presentación de 05 de febrero último, Ricardo Cáceres Etien, Defensor Penal interpone recurso de nulidad en contra de aquella sentencia, por la causal contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, específicamente respecto de la decisión por la que se condenó a Nelson Lienlaf Lienlaf a dos penas de 100 días de presidio menor en su grado mínimo como autor de los delitos de amenazas a Alicia Trangolaf y lesiones menos graves en perjuicio de Jorge Quelempán, más las accesorias legales y a Francisco Javier Painevilo Lincoñir a la pena de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales por ser autor del delito de amenazas a Jorge Quelempán. Ello por cuanto el tribunal ha infringido los artículos 1° y 54 de la Ley 19.253, 8° y 9° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y

10 N°10 del Código Penal. Por otro lado, el Abogado Renato Maturana Burgos, deduce recurso de nulidad en primer término fundado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y también basado en la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letras c) y d) de dicho cuerpo legal, a favor de Eleazar Patricio Catrilef Curiche, sancionado a dos penas de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales como autor de lesiones menos graves a Aucan Quelempan y Alicia Tragolaf y a la pena de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales por el delito de amenazas en perjuicio de Ernesto Huenchulaf; de Placido Pascual Catrilaf Curiche, condenado a tres penas de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales como autor de los delitos de amenazas a Ernesto Huenchulaf y daños en perjuicio de Ernesto Huenchulaf y Carlos Ahumada Huenchulaf; de Jesús Gregorio Curiche Prado condenado a tres penas de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales, como autor del delito de amenazas a Ernesto Huenchulaf y daños a Ernesto Huenchulaf y a Carlos Ahumada Huenchulaf y finalmente de Miguel Rubén Curiche Prado condenado a dos sanciones de treinta horas de prestación de servicios comunitarios en su calidad de autor de los delitos de amenazas en perjuicio de Ernesto Huenchulaf y daños a Carlos Ahumada Huenchulaf.

Con fecha 5 de febrero pasado, se llevó a cabo la vista del recurso, alegan-

do los representantes del Ministerio Público y de los sentenciados, fijándose el día de hoy para la lectura del fallo de nulidad.

CONSIDERANDO:

1°.- Que el abogado Defensor Penal Público don Ricardo Cáceres Etien ha deducido recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada en los antecedentes referidos en la parte expositiva de esta resolución, fundado en la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Al fundamentar el recurso, arguye que el tribunal no ha aplicado correctamente los artículos 1° y 54 del Ley 19.253, 8° y 9° del Convenio 169 de la OIT y el artículo 10 N°10 del Código Penal. Argumenta que a juicio del tribunal no cabe duda que los hechos que motivaron el presente juicio se desarrollaron en el contexto de una ceremonia de sanación mapuche denominada Machitun. La cuestión a dilucidar, según el fallo, consistía en acreditar si tal ceremonia podía o no interrumpirse, es decir, para el tribunal se trataba de un simple problema de prueba respecto de la cuestión anterior.

El criterio de la sentenciadora sobre el particular es errado, ya que el artículo 8° del convenio citado señala que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración

sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”. A su vez el artículo 7° en relación con el artículo 54 ambos de la Ley 19.253 exponen que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a la misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiera servir como antecedente para la aplicación de un eximente o atenuante de responsabilidad”.

Sostiene la defensa que en la especie no existe controversia en cuanto a que los hechos investigados se desarrollaron en el contexto de un Machitun, por lo que no tiene aplicación lo sostenido por la Juez, en orden a que lo que debía acreditarse era si tal ceremonia podía o no interrumpirse. Continúa la defensa que lo que debió haber hecho el tribunal era aplicar la normativa especial que protege las manifestaciones culturales del pueblo mapuche. En definitiva el error de derecho lo hace consistir en que acreditado el desarrollo de un Machitun, el tribunal no aplicó ni la ley indígena ni el convenio antes citado.

2°.- Que el Abogado Renato Matu-rana Burgos en primer lugar funda su recurso de nulidad en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Agrega que se dio por

establecido el delito de amenazas del artículo 296 del Código Penal, sin especificar si es aquella del N°1, 2 o 3 de dicha norma. A su vez tal artículo también exige que ella sea seria y verosímil, en otras palabras tal ilícito sólo es posible cometerlo con dolo directo siempre que reúna la acción del sujeto activo las características de seriedad y verosimilitud, sin embargo, el tribunal nada dijo al respecto. Por otro lado como los hechos por los cuales se condenó a sus defendidos por tal delito se desarrollaron el 17 de febrero de 2007 cuando se llevaba a cabo una ceremonia mapuche de sanación de un lonco, la conducta de sus representados debe ser analizada teniendo en consideración la cultura mapuche. Expone que hubo una errónea aplicación de los artículos 10 N°9 o subsidiariamente N°10 del Código Penal en relación con el artículo 54 de la Ley 19.253, desde el momento en que no se dictó sentencia absolutoria al desarrollarse los hechos desarrollados en el contexto de una ceremonia de Machitun.

También señala que hubo error de derecho al calificar la sentencia las lesiones sufridas por las víctimas como constitutivas de delito en circunstancias que se trata de faltas del artículo 494 N°5 del Código Penal, también se ha cometido dicho error al no calificarse los daños causados como constitutivos de falta. Finalmente agrega que existe error de derecho al atribuírseles a sus representados participación de autores de los delitos de amenazas, lesiones y daños, en circunstancias que la prueba rendida por el Ministerio Público, no alcanzó

más allá de toda duda razonable a establecer tal grado de participación.

Además el abogado Maturana funda el recurso de nulidad en la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letras c) y d) del Código Procesal Penal.

Agrega que la sentencia no valoró toda la prueba acompañada por su parte, ni siquiera la mencionó, es decir la ignoró. En este sentido el tribunal omitió ponderar la prueba testimonial por la cual se acreditó que los hechos se verificaron en el contexto de una ceremonia indígena. Tampoco el tribunal reparó las contradicciones de los testigos sobre todo cuando individualizan a quienes participaron en los hechos investigados, señalando quienes portaban armas y quienes dispararon, por otro lado, el fallo tampoco se hizo cargo de su prueba documental.

Finalmente también esgrime para fundamentar la causal que la juez una vez dictada la sentencia procedió a suprimir un considerando completo “el décimo sexto - vulnerando con ello el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil.

3°.- Que los recurrentes suponen infringidos los artículos 1 y 54 de la Ley 19.253, el primero de ellos, en lo pertinente señala “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento

principal de su existencia y cultura”. El inciso segundo explica que “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguitas del norte del país, las comunidades Kawaskhar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores”. El artículo 54 expresa: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”. “Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.” “El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación. A su vez los artículos 8 y 9 del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que también se dan como vulnerados, señalan que “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos

interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. A su vez el artículo 9 reza “1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

4°.- Que, en síntesis, se hace consistir la infracción a las normas citadas, en el hecho que la sentencia rechazó la solicitud de las defensas para aplicar la eximente de responsabilidad penal establecida en el artículo 10 N°10 del Código del ramo. (Ejercicio legítimo de un derecho, consistente en ejercer su propia cultura).

5°.- Que no está controvertido en autos, la aplicación de la costumbre indígena en materia penal, en particular, para configurar circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad. Sin embargo, ello no significa, como lo sostiene la defensa, que basta con subsumir los hechos que dio por establecido el tribunal en la causal de justificación, como si se tratara de un simple ejercicio aritmético, sino que, como claramente lo regula el artículo 54 inciso segundo de la Ley 19.253, es menester que las conductas constitutivas de la costumbre, que en la especie configurarían las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, deban ser acreditadas en juicio, para lo cual deberán aquéllas probarse por cualquier medio capaz de producir convicción, resultando especialmente relevantes la elaboración de peritajes antropológicos y culturales elaborados por expertos en el tema indígena. Carga procesal esta última, que le empecía a las defensas de los acusados, las que durante el desarrollo del juicio simplificado, no realizaron ninguna actividad en ese sentido, razón por la cual, como acertadamente lo advirtió la juez en el motivo décimo quinto del fallo recurrido “si lo pretendido por la defensa fue el sostener que la conducta de los imputados era la manifestación de una costumbre legalmente establecida como derecho y que ésta era legítima, ello no lo logró, desde que no se explicó, a través de la prueba rendida, el porque el causar lesiones y amenazar formaba parte de un actuar legítimo.”

6°.- Que también la defensa de los acusados Eleazar Catrilef Curiche, Placido Catrilef Curiche, Jesús Gregorio y Miguel Rubén Curiche Prado, argumenta que hubo error de derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al calificar la sentencia las lesiones sufridas por las víctimas como constitutivas de delito, en circunstancias que se trata de meras faltas y al atribuírseles participación de autores de los delitos de amenazas, lesiones y daños, en circunstancias que la prueba rendida por el Ministerio Público, no alcanzó más allá de toda duda razonable, a establecer tal grado de autoría.

7°.- Que sobre el particular, también corresponde desechar la pretensión de la defensa, toda vez que la conclusión de la sentenciadora de calificar como constitutivos de los delitos de lesiones menos graves y amenazas los hechos que dio por probados en los considerandos noveno, décimo y undécimo, en virtud de las consideraciones fácticas que en tales motivos se explicitaron y que son inmodificables para esta Corte, implica no compartir el criterio que sobre tales cuestiones jurídicas se fijaron. De modo que lo que pretende la defensa, es cambiar aquellas consideraciones para darle una nueva apreciación por este tribunal, lo que no le está permitido.

8°.- Finalmente la aludida defensa fundó el recurso de nulidad en forma subsidiaria en la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letras c) y d) ambas normas del Código Procesal Penal. Al respecto, agrega que la juez no valoró toda la prueba acompañada por su parte, ni

siquiera la mencionó, es decir la ignoró. El tribunal omitió ponderar la prueba testimonial por la cual se acreditó que los hechos se verificaron en el contexto de una ceremonia indígena. Tampoco reparó las contradicciones de los testigos sobre todo cuando individualizan a quienes participaron en los hechos investigados, señalando quienes portaban armas y quienes dispararon, por otro lado el fallo tampoco se hizo cargo de su prueba documental.

9°.- Que de este modo la cuestión a resolver dice relación con la fundamentación que debe contener toda sentencia.

En efecto, tanto lo que dispone la letra c) del artículo 342 del Código procesal penal, en relación con lo preceptuado en el artículo 297 del mismo cuerpo legal, es menester que al establecerse los fundamentos de la sentencia, el tribunal haga una valoración de los medios de prueba que fundamente sus conclusiones, así como está obligado a hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado indicando las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

De la sola revisión del fallo impugnado, específicamente de los motivos noveno, décimo, undécimo, duodécimo, décimo tercero y décimo cuarto, se aprecia que la sentenciadora cumplió con la exigencia que la recurrente echa de menos, desde el momento en que señala y pondera los medios de prueba mediante los cuales dieron por probados los hechos materia del requerimiento del ente persecutor.

En otras palabras, no puede constituir causal de nulidad, el razonamiento lógico y ponderado contenido en un fallo, cuando aquél se aparta de lo pretendido por una de las partes.

De modo que al haberse cumplido a cabalidad con todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 342 del Código Procesal Penal, no prosperará el recurso impetrado por la recurrente, por no haberse configurado el motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra e) del artículo 374 de dicho Cuerpo Legal.

10°.- Que como segundo capítulo de este motivo absoluto de nulidad se esgrime que la juez una vez dictada la sentencia procedió a suprimir un considerando completo -el décimo sexto- vulnerando con ello el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto basta para desechar tal pretensión que dicha circunstancia no es constitutiva de motivo absoluto de nulidad, cuyas causales están expresamente señaladas en el artículo 374 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 360, 375 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZAN los recursos de nulidad deducidos por los abogados Ricardo Cáceres Etien, Defensor Penal Público y Renato Maturana Burgos en contra de la sentencia definitiva dictada por la Juez de Garantía de Nueva Imperial, con fecha 15 de enero del año en curso.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Fernando Carreño Ortega.

Rol N°99-2009-R.P.P.

Pronunciada por la Sala de Verano

Presidente Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega y Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre. Se previene que el Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega no firma, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse con permiso.-

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. NORMAS APLICABLES

Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta

Resumen:

En la etapa de ejecución de la sentencia se aplican las reglas generales sobre recurso de apelación, no siendo exigibles las condiciones contenidas en el artículo 370 del Código Procesal Penal.

No se puede tener por cumplida la pena accesoria si no se ha dado comienzo al cumplimiento de la principal.

Texto completo:

Antofagasta, veinticinco de abril de dos mil nueve.

VISTOS:

Ante la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros Titulares don Enrique Álvarez Giralt y don Óscar Clavería Guzmán y el Fiscal Judicial don Rodrigo Padilla Buzada, con fecha 8 de abril de 2009 se llevó a cabo la audiencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por el abogado don Eduardo Gallardo Urbina, en contra de la resolución de veintiséis de marzo último, dictada por don Manuel Vilches Meza, Juez de Garantía de Antofagasta, en causa RUC 0700366131-2, RIT 6.908-2007, que rechazó declarar cumplida la pena accesoria de suspensión de licencia de conducir impuesta al sentenciado Jaime Christian Faúndez Pinto. Intervinieron en la audiencia, por el recurso de apelación, el abogado Eduardo Gallardo Urbina, y el

abogado asesor del Ministerio Público don Alejandro Azócar Zubicueta, quien lo hizo contra el recurso.

Una vez terminado el debate, la causa quedó en acuerdo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

En cuanto a la admisibilidad del recurso:

PRIMERO: Que durante el debate el representante del Ministerio Público alegó la inadmisibilidad del recurso, aduciendo que la apelación está limitada en los artículos 352 y 370 del Código Procesal Penal a la existencia del agravio efectivo, y sólo respecto de las resoluciones que ponen término al procedimiento, hacen imposible su prosecución o la suspenden por más de treinta días, o en los casos en que la ley concede expresamente el recurso. Como la resolución que motiva el recurso no se halla en ninguna de las hipótesis antes señaladas, el Ministerio Público pidió se rechace la apelación por inadmisibile;

SEGUNDO: Que en la réplica el abogado Eduardo Gallardo Urbina, expresa que nos encontramos frente a una materia que, por su naturaleza, es de la competencia de un Juez de Ejecución y no del Juez de Garantía, circunstancia que hace inaplicables las normas generales invocadas por el Ministerio Público en su pretensión de inadmisibilidad; en lo que atañe a la falta de agravio, se limita a señalar que cualquier resolución que niega el cumplimiento de una pena al imputado produce un agravio genérico que le habilita para alzarse en contra de ella; en razón de ello pidió al Tribunal desechar la petición del Ministerio Público;

TERCERO: Que, en efecto, a la luz de lo previsto en el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, es de competencia del Juez de Garantía el “Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal;” y es también de hacer notar que tal disposición no figuraba en la Ley 19.665 que incorporó el Título II del Código Orgánico de Tribunales, lo que refleja la primitiva voluntad del Legislador en orden a sustraer de la competencia de los Jueces de Garantía todo lo relacionado con la ejecución de las sentencias, y entregar el conocimiento de estos asuntos a un Juez especial; no obstante ello, a falta de dicho Juez, la Ley 19.708 de 5 de enero de 2001 insertó la citada norma del artículo 14 letra f), dotando de competencia en esa materia al Juez de Garantía.

Por ende, esta competencia adquirida por el Juez de Garantía es doblemente excepcional, en atención a los factores de especialidad y posterioridad; en consecuencia, debe excluirse también de las reglas sobre procedencia de los recursos contenidas en el Libro Tercero del Código Procesal Penal y, producida discusión en torno a dicha situación respecto del de apelación, ésta debe resolverse a la luz de los principios que establecen la doble instancia como regla general, limitando a los casos de excepción contenidos en la ley la improcedencia del aludido recurso;

CUARTO: Que en consonancia con lo razonado, la petición de inadmisibilidad formulada por el Ministerio Público es improcedente, y debe desecharse;

En cuanto al recurso de apelación:

QUINTO: Que se ha interpuesto apelación en contra de la resolución dictada por el Juez de Garantía don Manuel Vilches Meza, que denegó, por improcedente, la petición de declarar cumplida la pena accesoria de suspensión de licencia de conducir, pretensión fundada en el hecho de hallarse cumplida la pena principal;

SEXTO: Que conforme a los antecedentes proporcionados durante el debate, y que hallan incorporados a la carpeta judicial, es dable colegir los siguientes hechos:

a).- Que el imputado Jaime Faúndez Pinto fue conminado a dar cumplimiento a las penas impuestas en la propia sentencia condenatoria; pese a ello, no se presentó

a dar inicio a la pena en la modalidad de remisión condicional, lo que motivó una audiencia para debatir la mantención del beneficio, y tampoco hizo entrega de la licencia de conducir, lo que generó medidas coercitivas en su contra para instar por el cumplimiento de lo resuelto, incluida una orden de arresto en su contra;

- b).- Que el condenado entregó la licencia de conducir el 1 de marzo de 2009, fecha en la cual principió a cumplir la pena accesoria, y
- c).- Que a esa fecha no había dado cumplimiento íntegro a la pena privativa de libertad, en la modalidad que le fuera impuesta;

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, habiéndose dado inicio al cumplimiento de la pena accesoria antes de haberse satisfecho el castigo principal y hallándose aquélla todavía pendiente, ningún fundamento jurídico ni fáctico avala la pretensión del condenado;

OCTAVO: Que en razón de lo expuesto en los motivos anteriores, solo cabe confirmar la resolución apelada.

Por estas consideraciones, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 352 y 370 del Código Procesal Penal y 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, se declara:

I.- En cuanto a la admisibilidad del recurso:

Que no se hace lugar a la petición de inadmisibilidad de la apelación, planteada en la audiencia por el representante del Ministerio Público.

II.- En cuanto al fondo:

Que se CONFIRMA la resolución dictada el veintiséis de marzo último por el Juez de Garantía don Manuel Vilches Meza que denegó, por improcedente, la petición de declarar cumplida la pena accesoria de suspensión de licencia de conducir.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N°85-2009

No firma el Ministro don Óscar Clavería Guzmán, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por hallarse con licencia médica.

Redactó el Fiscal Judicial don Rodrigo Padilla Buzada.

Pronunciada por la Primera Sala integrada por los Ministros Titulares don Enrique Álvarez Giralt y don Oscar Clavería Guzmán, y por el Fiscal Judicial don Rodrigo Alejandro Padilla Buzada. Autoriza doña Claudia Campusano Reinike, Secretaria Titular.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

PARTICIPACIÓN DE UN TERCERO EN UN DELITO ESPECIAL PROPIO

Yelica Lusic Nadal¹

Para abordar este tema resulta necesario aclarar qué se entiende por **delito especial propio**, para lo cual recurrimos a la doctrina, y especialmente al profesor Mario Garrido Montt, quien lo define como aquel delito cuyo autor puede ser exclusivamente un sujeto calificado, o sea, que cumpla con las cualidades requeridas por la figura penal, que no cuenta con un equivalente en un delito común².

Por su parte, los autores Politoff, Matus y Ramírez³, señalan que delitos especiales propios son aquéllos en que la cualidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que, faltando la misma, el hecho sería atípico.

En la doctrina española, para el autor Mir Puig, son delitos especiales propios los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta.

Asimismo resulta necesario también examinar la situación de la **participación en materia criminal y sus principios**, destacando el problema de la **comunicabilidad del título de imputación penal** para tener una posición frente a esta materia. A ese respecto, los autores Politoff, Matus y Ramírez⁴, admitida la accesoriedad del hecho del partícipe en el hecho del autor, señalan que para resolver este problema de comunicabilidad, deben tenerse presentes las diversas teorías existentes, desde aquéllas que sostienen un régimen estricto de incomunicabilidad, aplicando para ello las reglas del artículo 64 del Código Penal, hasta aquéllas que afirman la comunicabilidad extrema, según las cuales, basta que el partícipe conozca la calidad personal del autor, para que le sea imputable el mismo título delictivo. Los mencionados autores concluyen que

- 1 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal. Parte General Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 334.
- 3 POLITOFF L. SERGIO; MATUS A. JEAN PIERRE; RAMÍREZ G. MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 489.
- 4 POLITOFF L. SERGIO; MATUS A. JEAN PIERRE; RAMÍREZ G. MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 420.

resulta aplicable a este respecto la *tesis de la división del título*⁵ en razón de la naturaleza del delito que se trate.

Así, si se trata de delitos comunes, la discusión no tiene cabida, pero si se trata de delitos especiales, existen diferentes soluciones atendida su naturaleza, esto es, si son especiales propios o especiales impropios. Agregando que si estamos ante **delitos especiales propios** (vg. Prevaricación, Enriquecimiento ilícito), en los cuales la calidad del sujeto activo es inherente a la clase de mal que la ley pretende evitar, el particular que participa en el hecho del que porta ese deber, conociendo su calidad de tal, ha de responder por su responsabilidad en el hecho ajeno bajo el mismo título que su autor, porque ha colaborado a que el sujeto activo infrinja su especial deber.

Por su parte, Cury⁶, al tratar el problema de la comunicabilidad, sostiene que su criterio es similar al manifestado por el profesor Etcheberry, quien se pronuncia por la incomunicabilidad de las circunstancias personales en los delitos calificados impropios, esto es, aquellos en los que ellas no fundan el injusto de la conducta sino sólo lo incrementan o reducen; y en cambio postula la comunicabilidad de estas circunstancias personales en los delitos especiales propios -los llama delitos calificados propios- donde ellas son fundantes del injusto del hecho, de suerte que no existe otro tipo de carácter general en el cual subsumir y conforme al cual castigar la conducta del partícipe.

Agregando Cury, que en los delitos calificados propios y en todos los infracción de un deber, el comportamiento de los extraneus es accesorio del único hecho fundante del injusto derivado del quebrantamiento del deber extrapenal, pero como, a causa de que no son obligados, ellos no pueden vulnerar dicho deber, su posición será siempre de meros partícipes, nunca la de coautores⁷.

5 Propuesta entre nosotros dogmáticamente fundada por Etcheberry.

6 CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Séptima edición ampliada, 2005, pág. 646 y ss.

7 CURY URZÚA, ENRIQUE. Ob. cit., pág. 647. Agregando que al adoptar esta postura abandona el criterio sobre la incomunicabilidad extrema de las cualidades personales que sostenía en la edición anterior de su obra, ello porque para defender la opinión previa era preciso interpretar el Art. 64 del Código Penal de una manera que distorsionaba su sentido, valiéndose de una argumentación que actualmente le merece dudas, ya que no es cierto que si la ley no ha querido que las circunstancias atenuantes o agravantes personales tengan eficacia respecto de aquel en quien no concurren, de ello deba seguirse que tampoco quiera que respecto de las que fundan el injusto de un hecho determinado. Señala además que la incomunicabilidad extrema provoca lagunas de punibilidad que actualmente no cree defendibles señalando textualmente: “No es posible ignorar el injusto que encierra la conducta del que dolosamente colabora con el juez en la redacción y fundamentación de la sentencia contraria a la ley expresa y vigente, o la del que instruye a sabiendas a la testigo para que preste una declaración mendaz”.

Los autores Politoff, Matus y Ramírez⁸ sostienen, al tratar los problemas especiales de participación de los delitos cometidos por los empleados públicos, que, en el caso de los delitos especiales propios, la antijuridicidad de la conducta se basa en la infracción del deber respectivo, la que aparece así como una circunstancia objetiva, cuyo conocimiento es suficiente para la imputación del delito a todos los copartícipes.

Por su parte, los autores Rodríguez Collao y Ossandón Widow⁹, al tratar la comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo, sostienen que la posición de la mayoría de la doctrina nacional es diferenciar entre aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo es determinante de la ilicitud -llamándolos delitos especiales propios- y aquellos delitos en que la calidad exigida por el tipo es sólo determinante de un trato más severo o benigno -a los cuales denominan delitos especiales impropios-. Señalando que en este último caso, siempre existe un título de castigo paralelo para aplicar a la persona en quien no se da la calidad exigida en la figura especial, de manera que la incriminación a este otro título opera como una agravante, siendo aplicable en estos casos la regla de la incomunicabilidad del artículo 64 del Código Penal. Por su parte, en el caso de los delitos especiales propios, en que no existe un título de castigo paralelo, no resulta aplicable la regla de la incomunicabilidad, estimándose admisible plantear respecto de ellos la comunicabilidad de la condición especial.

Los autores mencionados encuentran insatisfactoria, desde un punto de vista valorativo, la solución dada a los delitos especiales propios, no obstante impedir la impunidad de los extraneus. Sosteniendo que esta solución significa imponer al extraneus la misma pena que al intraneus, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que fundamentan el ilícito en cuestión y, en particular, a pesar de que en su caso no existe una infracción del deber específico del autor. Existiendo además un tratamiento desigual del partícipe no calificado, según se esté ante un delito especial propio o impropio. Así, en el primer caso, se le sanciona con el mismo rigor que al intraneus, mientras que en el segundo, su responsabilidad resulta atenuada, porque la pena se fija de conformidad con un delito común de menor severidad.

Conclusiones

Del examen de la doctrina nacional, puede concluirse que es posible sostener la participación de un extraneus en un delito especial propio, como la prevari-

8 POLITOFF L. SERGIO; MATUS A. JEAN PIERRE; RAMÍREZ G. MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, pág. 489.

9 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Delitos contra la función pública. Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 126 y siguientes.

cación o el enriquecimiento ilícito, ya que se entiende que la infracción en la cual incurre el sujeto activo es una circunstancia objetiva cuyo conocimiento permite sostener la imputación de los copartícipes, quienes siempre podrán responder penalmente a título de partícipes -instigador, cómplice o encubridor- pero nunca como autor o coautor. Coincide en esta postura autores como Cury, Garrido Montt, Etcheberry, Novoa, y Politoff, Matus y Ramírez.

Sólo una parte de la doctrina representa que dicha incriminación no es posible porque se impone una pena al extraneus similar a la del sujeto calificado, no obstante no concurrir a su respecto las circunstancias personales que fundan el injusto y tampoco una infracción de un deber, encontrándose en esta postura Rodríguez Collao y Ossandón Widow¹⁰.

Para evitar las críticas planteadas por la posición minoritaria, se puede instar por una modificación a nuestra legislación penal que incorpore una atenuación especial obligatoria para los casos en que no concurren en el partícipe las características personales que fundan la punibilidad del autor, como ocurre con la legislación alemana y la española.

10 Ver RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Delitos contra la función pública, pág. 129.

EXCMA. CORTE SUPREMA RATIFICA CONDENA POR FRAUDE AL FISCO A CARLOS CRUZ, RAÚL HERRERA Y SERGIO CORTÉS

Roberto Morales Peña¹

Comentario:

La sentencia de la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema de fecha 19 de mayo de 2008, que rechazó los recursos de casación en el fondo interpuestos por los querellantes particulares y por la defensa del acusado Raúl Herrera Labarca y Carlos Cruz Lorenzen, ratificó la condena impuesta por la Corte de Apelaciones de Santiago que sancionó a Carlos Cruz y Sergio Cortés a la pena de 60 días de prisión en su grado máximo remitido como coautores del delitos de fraude al Fisco, y a Raúl Herrera a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo remitido como coautor de fraude al Fisco. Cabe recordar que, en primera instancia, la Ministra en Visita Extraordinaria, Sra. Gloria Ana Chevesich, había impuesto una pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo a Carlos Cruz por falsificación de instrumento público y fraude al Fisco, de 3 años de presidio menor en su grado medio a Raúl Herrera por uso malicioso de instrumento público y estafa al Fisco, y de 540 días de presidio menor en su grado mínimo a Sergio Cortés por fraude al Fisco. Fundamental resultó en la rebaja de penas, el reconocimiento de la prescripción gradual del art. 103 del Código Penal.

Existen tres aspectos del fallo que nos parecen dignos de destacar: la concepción amplia de la calidad de empleado público², la comunicabilidad de los delitos especiales impropios³ y la baja cuantía de las penas aplicables a la corrupción.

1) En primer término, la sentencia discurre respecto del ámbito de aplicación que debe darse al artículo 260 del código punitivo, optando por darle un alcance extensivo a la noción de empleado público sosteniendo que “para los fines inherentes al Código Penal, es tan empleado público el que ocupa un cargo creado por la ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o de carácter transitorio, como aquél que ejerce una función pública, noción cuyo amplio espectro ha sido ya delimitado” y por tanto, deben incluir-

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

2 Ver El Concepto de Empleado Público para Efectos Penales, UNAC, Revista Jurídica del Ministerio Público N°37.

3 Ver Participación de un Tercero en un Delito Especial Propio, Yelica Lusic, Revista Jurídica Ministerio Público N°38.

se dentro de esta categoría quienes ejerzan un cargo público a **honorarios** o incluso “ad honorem”. De la revisión de jurisprudencia que hemos realizado, es la primera vez que la Corte Suprema señala expresamente que un empleado a honorarios debe ser considerado funcionario público a los efectos penales cuando ejerce una función pública.

Sobre esta materia son especialmente relevantes los considerandos cuadragésimo cuarto a cuadragésimo noveno que desarrollan la doctrina que la Corte Suprema ha venido sosteniendo respecto del concepto de empleado público. Se consagra el binomio empleado público-función pública consolidando un avance más en el sentido de ampliar el concepto de lo que debe entenderse por empleado público.

En el considerando cuadragésimo segundo se hace mención a un antiguo debate sobre el alcance que debe darse al artículo 260, atendido su tenor literal, en cuanto dicho artículo circunscribe sus efectos al Título V del Libro II y Párrafo IV del Título III. Ese debate ha sido superado hace mucho tiempo por la doctrina, y si bien en un comienzo existió la opinión que respecto de los restantes delitos el concepto de empleado público era fijado por el Estatuto Administrativo, ello fue rebatido al sostenerse que los fines del derecho penal son más vastos que los del derecho administrativo, y teniendo en cuenta que la noción que establece el estatuto administrativo sólo existe para los efectos de determinar quienes son los sujetos de derechos y deberes que el propio estatuto señala. En cambio, el interés del derecho penal cubre muchos otros aspectos de las actividades de los funcionarios públicos, por lo que teniendo presente el concepto funcional de empleado público, autores como Etcheberry han afirmado que la definición dada por el artículo 260 del Código Penal es valedera para todos los casos en que la ley penal se refiere a empleados o funcionarios públicos como sujetos activos de delito. A mayor abundamiento, podemos decir que el concepto de empleado público del artículo 260 debe ser aplicable a todas las definiciones de empleado público que contiene el Código Penal en otros párrafos distintos a los que alude el artículo en cuestión y a las leyes especiales por aplicación del criterio sistemático, dado que la definición penal es más específica y versada sobre asuntos penales, que la contemplada en el derecho administrativo. Lo debatido anteriormente no fue óbice para condenar a los imputados, pues ellos fueron condenados por el delito de fraude al Fisco que se encuentra en el Título V, Párrafo 6.

En el considerando cuadragésimo quinto se “extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una función pública y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz funcionario público”. De tal modo que puede afirmarse que

el artículo 260 envuelve a quienes desempeñen un cargo o una función pública, cualquiera sea el carácter del órgano para el que ejerzan estas funciones o la naturaleza jurídica del vínculo que los une al correspondiente servicio. En tal sentido se han pronunciado nuestros máximos tribunales respecto a los trabajadores de Codelco, Ferrocarriles del Estado, Banco del Estado, Servicio Agrícola y Ganadero, razonamiento extensivo también a las demás empresas creadas por ley.

El considerando séptimo se refiere a lo que debe entenderse por función pública asimilándolo a función del Estado, a saber: “enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un cargo público o que lo sirva a honorarios, o incluso “ad honores”, en la medida que el propio legislador ha restado toda importancia a este factor remuneratorio como antecedente para elaborar su concepto, en la disposición penal tantas veces citada”. Coincidente con lo anterior, el profesor Grisolia había afirmado con antelación que “se viene aceptando por función pública la diversa forma de manifestación pública de la actividad del Estado, o por mejor decir, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico finalista”. En el mismo sentido se ha desarrollado parte mayoritaria de la doctrina al respecto.

El fallo adhiere a un concepto funcional de empleado público al asimilar la función pública y la función del Estado, *“enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente”*.

Podemos entonces aseverar que tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, en forma mayoritaria, han consagrado una interpretación amplia de lo que debe entenderse por funcionario público, y esa ha sido la tesis sostenida por la Fiscalía.

2) Por otra parte, el fallo resulta muy relevante para nuestra especialidad, pues analiza, en relación a los principios que reglan la participación criminal, la situación de la **comunicabilidad** en los **delitos especiales impropios**, en este caso en el fraude al Fisco del art. 239 del Código Penal. Confirmando la tesis de que la calidad de funcionario público se comunica *“a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable”*, afirma además que la calidad de empleado público integra el correspondiente tipo penal y por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de esa calidad. Asumiendo, con matices, las tesis planteadas por Eduardo Novoa, Enrique Schepeler y Mario Garrido Montt, quienes abogan por la comunicabilidad de las calidades

personales integrantes del tipo, basándose en que un mismo hecho no puede ser jurídicamente calificado en forma distinta respecto de las diversas personas que intervienen en su ejecución. Cabe señalar que la misma tesis ha sido sostenida por la Corte Suprema respecto a los **delitos especiales propios**, al pronunciarse de esta misma manera en el caso CODELCO-Juan Pablo Dávila, pero respecto a un delito de negociación incompatible del art. 240 del Código Penal.

3) Por último, constatamos las bajas penas a que fueron condenados los autores del delito de fraude al Fisco y ello guarda directa relación con el nivel de las condenas, penalidad que no se condice con la gravedad, lesividad a las instituciones y el rechazo social que provocan.

Atendido que el tipo penal de fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal tiene establecida una pena copulativa, esto es, penas que deben ser impuestas conjuntamente (a saber, presidio menor en su grado medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del 10% al 50% del perjuicio causado), llama la atención que al confirmar la condena la Corte señale como accesoria la pena de inhabilitación absoluta. Ello, por cuanto ambas son penas principales y da cuenta de la confusión que existe sobre la penalidad de este delito, equivocación que debería ser corregida.

A modo de reflexión, no deja de llamar la atención que una investigación tan compleja y larga como la realizada por la Ministra Gloria Ana Chevesich haya sido revocada en aquella parte que condenó por falsificación de instrumento público y uso malicioso de instrumento público falso a dos de los condenados, de modo tal que ambos tipos penales no pudieron validarse ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y terminó en definitiva imponiéndose una condena por fraude al Fisco con una muy baja condena.

Finalmente, sólo cabe señalar que el fallo es coincidente con lo sostenido por la UNAC en relación al concepto amplio de empleado público para efectos penales y a la comunicabilidad, y permite reiterar nuestro reclamo por la baja penalidad asignada a los delitos de corrupción.

Sentencia:

Recurso 2321/2007 - Resolución: 12588 - Secretaría: UNICA

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Vistos:

En esta causa rol N°15.260-L-IV-2004 del Décimo Séptimo Juzgado

del Crimen de Santiago, se dictó con fecha ocho de junio de dos mil seis, sentencia definitiva de primer grado -la que rola en su Tomo III, de fojas 1.390 a fojas 1.580, ambas inclusive- por la Sra. Juez Gloria Ana Chevesich Ruiz, en calidad de Ministro en Visita Extraordinaria en el ya mencionado juzgado, por la cual se condenó a las siguientes personas: a) Carlos Enrique Cruz Lorenzen, ya indivi-

dualizado, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, como autor de los delitos de falsificación de instrumento público y fraude al Fisco de Chile, sin perjuicio de la unificación de penas que correspondiere, en el evento que se dicte sentencia condenatoria en las otras causas que se tramitan en conformidad a lo previsto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; b) a Sergio Alberto Cortés Castro, ya individualizado, a la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, multa equivalente al diez por ciento del perjuicio causado, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, como autor del delito de fraude al Fisco de Chile, sin perjuicio de la unificación de penas que correspondiere, en el evento que se dicte sentencia condenatoria en las otras causas que se tramitan en conformidad a lo previsto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; c) Raúl Alejandro Herrera Labarca, ya individualizado, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, como autor de los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y estafa al Fisco de Chile; y d) se absolvió a Carlos Patricio Aravena Salinas de la acusación formulada en su contra como autor del delito de falsificación de instrumento público. En el

mismo veredicto, se concedió a los condenados Cortés Castro y Herrera Labarca el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujetos a la discreta observación y asistencia por la autoridad administrativa durante el tiempo de la condena y cumplir los requisitos establecidos en la Ley N°18.216, con excepción del establecido en la letra d) de su artículo 5 y, en el caso de Cruz Lorenzen, el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometido a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el tiempo de la condena, además de cumplir los requisitos establecidos en la Ley N°18.216.

En cuanto a la acción civil deducida por el Fisco de Chile, se condenó a Carlos Enrique Cruz Lorenzen, Sergio Alberto Cortés Castro y a Raúl Alejandro Herrera Labarca a pagar la suma de \$39.000.000.-, más reajustes, según la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre el mes de diciembre de 1999 y la fecha del pago efectivo, e intereses corrientes desde que la sentencia quede ejecutoriada, con costas, rechazándose la demanda interpuesta en contra de Carlos Patricio Aravena Salinas.

Recurrida de casación en la forma y apelación por parte de la defensa del acusado Cruz a fojas 1589, y sólo de apelación respecto del sentenciado Cortés y el Fisco de Chile, según consta de fojas 1587 y 1601, respectivamente, y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judi-

cial de fojas 1.599, a cargo del Fiscal Sr. Carroza, quien fue partidario de confirmar y aprobar el respectivo fallo con determinadas rebajas de las penas impuestas, la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 30 de marzo de 2.007, rolante de fojas 1.707 a 1.775, luego de rechazar el recurso de casación en la forma interpuesto por una de las defensas, la reprodujo, con una serie de modificaciones, eliminando once de sus razonamientos, y tuvo además, presente, otros doce, para en definitiva decidir revocarla, en aquella parte que condenó a Cruz Lorenzen como autor del delito de falsificación de instrumento público y a Herrera Labarca en la misma calidad en el ilícito de uso malicioso de instrumento público falso, resolviendo en su lugar que ambos quedan absueltos de las acusaciones que por esos delitos les fueron formuladas, confirmando en lo demás apelado y aprobando en lo consultado el ya aludido fallo, con declaración que Herrera Labarca queda sentenciado, en calidad de co - autor del delito de fraude al Fisco, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, multa del diez por ciento del perjuicio causado, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena y al pago proporcional de las costas de la causa y se redujo la pena que por idéntico delito se impuso a Cruz Lorenzen y Cortés Castro, a sesenta días de prisión en su grado máximo, más la accesoria y multa que en el fallo de primer grado se les determinó, debiendo igualmente contribuir al pago proporcional de las costas, las

que se tienen por cumplidas con el mayor tiempo durante el cual permanecieron privados de libertad en este proceso y que les reconoce el veredicto del a quo, limitando a un año el período de observación y control ante Gendarmería de Chile, respecto de la remisión concedida al sentenciado Herrera Labarca.

En contra de la anterior sentencia recurrieron, en representación de los querellantes, los abogados don Cristián Letelier Aguilar y doña Glenis Sánchez Lillo y, por los sentenciados Herrera Labarca y Cruz Lorenzen, sus abogados señores Samuel Donoso Boassi y Alberto Coddou Claramunt, respectivamente, a fojas 1.776, 1.787 y 1.812, en sendos recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación a fojas 1.853.

Considerando:

1.- Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por los querellantes particulares. (fs. 1.776)

PRIMERO: Que este primer impugnante funda su libelo en las causales primera, cuarta y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al

condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena”; “en que la sentencia, calificando como lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado”; y “en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, respectivamente.

SEGUNDO: Que, en relación a las motivaciones cuarta y séptima del artículo anteriormente citado, éstas se dirigen en contra de la decisión del fallo de segundo grado que absuelve a los acusados Cruz y Herrera de los cargos de ser autores de los delitos de falsificación y uso malicioso de instrumento público falso, respectivamente.

TERCERO: Que, en tal sentido, reconoce que, aunque se califica y se da por probada la adulteración de un instrumento público y el uso malicioso del mismo, la consecuente absolución no se aviene con lo establecido en el proceso. Agrega que, en su razonamiento noveno, el fallo atacado sostuvo correctamente que se procedió a adulterar una resolución de la Dirección General de Obras Públicas, por la que se adjudicó a la Sociedad Gesys Limitada una consultoría en materia comunicacional, mediante la erradicación de la fecha y posterior sustitución por la data que se tiene a la vista, y, dada la urgencia en el pago de la suma pactada, ascendente a \$39.000.000.- (treinta y nueve millones de pesos), un funcio-

nario, cumpliendo instrucciones de un superior jerárquico, procedió a la adulteración y luego a falsear las anotaciones que se registran en el libro de la oficina de partes de la Dirección de Obras Públicas del año 1.999. De esa forma, la resolución adjudicatoria quedó con fecha 15 de noviembre, lo que motivó que la representante de la consultora emitiera una factura con fecha 14 de diciembre del mismo año, por la suma ya señalada, presentándola a cobro, no obstante que la asesoría nunca se realizó efectivamente.

CUARTO: Que a la fecha, continúa el recurso -Cruz era Coordinador General de Concesiones y tuvo cabal conocimiento de todo lo obrado ilícitamente, dando instrucciones que se dictara una resolución adjudicando a Gesys Ltda. la asesoría en cuestión, lo que motivó el pago ilícito a su representante Herrera Labarca, de tal forma que sus respectivas participaciones en calidad de autores en el delito, está más que clara, de conformidad al artículo 15 N°1 del Código Penal, en términos que la Corte de Apelaciones no pudo absolver a los dos acusados como si sus acciones fueran lícitas, pues tanto el cuerpo del delito, como sus intervenciones, están probadas en el juicio, y no se trata sólo de indicios de culpabilidad -como erróneamente sostiene el fallo- que no alcanzarían a producir convicción condenatoria.

QUINTO.- Que, en lo que hace a la causal basada en el ordinal 1° del artículo 546 es suficiente, para desestimarla, con señalar que el recurso sólo observa que “está clara su par-

tipación y responsabilidad en tales delitos (de falsificación de instrumento público y uso malicioso del mismo), más no aporta elemento o antecedente de ninguna especie para demostrar el error de derecho en que habrían incurrido los sentenciadores al expresar que únicamente hay indicios de culpabilidad, insuficientes para producir convicción sobre la participación punible de ambos imputados en los respectivos ilícitos, que sí se tuvieron por configurados”.

SEXTO.- Que en seguida, pero dissociada de la anterior causal sustantiva, se razona sobre la violación de las leyes reguladoras de la prueba, cuya infracción habría influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, cual es el vicio contemplado en el numeral 7° del artículo 546, citado. Sin embargo, el discurso no se centra en los medios de prueba en particular, para demostrar cómo los hechos quedaron establecidos contra la forma en que deben ser legalmente apreciados, sino que simplemente refiere la disposición del artículo 488 del Código de Instrucción Criminal, pero sin especificar cómo fue violentado.

Manifiesta, además, que el encausado Herrera Labarca habría incurrido en el delito de falsificación ideológica, sancionado en el artículo 193, N°4° del Código punitivo, “al presentar como verdadera una oferta que no es verdadera oferta”, pero no asocia este ilícito a la transgresión de ningún canon probatorio o a cualesquiera otra causal de nulidad de fondo, lo que priva a esta alegación de sustento

técnico como motivo de invalidación del fallo que se cuestiona.

Aduce, por último, que Cruz Lorenzen tuvo participación en calidad de autor del delito de falsificación de instrumento público y que existirían presunciones judiciales al efecto, que cumplirían los requisitos del artículo 488 del Código pertinente, pero no desarrolla este aserto relacionándolo con cada una de las exigencias que el legislador prevé para que esa prueba sea completa, ejercicio a todas luces insuficiente para tener por establecida la contravención de esa categoría probatoria, como lo ha expresado esta misma Corte en múltiples pronunciamientos.

SÉPTIMO: Que, en lo que respecta a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, insiste el fallo en que no se cuenta con prueba legal suficiente e idónea que justifique una condena de los acusados como autores de los hechos punibles antes relacionados, por no existir indicios que permitan suponer que hayan empleado efectivamente, como tal, la resolución adjudicatoria falsificada, ni que se hubiere hecho uso de ella a sabiendas de que había sido adulterada. Específicamente en relación al uso, manifiesta el recurso que existen presunciones graves, precisas y concordantes para estimar que Herrera Labarca cometió ese delito, dado que presentó la oferta por los treinta y nueve millones de pesos, con la absoluta convicción de que no iba a prestar el servicio que se le requería, lo que sirvió de antecedente para emitir a nombre de la sociedad la resolución investigada en autos. Estima que, por

el contrario, no se han desvirtuado las exigencias establecidas en los numerales 1° a 5° del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal que cita en forma genérica - en torno al mérito probatorio de las presunciones derivadas de hechos conocidos o manifestados en el proceso en cuanto a la perpetración de los delitos.

OCTAVO: Que, en lo tocante al uso malicioso, éste concurriría en la medida que la oferta presentada por Herrera es precisamente el antecedente de la resolución falsa, configurándose así su participación como autor de falsificación ideológica, de conformidad al artículo 193 N°4 del Código Penal, desde que existe falsedad al alterar la verdad contenida en un documento dotado de significación jurídica, presentándose como verdadera una oferta que no lo es. En cuanto al delito de falsificación de instrumento público cometido por Cruz Lorenzen, existen en autos un cúmulo de antecedentes -que el recurso no especifica- configurantes de presunciones judiciales, por fundarse en hechos reales y probados, siendo múltiples y graves, precisas, directas y concordantes con otras, confluyentes todas en la misma dirección, en el sentido que Carlos Cruz tuvo participación en calidad de autor en el delito de falsificación de instrumento público, lo que sus declaraciones de fojas 114 vuelta no vienen sino a ratificar, pese a que el fallo de alzada no les atribuye ese alcance.

NOVENO: Que, en una segunda parte del recurso, los querellantes dirigen, además, su reproche respecto de la sentencia de segundo grado,

fundados en la causal primera del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en relación a aquella parte del fallo que redujo las penas a los enjuiciados Herrera, Cortés y Cruz, atribuyendo una calificación errada a la participación del primero en el delito de fraude al fisco, en tanto que respecto de los dos últimos, estima errónea la aplicación de la media prescripción, establecida en el artículo 103 del Código Penal, con lo que se redujeron considerablemente sus penas, citando al respecto el razonamiento octavo del fallo en análisis.

Sostiene que para la tipificación de la figura penal de fraude al Fisco, del artículo 239 del texto penal, no basta que el empleado público, usando cualquier artificio, haya defraudado o consentido que se defraudara al Estado, sino que es menester que lo haya efectuado con motivo de su actuación oficial en alguna operación en la que haya intervenido por razón de su cargo, siendo indudable que los empleados públicos, partícipes en los hechos, actuaron en ejercicio de su cargo, de modo que el sujeto activo del delito es calificado, por revestir el carácter de empleado público, en los términos del artículo 260 del Código Penal. Pero, si hay participación en el ilícito de otros sujetos, como es el caso, esos particulares estarán cometiendo el de estafa, porque son sujetos activos indiferentes, que con su actuar doloso satisfacen el tipo penal de la estafa, como ocurre con Herrera Labarca, quien no puede ser condenado como autor de fraude al Fisco.

DÉCIMO: Que, el otro error continúa el recurso - es en relación al ar-

título 103 del código criminal, pues de la sentencia atacada se colige que la Corte cuenta la suspensión de la prescripción penal desde la fecha del auto de procesamiento, lo que se aparta del verdadero sentido y alcance del artículo 96 del mismo texto, desde que la propia Corte Suprema ha sentado jurisprudencia acerca del momento inicial de aquélla, la que opera desde que se inicia el procedimiento penal, por cualquiera de las formas señaladas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

DÉCIMO PRIMERO: Que, finalmente, sostiene la recurrente que los errores de derecho mencionados, han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que de no haber existido tales yerros, los sentenciadores de segundo grado habrían llegado a la misma conclusión que la sentencia de primera instancia, que sancionó a los tres acusados como autores de los delitos de falsificación de instrumento público falso, uso malicioso del mismo, estafa y fraude al Fisco, debiendo mantener las penas impuestas en el fallo del a quo. Solicita, en tal virtud, que se acoja el presente reclamo, anulando la sentencia de segundo grado, y dictando una de reemplazo por la que se resuelva condenar a los tres acusados, por las participaciones, delitos, y sanciones señalados en el pronunciamiento de primer grado.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en relación a aquella parte del recurso reseñada en la consideración séptima precedente, consistente en estimar errónea la condena del particular Raúl Herrera Labarca en calidad de

autor del delito de fraude al Fisco, en circunstancias que debió ser condenado como autor de uno de estafa, cabe expresar que esta Corte Suprema ha apuntado, en forma reiterada que la única forma de modificar los hechos establecidos por los sentenciadores del fondo, y permitir, en consecuencia, entrar a estudiar una eventual procedencia de la o las demás causales invocadas, es mediante la invocación adicional de aquélla del numeral séptimo del artículo 546, para los casos en que en el establecimiento de los hechos, por los jueces del fondo se haya vulnerado las leyes reguladoras de la prueba, y ello hubiere influido de manera sustancial en lo dispositivo del fallo.

Sin embargo, dado que en el caso planteado lo que se cuestiona es la calificación jurídica que de los hechos hicieron los falladores de segundo grado, no se hace necesario examinar la procedencia o improcedencia de la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, alegada por estos recurrentes.

DÉCIMO TERCERO: Que el tema en cuestión se encuentra directamente vinculado con los principios que reglan la participación criminal, por medio de los cuales se busca determinar el título de imputación de los partícipes (inductores, cómplices y encubridores) en el delito del autor. En general, la doctrina reconoce la importancia de cuatro, denominados como accesoriedad, exterioridad, convergencia; y el que aquí interesa, el de la “comunicabilidad”, referido a aquellos tipos penales que requieren la intervención de un sujeto activo

especial, como ocurre en el fraude al Fisco, respecto de la calidad de funcionario público de su autor.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación un distingo, que ha originado un interesante debate en la dogmática nacional, entre los llamados delitos especiales propios y los impropios. Pertenecen a la primera categoría aquéllos en que las circunstancias personales concurrentes se comportan como fundantes del injusto, en forma tal que no existe un delito común al cual reconducir los hechos si esa cualificación no se presenta, como sucede en el incesto o en la prevaricación, figuras ambas en que, suprimida mentalmente la cualificación, desaparece el ilícito, a cualquier título. Tratándose, en cambio, de un delito especial impropio, la calidad personal sólo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación: es lo que sucede con la malversación de caudales públicos o con el fraude al fisco, aquí investigado, porque, separada hipotéticamente la condición personal de funcionario público del interviniente, el ilícito sigue existiendo, aunque sea a otro título (v. gr., como una apropiación indebida, del artículo 470, Nº1º, o estafa, del artículo 468, ambos del Código Penal).

Pues bien, en doctrina no hay consenso acerca del papel que las circunstancias personales o subjetivas deben jugar en el ámbito de la comunicabilidad. Así, NOVOA (Eduardo Novoa M., “Curso de Derecho Penal”, T. II, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Stgo., 1.996, págs. 239 y siguientes),

SCHEPELER (Enrique Schepeler, “Comunicabilidad y parricidio”, en Revista de Ciencias Penales, T. 13, 1.953, págs. 49 y ss.) y, si bien con matices, GARRIDO, quien sostiene la comunicabilidad de las circunstancias personales, a partir del dolo del coautor, pero sólo respecto de las atenuantes y agravantes no incluidas en la descripción típica y conocidas por éste (Mario Garrido Montt, “Derecho Penal”, EJCH., Stgo., T. II, pág. 332), abogan por la comunicabilidad de las calidades personales integrantes del tipo, basándose en que un mismo hecho no puede ser jurídicamente calificado en forma distinta respecto de las diversas personas que intervienen en su ejecución.

A contrario, defienden la tesis de in-comunicabilidad de las circunstancias personales, en los delitos especiales impropios, ETCHEBERRY (Alfredo Etcheberry O., “Derecho Penal”, Parte General, T. II, 1.997, EJCH., Stgo., págs. 83 a 85) y CURY, quien abandona más tarde esta posición, como luego se verá (Enrique Cury U., “Derecho Penal”, Parte General, EJCH., T. II, Stgo., págs. 232 a 233).

DÉCIMO CUARTO.- Que, a criterio de esta Corte Suprema, la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al fisco, castigado en el artículo 239 del Código Punitivo, se comunican a los autores en que concurren, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. Así, por lo demás, lo ha resuelto este Tribunal Superior en sentencias Rol Nº5419-03

de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis y la de fecha treinta de julio de mil novecientos sesenta y nueve, publicada en la R.D.J. LXVI, 4-170.

Clave en esta reflexión resulta ser la determinación de si el tipo delictivo conserva o no su carácter de tal en el supuesto de eliminarse hipotéticamente la circunstancia personal de ser empleado público uno de los copartícipes, evento en el cual deberá concluirse que aquélla integra el correspondiente tipo y, por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella.

Tal es, precisamente, la hipótesis de la especie, por existir suficiente evidencia, en el proceso, del conocimiento que Herrera Labarca tenía de la relación estatutaria que vinculaba a sus co-autores con la Administración del Estado, presupuesto de comunicabilidad que debe, por ende, considerarse concurrente.

DÉCIMO QUINTO.- Que las cavilaciones que anteceden son suficientes para arribar a la deducción que el sentenciador de segunda instancia dio una correcta interpretación al artículo 239 del Código Penal al estimar que la actuación punible del procesado Herrera Labarca es constitutiva del ilícito allí sancionado, por comunicación de las circunstancias personales concurrentes en sus copartícipes empleados públicos, que le hacen extensivo similar tipo y la consiguiente penalidad.

En consecuencia, no ha incurrido esa sentencia en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artícu-

lo 546 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con la referida disposición sustantiva.

DÉCIMO SEXTO.- Que, siempre dentro de la causal del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, entiende el impugnante que el sentenciador de segunda instancia cometió también error de derecho al fijar la naturaleza y grado de la pena, al beneficiar a todos los procesados con la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal.

El vicio se habría producido al computarse la prescripción de la acción penal desde la fecha del auto de procesamiento y no desde que el procedimiento se dirigió contra él, por cualquiera de las formas señaladas en el artículo 81 del señalado cuerpo procesal, interpretación que se apartaría del verdadero sentido y alcance del artículo 96 del Código Penal, acorde jurisprudencia -que no refiere en cuanto a su fuente- de esta misma Corte.

Pero sucede que la explicación de base aducida no se conforma con lo que efectivamente discurrió el veredicto en tela de juicio, en su meditación décimocuarta, donde apunta que procede acoger la denominada media prescripción -porque si bien a la fecha en que se dirigió la investigación en su contra -de Cruz Lorenzen- por la comisión del delito de fraude al Fisco investigador en estos autos y por el cual se le sometió a proceso el 22 de abril de 2.004, se encontraba todavía vigente la acción penal derivada del ilícito, lo cierto es que había transcurrido más de la mi-

tad del tiempo que la ley exige para la prescripción que empezó a correr en la fecha en que se cometió, noviembre de 1.999, sin que conste de autos que durante ese lapso se hubiere ausentado del país ni cometido nuevo delito-. Luego, no dice ese pasaje que el tiempo correspondiente se haya computado desde la época del auto de procesamiento -como pretende el detractor- sino sostiene que entre la data de comisión del ilícito y la fecha en que “se dirigió la investigación en su contra”, había transcurrido el lapso requerido para la procedencia del beneficio de que se trata, consignándose el antecedente sobre la fecha del sometimiento a proceso como meramente ilustrativo.

Como fuere, ningún antecedente se ofrece en torno al momento en que se habría iniciado el procedimiento contra el o los imputados, omisión inexcusable en un recurso de derecho estricto como el que nos ocupa, pues impide a este Tribunal de Casación ponderar siquiera el fundamento del eventual vicio, con independencia del planteamiento de fondo, el que, consiguientemente, no se analizará en cuanto al fondo, desestimándose la causal.

2.- Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del acusado Herrera Labarca. (fs. 1.787)

DÉCIMO SÉPTIMO: Que este segundo impugnante funda su recurso en las causales tercera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “en que la

sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considere como tal” y “en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, pues a consecuencia de lo último se estableció erróneamente que Herrera Labarca era autor de un hecho calificado como fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable, lo que implicó infringir los artículos 10, y 239 del Código Penal; 459, 464, 478, 479 y 488 y 456 bis, todos del Código de Procedimiento Penal, 340 del Código Procesal Penal y 19, inciso 1º y 20 del Código Civil.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en relación a la forma en que se produjo la violación de ley, ésta acació al no otorgarse a los testimonios y documentos a que se refiere el libelo la valoración conforme a los criterios que establecen las ya citadas normas del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación incorrecta condujo a establecer, como un hecho de la causa, la inexistencia de deuda por parte de la Coordinación General de Concesiones (en adelante CGC) para con la empresa Gesys a Diciembre de 1.999, deuda real y efectiva que, de haberse tenido por acreditada, conforme a la evidencia rendida, impediría tener por configurado en autos el delito de fraude al Fisco, desde que uno de los elementos centrales de ese tipo penal es el perjuicio, no concurrente si con el pago de \$39.000.000 se solucionaba una obligación preexistente de la CGC con Gesys.

Tal criterio -continúa- es el que sostiene y justifica el voto de minoría contenido en la sentencia de segunda instancia, redactado por el Ministro Sr. Carlos Cerda, el que arriba a tal conclusión sobre la base de un acucioso y detallado examen de la prueba que obra en el proceso, que refiere pormenorizadamente, concluyendo que aquélla, de haber sido apreciada conforme a las reglas que fija el Código de Procedimiento Penal, debía llevar a la conclusión de que no es posible sostener, con plena convicción y más allá de una duda razonable, que no haya existido la deuda con Gesys, pagada a través de la resolución N°3.246, “por todo lo cual no es posible -en palabras del Ministro disidente- sostener, categórica e indubitadamente, la inexistencia de deuda a por esa suma, de lo que se sigue la falta de sustento de la premisa que descarta que la Resolución N°3.246 haya perseguido asumirla. Puede que no. Pero más puede que sí y la duda impide el reproche”.

DÉCIMO NOVENO: Que los hechos que la correcta apreciación de la prueba habría permitido tener por acreditados y que son los que permiten arribar al estándar de duda que obliga a absolver, son aquellos que la disidencia consigna en sus literales A) a la L) inclusive, deteniéndose en el análisis particular del mérito probatorio de las declaraciones de Sergio Cortés Castro, ya que, como lo recuerda el voto de minoría, dicho elemento de juicio es el que mayor incidencia ha tenido en el veredicto de condena que nos ocupa.

En este sentido, los hechos que la correcta apreciación de la prueba habría permitido tener por acreditados son, según el voto de minoría del Ministro Sr. Cerda, que el recurso de casación transcribe, los siguientes:

- “A) Los años 1.996 y 1997 comenzó a operar un profundo cambio en la estructura, organización y funcionalidad de la sección del MOP que se ocupaba del expectante régimen de concesiones de obras públicas en el país.
- B) En buena medida los estudios para ello necesarios provinieron de especialistas mejicanos que operaban a través de la empresa G y T, sita en esa nación extranjera.
- C) G y T actuaba en Chile por intermedio de GESYS Ltda. siendo cabeza visible de la primera Antonio Medina Mora Icaza y de la segunda Raúl Herrera Labarca.
- D) Una de las adecuaciones fundamentales concernió a la modalidad de las comunicaciones entre los partícipes que en número creciente iban incorporándose a las novedades del trabajo, que basada como estaba en el correo electrónico clásico, derivaron en el uso generalizado, incluso más allá de la CGC., de los softwares On Track y Lotus Notes, de mutuo requerimiento entre sí.
- E) Uno de los primeros contratos de asesoría celebrados entre la CGC y GESYS comprendió el valor de la licencia para 30 usuarios del software On Track, la que cubría

- su uso, su mantención y su actualización por un año, desde el 1° de octubre de 1.997 hasta el 30 de septiembre de 1.998, y sólo para 30 usuarios.
- F) El 30 de junio de 1.998 la licencia se extendió a 220 usuarios, siempre por un año, es decir hasta el 30 de junio de 1.999.
- G) No existe evidencia de ninguna clase en orden a que la CGC, el MOP o el Fisco de Chile hayan pagado a GESYS/GyT la masiva utilización de los mencionados software desde marzo de 1.999 en adelante, pues el último pago conocido abarcó 150 licencias hasta el 30 de septiembre de 1.998 y 100 licencias hasta el 23 de marzo de 1.999.
- H) De las quince consultorías adjudicadas a GESYS, desarrolló al menos las nueve últimas sin que el Estado de Chile le cubriera y solucionara el costo del empleo del On Track y el Lotus Notes, si se considera que la sexta en orden cronológico -Resolución N°1.355- es de 11 de noviembre de 1.999 (sin contar con que a partir de la contratada por Resolución N°1.637, de 25 de junio de 1.998, no alcanzaba a abarcar el período de la licencia legítimamente obtenida).
- I) GESYS/GyT procedió reiteradamente a cobrar esos derechos, obteniendo soluciones parciales que llevaron a que desde 1.999 hubiera una deuda de arrastre por los conceptos anotados, sin que conste que la situación haya sido solucionada.
- J) A fines de diciembre de 1.999 el monto de esa deuda pudo ser de \$50.000.000.-, según un dato, o entre US\$40.000 y US\$100.000, según otros.
- K) Atendida la naturaleza de la asesoría que a la CGC prestaba GESYS, al encararse la materia específica abarcada por un contrato, en el camino surgían otras cuyo estudio se revelaba indispensable e impostergable, estudios y consecuentes actividades éstas que generaban gastos no considerados en el contrato en desarrollo y que impelían el surgimiento de otro que, con el nombre del área temática adicionalmente emanada, venía a financiar los egresos no previstos en que la consultoría había debido incurrir para el éxito de su gestión y para no interferir la dinámica de un veloz proceso de adecuación administrativa que terminó dotando al gobierno central de un novedoso régimen concesional.
- Esto hizo que ulteriores contratos sirvieran para pagar a GESYS -y a otras empresas- los gastos que la CGC le adeudaba por la razón recién explicada.
- L) A diciembre de 1.999 la CGC adeudaba a GESYS/GyT, al menos, los derechos correspondientes al uso generalizado de los software On Track y Lotus Notes desde el 23 de marzo de ese año, con su mantención y ac-

tualización, por sumas superiores a los \$39.000.000”.

Al efecto, limitase el recurso a reproducir el razonamiento que al disidente merecen una serie de antecedentes que, en su percepción, privarían de eficacia probatoria a las declaraciones de Sergio Cortés Castro, concluyendo que el análisis de todos estos elementos contribuiría a descartar definitivamente el testimonio de aquél como un elemento de juicio suficiente para justificar la inexistencia de deuda de la CGC con Gesys, a Diciembre de 1.999.

VIGÉSIMO: Que -siguiendo siempre textualmente la argumentación del voto disidente- enfatiza el recurso que tanto la sentencia de primera instancia como la de segundo grado insisten en el pago que la empresa R y Q habría efectuado a Gesys, antecedente a partir del cual se da por sentada la inexistencia de la deuda de la CGC para con Gesys.

Destaca, en este sentido que, acorde al pronunciamiento minoritario del fallo recurrido, la disparidad de antecedentes probatorios al efecto no permite tener por acreditado que RyQ haya pagado efectivamente a Gesys \$10.230.000 de lo que le adeudaba la CGC, corolario que extrae de las cavilaciones formuladas en el correspondiente voto, bajo los literales A) a la L), en fojas 1.721 y siguientes.

Por último, existen antecedentes probatorios, que cita el voto de minoría, que permiten tener por acreditadas prácticas poco ortodoxas desde el punto de vista administrativo que

fueron generalizadas en la época que ocurren los hechos, contexto que se une a los antecedentes anteriores para sentar la duda razonable en orden a la inexistencia de la deuda de la CGC con Gesys.

Colige, por último, siempre reproduciendo literalmente extensos pasajes del voto divergente, que no concluir sobre la base de los antecedentes probatorios que allí se transcriben, en un detallado y pormenorizado análisis, en el sentido de existir un margen de duda mucho mayor que el que razonablemente admite la actuación jurisdiccional sobre la inexistencia de la deuda que la CGC tenía para con Gesys, lleva a su vez a descartar el elemento perjuicio y con ello a no tener por acreditado el delito investigado, lo que implica que la sentencia incurre en vulneración de las leyes reguladoras de la prueba.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que la sentencia condenatoria -prosigue el recurso- se funda en criterios que violentan las siguientes disposiciones del Código de Procedimiento Penal:

a) El artículo 459 del texto adjetivo criminal, ya que “en autos existen las declaraciones de más de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, y no contradicha por otro u otros igualmente hábiles, respecto de hechos que son suficientes para sentar la existencia de hechos o antecedentes que permiten configurar un estándar de duda razonable en orden a la inexistencia de la deuda que la CGC mantenía con Gesys a Diciembre de 1999, y

que fue la que se pagó mediante la resolución cuestionada”;

b) El artículo 464 del Código ya citado, pues “se da el caso de testimonios que no reuniendo los requisitos del artículo 459, constituyen presunciones judiciales en orden a lo mismo, a establecer un margen de duda más que razonable respecto a la inexistencia de la referida deuda. Al efecto existen en autos las declaraciones que cita el voto de minoría, transcrito en el N°3 del recurso, letras b), h), i), j), t), v), w), y x), en el N°9 letras A), B), C), y D), y en el N°10 letras a) a la aa); y dd) a la hh), todas las cuales, valoradas adecuadamente conforme a estas disposiciones, debieron llevar a los sentenciadores de mayoría a considerar acreditados hechos suficientes para tener por sentado un margen de duda más que razonable respecto a tener por acreditado como hecho de la causa la inexistencia de la deuda, y que en consecuencia no se encontraba legalmente acreditado en el proceso la existencia del perjuicio necesario para configurar el delito de fraude al fisco”;

c) “Los art. 478 del CdPP (sic), ya que tampoco se da a los documentos agregados a la causa, reconocidos por quienes los hicieron o firmaron, la fuerza probatoria que les corresponde, equivalente a la declaración de testigos, en circunstancias que de habérseles dado dicho valor probatorio debió llevar al juzgador a concluir que unidos a las demás probanzas configuraban una duda razonable en cuanto a la inexistencia de la deuda, lo que implicaba abstenerse del reproche penal”, y

d) “También se infringe el artículo 479, al no otorgarse valor a los documentos agregados con o sin consentimiento de sus autores o dueños”, de los que cita particularmente los aludidos en el cardinal 3 del propio escrito de casación, designados con las letras a), c), d), e), f), g), k), i), m), n), ñ), o), p), q), r), s), y), y z); así como en el N°10 del mismo documento, letras bb), cc), dd) e ii).

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, finalmente, se transgredió -en opinión de la recurrente- el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, por existir presunciones judiciales que pueden constituir prueba completa de un hecho, toda vez que se fundan en los cinco numerales del artículo -que cita- configurando un margen de duda razonable en cuanto a la inexistencia de la deuda que CGC mantenía con Gesys a diciembre de 1.999.

Más adelante apunta que la ley autoriza para dar por probado un hecho, mediante prueba testimonial y de presunciones, cuando se dan determinados presupuestos fácticos y jurídicos, como en la especie, “lo cual permite tener por acreditado un estándar suficiente de duda razonable respecto de la inexistencia de la deuda en comentario”, de modo que “no darle tal valoración a un conjunto tan contundente de elementos implica violar las disposiciones procesales que regulan la prueba”.

Haciéndose cargo de la prueba consistente en las declaraciones de Sergio Cortés Castro, remarca que ésta no cumple con ninguno de los requi-

sitos del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, para ser considerada plena prueba del hecho de no existir la deuda, atendido que:

a) se trata de una declaración solitaria, en circunstancias que la norma en cuestión exige que sean dos los testimonios;

b) se trata de una persona que declaró exhortada a decir verdad, como inculgado principal de la causa, mientras que el artículo 459 exige que lo haya hecho bajo juramento;

c) se trata, por último, de declaraciones contradichas y contradictorias, como lo demuestra el detallado análisis que efectúa el voto de minoría del Ministro señor Carlos Cerda, reproducido en lo pertinente.

Agrega que, conforme jurisprudencia que no desarrolla, relativa al artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, para dar por establecido un hecho se requiere como mínimo de dos testigos, pero en este caso ni siquiera hay uno, pues Cortés Castro no es testigo. De ahí la violación de las leyes reguladoras de la prueba. Y no es testigo pues no declara bajo juramento. Tampoco puede ser tomado como base de una presunción, de acuerdo al artículo 464, ya que, el requisito del juramento rige “siempre”, según el artículo 459.

En conclusión, en el caso de Cortés Castro, el hecho que sirve de base a la presunción es uno solo, de modo que al dar por establecida la inexistencia de la deuda en base a este elemento probatorio, se ha hecho con violación al artículo 488 del Código de Proce-

dimiento Penal, que señala que las presunciones deben ser múltiples, lo que la jurisprudencia ha resuelto es ley reguladora de la prueba, anulable por la vía de la casación interpuesta.

VIGÉSIMO TERCERO.- Que, finalmente, se denuncia la infracción del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que establece como un elemento imprescindible para condenar a una persona que, “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”.

Reitera que, de acuerdo a los medios de prueba legal que contempla nuestro régimen de enjuiciamiento, no puede sostenerse que su defendido haya cometido el delito de fraude al fisco, por no constituir un hecho de la causa la inexistencia de la deuda que la CGC tenía con Gesys, lo cual obsta a la configuración del elemento central de este tipo penal.

Añade que, encontrándose vigente en todo el país la denominada Reforma Procesal Penal, el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal debe ser interpretado en concordancia con el artículo 340 del Código Procesal Penal, conforme al cual “nadie puede 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”, y resulta que respecto del delito de fraude al Fisco, existen en la causa antecedentes probatorios suficientes, que de haber sido valorados de acuerdo a los que establecen las leyes reguladoras de la prueba, debieron llevar al tribunal a tener por acreditado un margen de duda más que razonable respecto a la inexistencia de la deuda que la CGC mantenía, a la fecha de la resolución N°3.246, con GYT a través de Gesys, por lo cual resulta que no es posible para el tribunal adquirir la convicción que exige el artículo 456 bis, como tampoco es posible formar la convicción más allá de una duda razonable que exige el 340 del segundo texto citado. En tal escenario, el margen de duda razonable ha debido conducir a la absolución de su representado.

VIGÉSIMO CUARTO.- Que, adicionalmente, se infringen diversas normas sustantivas, como el artículo 10 del Código Penal, al calificar erróneamente como delito un hecho que, en base a las disposiciones reguladoras de la prueba, no puede ser calificado de tal y el artículo 239 del Código Penal, que tipifica el delito de fraude al fisco, ya que por una errónea aplicación de las leyes reguladoras de la prueba se entiende que los hechos investigados se enmarcan en dicho tipo penal.

Por último, se transgrede en la decisión recurrida los arts. 19, inciso 1º y 20 del Código Civil, radicando esta vez el error en que el sentido de las disposiciones vulneradas -artículos

10 y 239 del Código Penal; 459, 464, 478, 479 y 488 y 456 bis, todos del Código de Procedimiento Penal, y 340 del Código Procesal Penal- es claro en el sentido de cuál es la valoración que las leyes reguladoras de la prueba dan a los medios probatorios producidos en la causa y sobre qué debe entenderse como tipo penal del delito de fraude al Fisco, de modo tal que, en base a los antecedentes probatorios del proceso, sobre la duda más que razonable respecto a inexistencia de la deuda que la CGC tenía para con Gesys a Diciembre de 1.999, se produjo una violación de las leyes reguladoras de la prueba, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, estableciéndose erróneamente que don Raúl Herrera Labarca es autor de un hecho calificado como delito de fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable.

VIGÉSIMO QUINTO.- Que, si el fallo no hubiese violado las leyes reguladoras de la prueba, no habría dado por establecida la inexistencia de la deuda que la CGC tenía con la empresa Gesys, y debió tener por sentado un estándar razonable de duda en torno a la existencia de dicha deuda, y existiendo un grado de duda -mucho mayor que el tolerable por la razonabilidad exigible al juicio jurisdiccional- se debió absolver al ocurrente.

Pide, en consecuencia, que se acoja el presente recurso, se anule la sentencia recurrida, dictando, acto seguido, separadamente y sin nueva vista, la correspondiente sentencia de reemplazo, que deberá absolver a don

Raúl Herrera Labarca, acogiendo la defensa opuesta en el escrito de contestación de la acusación.

VIGÉSIMO SEXTO.- Que la infracción a las leyes reguladoras de la prueba denunciada se habría producido al tener por establecido el fallo en casación la inexistencia de una deuda preexistente de la Coordinación General de Concesiones para con la empresa Gesys, omisión que traería como consecuencia la concurrencia adicional del artículo 546, N°3° del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, desaparecido el perjuicio, que es elemento consustancial del fraude imputado, la conducta correspondiente dejaría de ser penalmente reprochable.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que, en orden a la primera de las normas de ponderación de la prueba que se dice vulneradas -la del artículo 459 del Código de Instrucción Criminal- es del caso recordar que, contrariamente a lo argumentado por el recurso, no es la declaración de Cortés Castro el único ni siquiera el más importante de los referentes apreciados por el sentenciador para tener por acreditado el hecho punible, para ratificar lo cual es suficiente remitirse a los razonamientos vertidos en las reflexiones 18ª, 19ª, 20ª y 35ª del veredicto de primera instancia, categóricos respecto de las evidencias que desmienten la aseveración de Herrera Labarca concernientes a la eventual deuda de la Coordinación General para con Gesys.

Se recalca, en la última de esas consideraciones, que las declaraciones

prestadas por los testigos Guerrero Sepúlveda, Salinas Rojas y Torres González -además de Cortés Castro- todos presentados por la defensa del condenado Herrera Labarca, no sirven para el indicado propósito, ponderándolas con lo que sobre el punto declaran el propio Torres González, a fojas 793 y siguientes, así como Marcia de Lourdes Román Morales, a fojas 800 y siguientes; Oscar Montealegre Iturra, a fojas 806 y siguientes, además del mérito de los documentos a que ellos aluden en sus respectivos testimonios, agregados al proceso y mencionados en el fundamento 2° de la resolución recurrida.

En este contexto, carece de toda relevancia que el “testigo” Cortés Castro no haya declarado bajo juramento, incumpliendo así uno de los requisitos que, para asignar valor de En este contexto, carece de toda relevancia que el “testigo” Cortés Castro no haya declarado bajo juramento, incumpliendo así uno de los requisitos que, para asignar valor de plena prueba a la declaración de dos testigos hábiles y contestes, plantea el artículo 459 del Código procesal pertinente. Y es así porque la deposición de ese declarante, aunque prestada sin previo juramento -por ser, además, inculgado en la causa- puede constituirse en presunción judicial, al tenor del artículo 464 del Código citado, sin perjuicio que, reuniendo el resto de los testigos las condiciones exigidas en el artículo 459, sus declaraciones, que armonizan con los documentos antes aludidos, sí representan demostración suficiente de que la presunta deuda, que restaría tipicidad al

comportamiento del recurrente, no existió realmente.

Este razonamiento resulta entonces suficiente para excluir la procedencia del vicio invocado, en cuanto estima vulnerados tanto el artículo 459 cuanto el artículo 464 del cuerpo procesal que interesa.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Que, en lo que concierne a los artículos 478 y 479 del Código procesal pertinente, ambos relacionados con la prueba instrumental, y que también el recurso aprecia como quebrantados, cabe anticipar que el último de ellos se refiere a los instrumentos que existen en poder de terceros, que se ordena agregar al proceso con o sin el consentimiento de sus autores o dueños, en cuanto sean conducentes a la comprobación del delito o de sus perpetradores, pero nada dice acerca de su eficacia probatoria, lo que obsta a conferirle el carácter de norma regulatoria de la prueba y obliga, por ende, a desestimar su eventual infracción como motivo de nulidad.

En lo que atañe al artículo 478, baste consignar que no se indica en el escrito de casación la forma específica en que los escritos privados reconocidos por el que los hizo o firmó, que se detallan por remisión al voto disidente del Ministro señor Cerda, sistemáticamente citado en el recurso, pudieron conducir, apreciados como declaración de testigos -que es el valor que la disposición les otorga cuando no emanan del procesado- a una conclusión diversa de aquella a que arribaron los jueces del fondo,

aun justipreciados en su contexto con otras pruebas concurrentes.

Tal razonamiento conducirá a excluir igualmente la infracción de la anotada regla.

VIGÉSIMO NOVENO.- Que el artículo 456 bis de la misma recopilación procesal en análisis contiene “una base general y superior a toda demostración jurídica (en el sentido) que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar”, como reza el Mensaje del Código. En el parecer del recurrente, el mandato allí consagrado habría sido sobrepasado por el sentenciador, por existir en autos antecedentes suficientes como para producir en él una duda “más que razonable” acerca de la preexistencia de una deuda de la Coordinadora General de Concesiones para con la empresa Gesys, que la resolución adjudicatoria del contrato en que incide la consultoría no realizada se habría limitado a reconocer, al disponer el pago de lo anteriormente adeudado.

Al respecto, cabe desde luego puntualizar que, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, la disposición en cuestión no es norma reguladora de la prueba, de modo tal que su presunta transgresión no puede dar lugar a la interposición de un recurso de casación en el fondo.

Pero, sin perjuicio de esa determinante consideración, el discurso del impugnante no es idóneo para el objetivo perseguido, en cuanto confunde el rol que el espíritu de la norma

en referencia asigna al juez en cada una de las hipótesis terminales del juicio penal, cuales son la absolución o la condena.

En el primer caso, puede apreciar libremente los antecedentes de la causa y fallar absolviendo a los inculpados cuando no se ha formado convicción acerca de la existencia del delito o de la participación culpable de aquéllos. En cambio, para condenar, la libertad del juzgador queda restringida por el deber legal de asentar el convencimiento en la existencia del hecho ilícito y la responsabilidad del o los procesados, establecidas por medio de prueba legal, indispensables para fundar la convicción.

Y si no se ha logrado demostrar la errónea aplicación o interpretación de ninguna de las probanzas legales objeto del cuestionamiento de la recurrente, no se divisa de qué manera la simple duda en torno a una aparente obligación previa de género del Y si no se ha logrado demostrar la errónea aplicación o interpretación de ninguna de las probanzas legales objeto del cuestionamiento de la recurrente, no se divisa de qué manera la simple duda en torno a una aparente obligación previa de género del órgano público concernido con una empresa particular, cuyo monto es del todo indeterminado y que, por lo tanto, carecería de objeto -acorde con los principios generales que gobiernan los actos jurídicos- podría importar una contravención a las leyes reguladoras de la prueba en el caso concreto y, más aún, al artículo 456 bis, que, por consiguiente, no ha sido transgredido de ninguna manera.

TRIGÉSIMO.- Que la invocación del artículo 340 del Código Procesal Penal -semejante en lo sustancial al mentado artículo 456 bis referido como propasado, se rechazará de plano, con solo precisar que ese precepto no se encontraba vigente para la Región Metropolitana al tiempo de los hechos materia de la investigación.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que, en lo que hace a las disposiciones del Código Civil igualmente mencionadas como desconocidas por el fallo que se pretende nulo -los artículos 19, inciso 1° y 20- el arbitrio procesal impetrado no formula consideración alguna sobre la forma en que se pudo contravenir sus respectivos mandatos, circunstancia que impide acoger el vicio alegado por esta causal.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Que vincula la recurrente la infracción del artículo 546, N°7° del Código de Procedimiento Penal -que ya se ha patentizado que no concurre- con la del ordinal 3° del mismo artículo, en cuanto el nuevo hecho que se pretendió establecer, privaría de tipicidad penal al comportamiento del occurrente.

El señalado argumento, subordinado a la comprobación de nuevos hechos que no se acreditó hubieran sido omitidos con infracción de la leyes reguladoras de la prueba, obsta ciertamente a la aceptación de la última causal aludida, la que, técnicamente, no podrá prosperar, porque su aceptación importaría prescindir de los hechos tal y como éstos han quedado irremisiblemente fijados en el proceso.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Que, si bien el recurrente pretende establecer una serie de hechos nuevos que el veredicto de segunda instancia no habría tenido por establecidos, contraviniendo con ello las normas sobre ponderación de la prueba, no realiza un análisis metódico de la forma en que estos nuevos antecedentes de facto habrían influido en lo resolutivo de aquél.

Y para comprobar lo inidóneo de tales nuevos antecedentes, es del caso consignar que el monto de la deuda que presuntamente tendría la Coordinadora de Concesiones para con GESYS, carece de determinación, pues “pudo ser de \$50.000.000.-, según un dato o entre US\$40.000 y US\$100.000.-” (literal “J”), reproducido en la reflexión 19ª) o tratarse de “sumas superiores a los \$39.000.000.-” (literal “L”).

Esta indeterminación del objeto constituye un impedimento insalvable para que la presunta convención creadora de la obligación preexistente imputada a la Coordinadora de Concesiones, pudiera adquirir validez y eficacia. En efecto, el artículo 1.461 del Código Civil exige, para que un acto o declaración de voluntad obligue a los contratantes, que la cantidad que constituye su objeto, si fuere incierta, pueda ser determinada conforme a las reglas o datos que fije el propio acto o contrato, certeza de que carecen los hechos presuntamente establecidos en la meditación 19ª, de lo cual es dable inferir que el aparente crédito referido no tiene consistencia jurídica.

TRIGÉSIMO CUARTO.- Que, en mérito de todo lo anterior, el recurso de casación en el fondo intentado por la defensa del señor Herrera Labarca, será rechazado en su integridad.

3. Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Cruz Lorenzen. (fs. 1.812)

TRIGÉSIMO QUINTO.-TRIGÉSIMO QUINTO.- Que, respecto del tercer y último recurso intentado, se funda en las causales del numeral 7° en relación con el número 3° del artículo 546 del Código Procedimiento Penal, vale decir, haberse violado las leyes reguladoras de la prueba, a consecuencia de lo cual se estableció erróneamente que Cruz Lorenzen es autor, sin serlo, de un hecho calificado como delito de fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable, denunciando como leyes infringidas los artículos 1°; 15 números 1° y 2°; 239 y 260 del Código Penal; 456 bis, 459, 464, 478, 479 y 488 del Código Procedimiento Penal; 340 inciso 1° del Código Procesal Penal; 1°, 2° y 3°, letra a) de la ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo; 24 y 55 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado (cuyo texto refundido fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley número 1/19.653 del año 2.001) y 19, inciso 1° y 20 del Código Civil.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Que, en relación a la forma en que las infrac-

ciones de ley denunciadas se habrían producido, sostiene en primer lugar que, en relación a las leyes reguladoras de la prueba, contenidas en los artículos 459 y 464 respecto de la testimonial; 478 y 479 en relación a los documentos privados y de terceros y 488, que establece las exigencias que deben cumplir las presunciones para constituir plena prueba de un hecho, fueron omitidas y no observadas por los Ministros de mayoría que concurrieron al fallo de segunda instancia, quienes declararon la inexistencia de la deuda que la Consultora GESYS invocaba en su favor, respecto de la Coordinación General de Concesiones. Sin embargo, como aparece con meridiana claridad en el voto de minoría del Ministro don Carlos Cerda Fernández -continúa argumentando- dicha conclusión no se aviene con el mérito del proceso, sino todo lo contrario, resulta más plausible que esa deuda, por un monto de \$39.000.000 (treinta y nueve millones de pesos), efectivamente existió y fue pagada con la resolución impugnada como constitutiva del delito de fraude al Fisco.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que, en orden a la existencia de obligaciones pendientes de la Coordinación General de Concesiones con GESYS/GyT, discurre en forma sustancialmente similar a como lo hace el recurso precedentemente extractado, haciendo igualmente suyo el voto del Ministro Sr. Cerda, que también se reproduce literalmente, en los mismos pasajes, en cuanto reafirman su versión.

Esta reiteración discursiva excusa a esta Corte de volver sobre el alcance de la propuesta fáctica ya expuesta y analizada a propósito de la casación anterior y la autoriza, por tanto, para concluir que los hechos establecidos por el fallo en casación fueron asentados sin violación de los artículos 459, 464, 478 y 479 del Código de Procedimiento Penal o del artículo 340, inciso 1° del Código Procesal Penal.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Que el recurso en examen contiene una fundamentación sobre la ineficacia de la prueba de presunciones, medio probatorio que habría conducido a tener por establecida la participación del recurrente en el delito de fraude al Fisco, no obstante no cumplir este medio legal con los requisitos exigidos en el artículo 488 del Código Procesal aplicable, para constituir evidencia completa.

Observa al respecto que no concurre la exigencia del ordinal 1° de este artículo, porque se atribuye la condición de hechos a lo que serían meras presunciones, como que el contrato objetado “sólo beneficia al Coordinador General”; que las comunicaciones estaban radicadas en la persona del Coordinador General y que éste era el único interesado en disponer del precio del contrato, estimaciones ninguna de las cuales configurarían hechos reales ni probados.

Estos asertos, sin embargo, no son efectivos, como salta a la vista con su sola confrontación con los “hechos” efectivamente tenidos por tales en la consideración 6ª de la decisión inicial,

confirmada sin alteraciones por la de alzada, donde no se expresa ninguna de estas apreciaciones, que, más que hechos, son calificaciones jurídicas.

Para refutar la gravedad y multiplicidad de los indicios en que se apoyan las pretensiones, manifiesta el ocurrente que no se hace “ninguna interrelación, ponderación ni menos análisis” de las comprobaciones enumeradas en la reflexión 2ª del fallo, reproducido en alzada, pero tampoco se discurre sobre la efectividad de este tópico, lo que veda entrar a su análisis.

Alega que tampoco las presunciones son precisas, en cuanto el Área de Comunicaciones no depende del Coordinador General, sino de organismos ejecutivos, siendo inefectivas las estimaciones contenidas en los fundamentos 22º, 23º y 25º del fallo, ya que “no llevan necesariamente a la comisión de ilícitos penales, puesto que también sirven para llegar a conclusiones mucho menos dañinas o gravosas”. Pero no se argumenta acerca de por qué se estima inefectivos aquéllos razonamientos y en qué forma la distinta dependencia jerárquica atribuida al área de comunicaciones habría incidido en la deducción sobre la participación culpable del recurrente en el ilícito de que se trata.

Finalmente, se apunta a que las presunciones no son directas, puesto que pueden, en forma lógica y natural, llevar a otros resultados diversos a la comisión del delito imputado, pero esta inferencia tampoco se funda-

menta, lo que obliga a excluirla como inidónea.

Toda esta ilación llevará a desestimar la presunta contravención a la norma del artículo 488 del Código del ramo, por no haber la recurrente demostrado, de modo alguno, la inconcurrencia de los requisitos que el precepto requiere para otorgar a las presunciones judiciales valor de prueba completa.

TRIGÉSIMO NOVENO.- Que mezcla el recurso los motivos constitutivos de las presuntas infracciones respecto de las causales 3ª y 7ª, refiriendo una larga serie de disposiciones legales infringidas, pero limitándose, al precisar la forma en que las respectivas contravenciones se produjeron, a mencionar sólo infracciones a las leyes reguladoras de la prueba.

Con todo, en la parte final del recurso, al abordar la manera en que las infracciones de ley habrían influido en lo dispositivo del fallo, manifiesta que “si las normas de los artículos 1º y 239 del Código Penal se hubieren interpretado de acuerdo al artículo 19, inciso 1º del Código Civil y las de los artículos 260 del Código Penal más los 1º, 2º y 3º letra a) de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, analizadas conforme al artículo 20 del Código Civil, la sentencia de segunda instancia necesariamente debió declarar que no se tipifica el delito de fraude al Fisco por el cual se condena a Carlos Cruz, pues éste no es empleado público ni su conducta ha causado perjuicio alguno al Fisco,

sino -al contrario- enormes beneficios”.

Si bien esas normas no se relacionan con el artículo 546, numeral tercero del Código de Instrucción Criminal, este Tribunal Superior entrará al análisis de fondo propuesto, a partir del alcance que a esa causal se formuló en la página inicial del escrito de casación.

CUADRAGÉSIMO.- Que la idea central sustentante de este presunto defecto, que haría anulable la sentencia, consistiría en que don Carlos Cruz no sería funcionario público a la época de ocurrencia de los hechos, siendo ésta una condición objetiva de punibilidad, por tratarse de un delito que sólo puede ser cometido por sujetos calificados, como lo son esta categoría de empleados.

En apoyo de su tesis, cita un informe en derecho elaborado por doña Olga Feliú, que contiene 17 conclusiones generales y 4 particulares, la mayoría de las cuales se reproduce y que son susceptibles de extractarse en los siguientes puntos:

a) En el Ministerio de Obras Públicas no existe el cargo de Coordinador General de Concesiones, el que no ha podido ser creado por el Director General de Obras Públicas, por ser materia de reserva legal;

b) Las personas contratadas sobre la base de honorarios -cuyo era el caso del señor Cruz, titular de la Coordinación General, constitutiva de una simple dependencia de carácter

funcional en el Ministerio correspondiente- no tienen la condición de funcionarios públicos, conforme al Estatuto Administrativo y a una reiterada jurisprudencia;

c) Las normas contenidas en diversas leyes de presupuesto que otorgan la calidad de agentes públicos a algunas personas contratadas a honorarios, adolecen de inconstitucionalidad, siendo por ello inaceptable argüir que, por una vía indirecta, cual es la facultad de contratar por ese mecanismo, haya de concluirse que las personas sujetas a esa modalidad contractual, puedan cometer delitos propios de los funcionarios públicos.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Que, a fin de determinar si concurre efectivamente la calidad de funcionario público respecto del Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, a la época de los hechos, es menester interpretar el sentido y alcance de la o las normas que la definen, a partir de las reglas hermenéuticas que proporciona el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, en sus artículos 19 y siguientes.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- Que, en este sentido, cabe en primer lugar atender al sentido literal del artículo 260 del Código Penal, que proporciona un concepto de empleado público a efectos penales, toda vez que, si su tenor fuere claro, no es lícito prescindir de él a pretexto de consultar su espíritu, como taxativamente enfatiza el inciso 1° del artículo 19 del citado Código Civil.

El precepto penal en cuestión prescribe: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

El acápite inicial del artículo comienza por acotar su alcance, en cuanto refiere el concepto que interesa sólo a los agentes públicos que participan en los ilícitos descritos y sancionados en el Título VI y en el Párrafo IV del Título III, todos del Libro II del Código Penal. Entonces, si bien la definición podría no extenderse a otras categorías de delitos que pueden cometer los empleados públicos, como podrían ser la falsificación de documentos públicos o auténticos, del artículo 193, o la expedición de un pasaporte o porte de armas bajo nombre supuesto o dado el acápite inicial del artículo comienza por acotar su alcance, en cuanto refiere el concepto que interesa sólo a los agentes públicos que participan en los ilícitos descritos y sancionados en el Título VI y en el Párrafo IV del Título III, todos del Libro II del Código Penal. Entonces, si bien la definición podría no extenderse a otras categorías de delitos que pueden cometer los empleados públicos, como podrían

ser la falsificación de documentos públicos o auténticos, del artículo 193, o la expedición de un pasaporte o porte de armas bajo nombre supuesto o dado en blanco, sancionado en el artículo 199, ambos del Código Punitivo, por no formar parte de esos párrafos o Título - lo que, como fuere, es discutido en el ámbito de la doctrina especializada - fuera de dudas está que la descripción contenida en el artículo 260 de su texto es del todo aplicable en la especie, habida consideración que el delito de fraude al Fisco que se imputa, en calidad de autores, a los señores Cruz Lorenzen y Cortés, en su respectiva condición de funcionarios del Estado, se encuentra tipificado en el artículo 239 del Código aludido, del que se trata en el párrafo 6° del Título V de su Libro II.

CUADRAGÉSIMOTERCERO.-

Que, definida como está la noción de empleado público a efectos penales en la disposición antes reseñada, debe dársele a ésta su significado legal, por imperativo del artículo 20 del Código Civil, como se intentará en seguida, desglosando el concepto en sus diversos componentes, para su adecuada comprensión.

CUADRAGÉSIMO CUARTO.-

Que, según se desprende del artículo 260 transcrito, el concepto que interesa es susceptible de desglosarse en dos elementos constitutivos principales, a saber: a) El empleado público, para ser tal, debe ejercer “un cargo o función pública”, y b) Tal quehacer debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.-

Que el legislador penal no ha definido lo que debe entenderse por “cargo público”, pero sí lo ha hecho el Estatuto Administrativo, contenido en la ley N°18.834, de 1.989, cuyo artículo 3º, letra a) puntualiza que es tal “aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa”. En general, las instituciones concernidas en el precepto son los servicios públicos centralizados o descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Pues bien, la defensa de los encausados acierta cuando sostiene que las personas que se desempeñan sobre la base de honorarios, no son funcionarios públicos para los efectos del Estatuto Administrativo, atendido que el artículo 10 de su texto -vigente al tiempo de los hechos- en su inciso final, los margina expresamente de la aplicación de sus normas, remitiéndose a las reglas que establezca el respectivo contrato. Empero, no puede olvidarse que la disposición penal que interesa extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una “función pública” y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz “funcionario público”.

CUADRAGÉSIMO SEXTO.-

Que, en efecto, al ser posibles de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquéllas que adscriben a una “función pública”, la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público -y no tan sólo en la Administración del Estado- con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo. Así sucede con los parlamentarios, encargados inequívocamente de “funciones públicas” en órganos de creación estatal, según el amplio alcance que a esta noción atribuye el actual artículo 8º de la propia Carta Fundamental, sin que la circunstancia de ser los primeros elegibles por votación popular, altere esta conclusión, por expresa formulación en tal sentido en el acápite final del artículo 260, analizado.

A similar deducción, relativa al alcance amplio de dicho precepto, arriba Etcheberry (Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Parte Especial, EJCH., T. IV, 3ª. ed., 1.997, pág. 206).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.-

Que la expresión “función pública” significa “función del Estado”, enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente,

emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, **ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un cargo público o que lo sirva a honorarios o incluso “ad honores”, en la medida que el propio legislador ha restado toda importancia a este factor remuneratorio como antecedente para elaborar su concepto, en la disposición penal tantas veces citada.**

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.-

Que, para desestimar la condición de funcionario público que asistiría al Coordinador General de Concesiones al tiempo de los hechos, la recurrente de casación se centra en la circunstancia de no haber sido creado su cargo por ley ni estar contemplado en las plantas del Ministerio de Obras Públicas; en su calidad de contratado sobre la base de honorarios y, especialmente, en el hecho de no estar revestida la respectiva función de potestades públicas.

Respecto de la primera alegación, cabe destacar que, para los fines inherentes al Código Penal, **es tan empleado público el que ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o de carácter transitorio, como aquél que ejerce una “función pública”, noción cuyo amplio espectro ha sido ya delimitado.**

Por lo demás, la Ley de Presupuestos del Sector Público ha venido consagrando periódicamente en su normativa, desde la época de los ilícitos materia de este proceso, una glosa -Nº01, de la Partida 12- común para todos los Capítulos del Ministerio de

Obras Públicas - autorizando contratar personas a honorarios, “las que tendrán la calidad de agentes públicos, destinadas a desarrollar labores técnicas directamente relacionadas con la infraestructura pública que atiende este Ministerio”. **Y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha precisado tenazmente que tales agentes deben ser considerados funcionarios públicos para efectos de su responsabilidad administrativa** (dictámenes 22.192, de 1.996; 18.549, de 1.997 y 4.463, de 2.002, entre muchos otros), aproximación que irredargüiblemente conduce a la conclusión que, alcanzando la restringida concepción administrativa de funcionario a los agentes públicos, con mayor razón éstos deben entenderse incorporados a la extensiva que proporciona la legislación penal, para los fines de esa especie de responsabilidad.

En esta perspectiva, la pretensión de inaplicabilidad global de “las normas contenidas en distintas leyes de presupuesto”, consagratorias del concepto de “agente público”, amén de inadmisibles por su imprecisión, lo es también por razón de incompetencia de esta Corte Suprema para efectuar tal declaración, radicada hoy en el Tribunal Constitucional, luego de la reforma introducida al sistema de control de constitucionalidad represivo por la ley Nº20.050, de 2005. Ello obsta a la posibilidad de inaplicar preceptos legales a los cuales la propia recurrente reconoce vigencia.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.-

Que, de conformidad con lo ra-

zonado, la decisión impugnada de casación no ha podido incurrir en infracción de ley al interpretar la norma del artículo 260 del Código Penal en la forma que lo hizo, toda vez que el Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas desempeñaba, a la sazón, una función pública, siendo ello suficiente para entender que revestía la investidura de empleado público, cual es el presupuesto necesario para la tipificación de los delitos especiales de agente público calificado, sancionados en el Título VI del Libro III del Código Punitivo.

Por vía consecencial, resulta manifiesto que el análisis propuesto en la sentencia cuestionada no se apartó sino antes bien se ajustó a la definición legal especial del artículo 260 del Código punitivo, aplicable, por su especialidad, con preferencia a las normas de los artículos 1°, 2° y 3° del Estatuto Administrativo, acorde a las pautas interpretativas de los artículos 19, inciso 1° y 20 del Código Civil, mandatos que, por consiguiente, han sido correctamente apreciados por el jurisdicente impugnado. Ocurre algo similar con las normas de los artículos 1° y 239 del Código Penal, bases del tipo penal imputado, en cuanto el fundamento para excluir la antijuridicidad del comportamiento del recurrente es específicamente su condición de no funcionario público, al revés de lo establecido, de manera ortodoxa, por la resolución pretendidamente viciada.

Por lo expuesto, no cabe sino coincidir con las conclusiones del veredicto opugnado y rechazar el recurso, en lo

tocante al segundo capítulo de casación.

QUINCUAGÉSIMO.- Que cuestiona asimismo el impugnante de nulidad la tipificación del delito de fraude al Fisco por el cual viene condenado el occurrente, aduciendo que no concurre el perjuicio como resultado del delito, manifestado en la producción de una pérdida o la privación de un lucro legítimo.

Tal aseveración, no obstante, importa una revisión de los hechos del juicio, donde se encuentra claramente establecido que el comportamiento del procesado produjo al ente público un perjuicio por la suma de \$39.000.000.-, el que no ha sido desvirtuado por remisión a las normas reguladoras de la prueba, según ha quedado determinado en el razonamiento que antecede.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.- Finalmente insiste el recurso en que los jueces del fondo no han podido adquirir la convicción necesaria para condenar, por no haberse concluido, más allá de toda duda razonable, que el hecho punible existió y que en él cupo al inculpado una participación culpable y penada por la ley.

Este discurso pretende la revisión de un hecho definitivamente fijado y no desvirtuado, al tenor de lo ya expuesto, lo que también puede extenderse a la participación acreditada al imputado, sin perjuicio de recordar que la comisión de un error de derecho respecto de la participación que ha cabido al condenado en el delito, es materia de la causal descrita en el

ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, el que no ha sido invocado como motivo de nulidad, obstando, por tanto, a que esta alegación pueda prosperar.

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO.-

Que por los fundamentos desarrollados, el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del condenado Cruz Lorenzen, será desestimado en todas sus partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechaza los recursos de casación en el fondo deducidos a fojas 1.776 por los abogados Cristián Letelier Aguilar y Glenis Sánchez Lillo, en representación de los querellantes Evelyn Matthei Fornet y Víctor Pérez Varela; a fojas 1.787 por el abogado Samuel Donoso Boassi, por don Raúl Herrera Labarca y a fojas 1.812 por el abogado Alberto Coddou Claramunt, por don Carlos Cruz Lorenzen, declarándose, por consiguiente, que la sentencia de 30 de marzo de 2.007, que corre a fojas 1.707 y siguientes, no es nula.

Pronunciada, en lo que dice relación con el rechazo del recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte de los querellantes particulares, **sólo en el punto concerniente a la participación del encausado Herrera Labarca como autor del delito de fraude al Fisco, con el voto en contra del Ministro Sr. Ballesteros y el Abogado Integrante Sr. Hernández**, quienes estuvieron por acoger el recurso a ese respecto y, por consiguiente, anular el fallo y pronunciar

sentencia de reemplazo, condenándolo como autor del delito de estafa al Fisco de Chile.

Tuvieron presente al efecto, las siguientes consideraciones:

1°) Que la norma del artículo 64, inciso 1° del Código Penal, conforme al cual “las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren”, se refiere tanto a las atenuantes y agravantes propiamente tales como a las privilegiadas y calificantes.

2°) Que, a consecuencia de ello, debe afirmarse -como observa con agudeza CURY en la última edición de su Derecho Penal, Parte General- que la citada disposición “surte sus efectos también para los tipos calificados impropios, respecto de los cuales, por consiguiente, las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico, no se comunican” (Ob. y aut. cit., 8ª. Ed. 2.005, Ed. Universidad Católica de Chile, págs. 646 y 647).

3°) Que, en el indicado contexto, y por no ser comunicable al “extraneus” la condición estatutaria particular propia del agente público, que es condicionante del juicio de reproche inherente a la conducta del delito de fraude al Fisco, no es pertinente sancionarlo como co- autor de esa figura penal, sino que como autor de la estafa prevista en el artículo 468

del Código punitivo, por el cual fue acusado.

4°) Que, en consecuencia, se ha infringido por el sentenciador -en opinión de los disidentes- las normas de los artículos 239 y 468, ambos del Código Penal: el primero, al darle falsa aplicación al caso y el segundo, por omitirla, concurriendo los supuestos propios del tipo, antecedentes que bastan para acoger la nulidad de fondo impetrada, sólo en esta parte.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Hernández.

Rol N°2.321-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. **Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.** No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE CAÑETE CONDENA A DOS FUNCIONARIOS DEL BANCO ESTADO POR MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Claudia Ortega Forner¹

Comentario:

I. Antecedentes:

Con fecha 18 de agosto de 2008, el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete condenó a dos empleados del Banco Estado de Los Álamos, por el delito de malversación de caudales públicos, contemplado en el Art. 233 N°3 del Código Penal. No se dedujeron recursos, por lo que la sentencia quedó ejecutoriada con fecha 29 de agosto del mismo año².

El Tribunal tuvo por acreditado que “Durante los años 2004, 2005 y hasta agosto del año 2006, el acusado Rómulo Alberto Villagrán Salinas, quien se desempeñaba en esa época como cajero del Banco del Estado de Chile, sucursal Los Álamos, detentando la calidad de funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, realizó giros de dinero desde tres cuentas de ahorro de clientes que mantenían en dicha institución en calidad de depósito, totalizando un monto aproximado de \$42.071.940, dinero que sustrajo, afectándose con ello la cuenta de ahorro bipersonal de don Carlos Ávila Navarro y de doña Marta Obrequé Caro, la cuenta de ahorro de don Recaredo Ávila Millar y la cuenta de ahorro de don José Jara Paredes, realizando la mayoría de los giros desde su caja, con conocimiento y colaboración del acusado Juan Carlos Figueroa Bernales, quien se desempeñaba como Asistente de Atención de Clientes de dicha institución. Que para realizar estas operaciones el acusado Sr. Villagrán con la colaboración del acusado Figueroa Bernales, utilizaba libretas de ahorro canceladas por sus titulares y que no eran destruidas, grabando en su banda magnética los datos de las cuentas defraudadas, para posteriormente realizar los giros”.

II. Aspectos relevantes del Fallo:

1. Querellantes conjuntos

Presentaron querrela tanto el Banco Estado como el Consejo de Defensa del Estado, sin que este último excluyera al primero, situación que es bastante frecuente cuando hay intervención del CDE.

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

2 RUC N°0600620989-9. Fiscal Nelson Viguera, de la Fiscalía Local de Lebu.

2. Calidad de funcionario público de los empleados del Banco Estado

El Tribunal determinó en su sentencia, que los funcionarios del Banco Estado tienen la calidad de funcionarios públicos para efectos del artículo 260 del Código Penal, situación que en un principio era discutida incluso por el propio Banco Estado. Es así, como en el considerando decimoséptimo estableció: *“El artículo 260 del Código Penal, establece que “para los efectos de este título y del párrafo cuarto se reputa empleado todo el que desempeña un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipalidades, autónomas u organismos creados por el Estado o dependiente de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. De esta definición legal es posible establecer que dado el tenor literal de la norma esta no tiene vocación restrictiva, sino más bien de amplitud, es decir, envuelve a todos aquellos que desempeñan un cargo o función pública cualquiera sea el carácter del órgano, para el cual desempeñan sus funciones o la naturaleza jurídica contractual que une al sujeto activo con aquel. La doctrina nacional ha entendido que la calidad de empleado público debe ser determinada a través de la función desempeñada, es así, que Labatut y Del Río, señalan que; “por cargo público debe entenderse una vinculación al Estado de carácter permanente o transitoria, originada por el desempeño de funciones políticas, administrativas o judiciales”. Por su parte Etcheverry hace hincapié en la noción de función pública, diciendo que “la función crea al empleado y no a la inversa”. En consecuencia y siguiendo con estos razonamientos para el Derecho Penal serían funcionarios públicos todos aquellos que se desempeñan en un organismo público, incluidos los que se desempeñan en las empresas autónomas del Estado, dado el claro tenor literal de la norma del artículo 260 y por imperativo del artículo 20 del Código Civil no es posible desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Que resulta indiscutido que de acuerdo a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile, esta es una empresa autónoma del Estado que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, de suerte tal que los funcionarios que laboran en dicha institución para los efectos penales son empleados públicos porque pertenecen a una institución de administración autónoma estatal, aunque su sistema de provisión se encuentra regido por la legislación para los empleados particulares y en consecuencia los delitos de sustracción o de apropiación de los fondos que administran tienen el carácter de Malversación de Caudales Públicos. En este sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia publicada en la Revista Fallos del Mes número 43, de junio de 1962, página 114, como asimismo en sentencia en causa rol ingreso 2321-2007 de fecha 19 de mayo de 2008”³.*

3 Se trata del fallo dictado por la Corte Suprema en el caso MOP-GESYS, por cuanto se discutió la calidad de funcionario público de Carlos Cruz. Los considerandos pertinentes son el 42°, 43°, 44°, 45°, 46°, 47° y 48° y pueden ser consultados en el comentario de dicha sentencia que se contiene en esta misma Sección.

3. Delito continuado

Aún cuando el fallo no se pronuncia expresamente, debe entenderse que estimó que se trataba de un delito continuado, lo que implicó considerar que el monto malversado ascendía a la cantidad de \$42.071.940, lo que excede de 400 UTM, razón por la cual, de acuerdo con el Art. 238 inc. 2°, el Tribunal aplicó el máximo de la pena asignada al delito. No obstante, bien podría tratarse de delitos reiterados, por cuanto los hechos son perfectamente identificables e independientes entre sí. En esta última hipótesis habría correspondido aplicar la regla de reiteración del Art. 351 del CPP.

A diferencia de otros delitos, en que el delito continuado tiende a atenuar el efecto de la reiteración en cuanto al aumento de pena, en el caso de la malversación del Art. 233 generalmente se produce lo contrario, puesto que aumenta la gravedad de la pena mientras más alto sea el monto total de lo malversado.

Sin perjuicio de lo anterior, en este caso, cada hecho individualmente considerado ya se encontraba dentro del N°3 del Art. 233, por lo que era más favorable al acusado entender el delito como continuado.

4. Condicionamiento de beneficios

El Ministerio Público y los querellantes solicitaron que se sujetara la concesión de beneficios al pago de la indemnización civil, por cuanto se acogió la demanda respectiva, no obstante, el Tribunal optó por rechazar dicha petición, *“ya que las exigencias establecidas en los artículos 5 y 17 letras d) de la ley N°18.216 que fuera publicada en el Diario Oficial el 14 de Mayo de 1983 y replicada en su respectivo reglamento, está en contradicción con lo preceptuado en el artículo 7 numeral sétimo de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (Decreto N°873 Publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991) que ha sido incorporada a nuestro derecho interno en virtud de lo dispuesto en el inciso final de la disposición quinta de nuestra carta fundamental, modificada el 17 de agosto de 1989 y que establece, en lo referente al caso que nos ocupa: “...Nadie será detenido por deudas...” sin hacer distinción de la fuente contractual o extracontractual que haya dado génesis a la misma. En efecto, la única exclusión que a este respecto se ha permitido lo constituyen “...los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”, naturaleza jurídica que no comparte el caso de marras. En efecto, la persona humana no puede ser instrumentalizada por la sanción impuesta y no puede ser esta sanción un medio para perseguir fines más allá de sí misma. En consecuencia, es del parecer de estos sentenciadores que la regla de cumplimiento alternativo de penas establecida en el artículo 5° letra d) y 17 letra d) de la Ley N°18.216, ha sido derogada tácita y parcialmente por las normativas constitucionales, y por el tratado internacional referido –de fecha posterior y de rango normativo superior– al establecer criterios incompatibles con la referida ley y reglamento de cumplimiento, ejerciendo de esta forma la función de orientar el sistema*

punitivo en su conjunto por lo que la persecución del cumplimiento de obligaciones pecuniarias, como lo es la indemnización civil, que nos ocupa debe ejecutarse en conformidad a las reglas generales”.

Acoge así el tribunal una postura minoritaria dentro de la jurisprudencia, y respecto de la cual se pronunció el Tribunal Constitucional recientemente, a propósito de una acción de inaplicabilidad⁴ por inconstitucionalidad del de la letra d) del artículo 5° de la Ley N°18.216⁵. La referida acción sostenía que la aplicación del precepto impugnado resulta contraria a la prohibición de prisión por deudas establecida en diversos tratados internacionales y además al principio de igualdad del artículo 19 N°2 de la Constitución y que la sustitución del pago de la multa por reclusión no tiene como antecedente el delito por el que se condena, sino que simplemente constituye una pena.

El Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de inaplicabilidad, por estimar que no concurría el presupuesto constitucional consistente en que “la impugnación esté fundada razonablemente”. Estimó que había falta de fundamento, acogiendo la argumentación del Tribunal que estuvo por aplicar el Art. 5° letra d) de la Ley N°18.216, el cual señala en el respectivo fallo que *“A través de lo prescrito en la Ley N°18.216, el legislador no ha dispuesto que se encarcele a una persona por no pagar una deuda, que es la conducta prohibida por la norma del derecho internacional invocada, sino que ha establecido una condición para que a la persona condenada por un delito pueda concedérsele o mantener el goce del beneficio de cierta libertad. No se infringe la norma internacional si una de las condiciones para conceder y luego para mantener el beneficio carcelario es el pago de la indemnización civil derivada de los daños del delito, pues el incumplimiento de ese pago no es causa de la privación de libertad, sino el delito que lo antecede”.*

El mismo Tribunal, continuó su razonamiento estimando que *“constituiría un error lógico confundir la causa de la pérdida de la libertad –en la especie el delito– con la condición para mantener un beneficio en el modo de cumplir la sentencia condenatoria que afecta al responsable de tal delito. Una es la causa por la cual se priva de libertad (responsabilidad en el delito judicialmente establecido) y otra es una condición sin la cual no puede mantenerse un beneficio carcelario. Confundir ambas es incurrir en un error lógico que llevaría a darle un sentido y alcance al derecho a no sufrir encarcelamiento por deudas que resulta incompatible con el objeto y fin de la norma contenida en el Pacto Internacional”,* agregando que *“el pago de la indemnización*

4 Sentencia T.C. ROL N°1249, de 10.11.2008.

5 Artículo 5° Ley N°18.216. “Al conceder este beneficio, el tribunal establecerá un plazo de observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de un año y máximo de tres, e impondrá las siguientes condiciones que el reo deberá cumplir: d) Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales”.

es una condición del beneficio de la libertad vigilada y no la causa de la privación de libertad, no sólo fluye del sentido de los términos contenidos en esos preceptos ya transcritos, sino además y sobre todo de la naturaleza de la institución de la libertad vigilada, que es un beneficio alternativo a la cárcel, destinado a favorecer la reinserción y rehabilitación de las personas que han delinquido, sujeta a ciertas condiciones, cuya no verificación inicial o cuyo incumplimiento posterior no causa la cárcel, ya que ella es efecto del delito, sino que impide o revoca el beneficio”.

5. Pena

Los acusados fueron condenados a penas privativas de libertad y de derechos.

Rómulo Alberto Villagrán Salinas, fue condenado como autor del delito de malversación de caudales públicos en grado de consumado, a 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo; multa de 4 UTM; a la accesoria especial de 5 años y 1 día inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en su grado medio, y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, concediéndosele el beneficio de la libertad vigilada.

Juan Carlos Figueroa Bernales, fue condenado como *cómplice* del delito de malversación de caudales públicos en grado de consumado, a 541 días de presidio menor en su grado medio; a una multa ascendente a 4 UTM y a la accesoria especial de tres años y un día de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en su grado mínimo, concediéndosele el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Al respecto cabe hacer presente, en primer lugar, que en ambos casos el tribunal hace una adecuada aplicación de la pena principal de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos, no obstante la califica como accesoria especial.

Adicionalmente, en el caso de Rómulo Villagrán, además lo condena a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, entendemos que por aplicación del Art. 28 en relación con el Art. 22 del Código Penal, por cuanto esta última norma establece la calidad de accesorias de las penas de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos, en que no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo. Por su parte, el Art. 28 señala que la pena de presidio mayor lleva consigo la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

En la especie, habiéndose aplicado la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos en calidad de principal (accesoria especial), correspondía aplicar la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos.

No se entiende la razón de no aplicar el mismo razonamiento respecto de Figueroa Bernal, ya que a su respecto habría correspondido proceder conforme al Art. 29 en relación con el 22, ambos del Código Penal, no obstante, no se le aplicó pena accesoria.

III. Conclusiones:

1. El fallo, al reconocer la calidad de funcionarios públicos de los empleados del Banco Estado para efectos del Art. 260 CP, se pronuncia sobre un tema bastante debatido a nivel doctrinario, cual es la calidad de funcionario público de sujetos que se desempeñan en empresas del Estado. Cobra especial importancia, en cuanto a que podría ser discutible si la actividad bancaria constituye una función pública para efectos del Art. 260, no obstante el razonamiento del Tribunal opta por ampliar el ámbito de competencia de aquel artículo, antes que restringirlo, y recurre a las normas de interpretación del Código Civil para esos efectos (imitando lo efectuado por la Corte Suprema en el caso MOP-GESYS).
2. Las reflexiones efectuadas a propósito del delito continuado deben tenerse presente al momento de formular la acusación, puesto que siendo esta una figura *supra* legal, corresponde que el Ministerio Público solicite en estos casos que se sancione como delito reiterado, especialmente cuando cada uno de los hechos individualmente considerado se encuentra enmarcado dentro del N°3 del Art. 233 del Código Penal.
3. La jurisprudencia mayoritaria, e incluso la del Tribunal Constitucional, han estimado que el condicionamiento de beneficios de la Ley 18.216 a la satisfacción de penas pecuniarias o indemnizaciones civiles, no constituye vulneración a los tratados internacionales que impiden el encarcelamiento por deudas.
4. Finalmente, es importante que los jueces apliquen las penas privativas de derecho que llevan aparejadas la mayoría de los delitos de corrupción, pero en su carácter de pena principal, y no en carácter accesorio. En el fallo comentado, se les llama “accesoria especial”, y aún cuando en un caso se aplicó además otra pena accesoria -la que en derecho correspondía-, aparece extraña la aplicación de dos penas accesorias, aún cuando sean de distinta naturaleza.

Sentencia:

Cañete, dieciocho de agosto de dos mil ocho.

VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha 11, 12 y 13 de agosto de 2008, ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, integrada por los jueces doña Marcela Alejandra Norris Bustos, quien la presidio; don Marco Antonio Rojas Reyes y don Juan Domingo Pinochet Tejos, se celebró la audiencia de juicio oral en causa RUC N°0600620989-9, seguida en contra de **RÓMULO ALBERTO VILLAGRÁN SALINAS**, cédula nacional de identidad 12.363.273-7, Administrador de Empresas, domiciliado en Ignacio Carrera Pinto N°596, Cañete; y **JUAN CARLOS FIGUEROA BERNALES**, cédula nacional de identidad 12.207.746-2, Ingeniero en Administración, domiciliado en Alto Horno N°408, Población Higuera, Talcahuano.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto don Nelson Vigueras Camaño.

Fue querellante el Abogado Procurador Fiscal don Hernán Jiménez Suárez, en representación del Consejo de Defensa del Estado, actuando en esta audiencia la abogada doña María Helia Aguilar Gómez.

Fue querellante y demandante civil don Rodolfo Cerliani Vásquez, en representación del Banco del Estado de Chile, empresa autónoma del Es-

tado, domiciliada para estos efectos en calle José Joaquín Pérez N°218 de Lebu.

La defensa del acusado Rómulo Alberto Villagrán Salinas estuvo a cargo del abogado Defensor Penal Público, don Egon Matus de la Parra Sanhueza y don Gonzalo Martínez Rojas, ambos domiciliados en Lautaro N°156, Cañete.

La defensa del acusado Juan Carlos Figueroa Bernales estuvo a cargo del Abogado Defensor Privado, don Marcelo Torres Duffau, domiciliado en Trinitarias N°159, Concepción.

SEGUNDO: Que los hechos y circunstancias que fueron objeto de la acusación fiscal, a la que se adhirieron los querellantes, son los siguientes:

“En fechas no precisadas, pero durante los años 2004, 2005 y hasta agosto del año 2006, en la ciudad de Los Álamos, el imputado Rómulo Alberto Villagrán Salinas, quien se desempeñaba en esa época como cajero de la sucursal BancoEstado de la ciudad de Los Álamos, y el imputado Juan Carlos Figueroa Bernales, quien se desempeñaba durante la misma época como Jefe de Operaciones de la mencionada sucursal, detentando ambos la calidad de funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones realizaron giros de dinero desde las cuentas de ahorro que los clientes mantenían en dicha institución en calidad de depósito, aprovechando para ello la información que tenían de dichas cuentas, de manera que copiaron el código de las bandas magnéticas de las libretas de los clientes afectados a las bandas magnéticas de libretas de ahorro canceladas, extraviadas

o en desuso, para posteriormente realizar giros por distintas sumas de dinero, totalizando un monto aproximado de \$42.071.940, dinero que sustrajeron para sí desde la mencionada oficina del BancoEstado, sucursal Los Álamos, dinero que se encontraba a su cargo, afectándose con ello la cuenta de ahorro bipersonal de don Carlos Ávila Navarro y de doña Marta Obreque Caro, la cuenta de ahorro de don Recaredo Ávila Millar y la cuenta de ahorro de don José Jara Paredes, realizando la mayoría de los giros en su caja el imputado Rómulo Villagrán Salinas, con conocimiento, acuerdo y colaboración del imputado Juan Carlos Figueroa Bernales, repartiéndose posteriormente el dinero entre ambos imputados”.

A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos son constitutivos del delito de Malversación de Caudales Públicos, descrito y sancionado en el artículo 233 N°3, en relación a los artículos 238 y 260 del Código Penal.

Según la Fiscalía, a los imputados Rómulo Alberto Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernales les ha correspondido, según lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, participación en calidad de autores del delito materia de la presente acusación, toda vez que tomaron parte en la ejecución de los hechos que lo constituyen de una manera inmediata y directa, y el delito se encuentra en grado de consumado.

A juicio de la Fiscalía, respecto de ambos acusados concurre en la especie la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en

el artículo 11 N°6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior.

La Fiscalía requiere se imponga a cada uno de los acusados Rómulo Alberto Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernales la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio; la pena de multa de 15 Unidades Tributarias Mensuales; la pena accesoria especial establecida en el artículo 233 inciso final del Código Penal de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos; más las penas accesorias legales generales del artículo 28 del Código Penal, y se les condene al pago de las costas según lo prescrito en los artículos 45 y siguientes del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que por otra parte, el querellante Rodolfo Cerliani Vásquez, en representación del Banco del Estado de Chile, fundado en los hechos contenidos en la acusación del Ministerio Público, a la cual se adhirió, *demandó civilmente* a los acusados Rómulo Alberto Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernales, expresando que en su calidad de autores del delito de Malversación de Caudales Públicos, son responsables de los perjuicios que la comisión del ilícito acarreo a la demandante por lo que de conformidad a los artículos 2.314 y 2.315 del Código Civil, solicita la reparación del daño patrimonial sufrido el que estima en la suma de \$42.071.940, que corresponde a las sumas que se les vió obligado a restituir a los clientes que fueron defraudados, por la conducta delictual de los demandados y que

corresponden a las siguientes cuentas y por los montos que se indican: a) de la cuenta de ahorro N°XXX, de la oficina del Banco del Estado de Chile, de Los Álamos, la suma de \$14.039.240; el titular de esta cuenta es don Recaredo Ávila Millar; b) de la cuenta de ahorro N°XXX, también de la sucursal de Los Álamos, la suma de \$14.755.000, cuyos titulares son don Carlos Ávila Navarro y Marta Obreque Caro; c) de la cuenta de Ahorro N°XXX, también de la agencia de Los Álamos, se sustrajo la suma de \$13.277.700 y cuyo titular es don José Jara Paredes. Termina solicitando sean condenados los demandados a pagar en forma solidaria las siguientes cantidades a título de indemnización de perjuicios: a) La suma de \$42.071.940 por concepto de daños y perjuicios, o, la suma que SS. en definitiva determine como daño patrimonial efectivo sufrido por el Banco del Estado de Chile, de acuerdo al mérito de autos; b) El reajuste, equivalente a la variación que haya experimentado dicha cifra desde la época de la comisión del delito, hasta la fecha del entero y cumplido pago de la cantidad demandada, todo de conformidad al índice respectivo determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas; c) Los intereses legales correspondientes, los que deberán ser calculados y liquidados por el tribunal, desde la fecha de la comisión del delito, hasta la época que se verifique el pago de la cantidad demandada; y d).- El pago de las costas de la causa.

CUARTO: Que en los *alegatos de apertura* el *Ministerio Público*, seña-

ló en esencia, que el tribunal estaba llamado a conocer los hechos desarrollados entre los años 2004, 2005 y 2006, en la sucursal de “Los Álamos”, del Banco del Estado de Chile, entidad financiera que es la única existente en dicha comunidad, a la cual concurren sus habitantes a depositar sus ahorros, ratificando lo expuesto en su acusación, señalando que dos son los puntos que el tribunal deberá resolver, la coparticipación del acusado Juan Carlos Figueroa Bernal y la calidad de funcionarios públicos de los acusados. Agrega que se probará, mas allá de toda duda razonable, la participación de los acusados mediante los testimonios que se rendirán y fundamentalmente los testimonios de los titulares de las cuentas de ahorro que se vieron defraudadas y de donde fueron sustraídos diversas sumas de dinero. Señala también que declararán funcionarios del Banco, quienes describirán las maniobras efectuadas por los acusados para alcanzar el ilícito que se habían propuesto. Que quedará en evidencia la participación de Juan Carlos Figueroa mediante la prueba que se rendirá acerca de las operaciones realizadas el día 09 de marzo de 2006, fecha en que éste reemplazó al cajero Rómulo Villagrán Salinas, por lo que termina solicitando se les condene a las penas señaladas en el auto de apertura del Juicio Oral.

A su turno, *la querellante y demandante civil, Banco del Estado de Chile*, señaló, básicamente que el Banco del Estado, es una empresa autónoma cuya Ley Orgánica está contenida en el DL 2079, del año 1977. Ratifica

que se probarán en estrado los hechos por los cuales se ha deducido acusación agregando a esto que es su parte la que se vió perjudicada por el ilícito, ya que se vieron mermadas con ello las utilidades del Banco que pertenecen al Fisco de Chile. Agregó que el perjuicio es evidente, ya que como se probará, el Banco restituyó todo el dinero a las víctimas por lo que finalmente solicita sean condenados a las penas señaladas en el auto de apertura y sean condenados al pago de la indemnización demandada, mas reajustes y costas.

Por su parte, *la querellante Consejo de Defensa del Estado*, señaló, en esencia que han deducido querrela en contra de los acusados, toda vez que estos en el ejercicio de su función y en calidad de funcionarios públicos realizaron diversos giros fraudulentos en a lo menos tres cuentas de clientes del Banco, por un monto total de \$42.071.940, y ante el perjuicio del patrimonio fiscal han deducido la querrela, que probará la participación de ambos acusados en su calidad de autores y que la prueba que rendirá para ello será la misma ofrecida por el Ministerio Público. Finalmente pidió sean condenados a las penas solicitadas por el Ministerio Público como autores del delito de Malversación de Caudales Públicos con expresa condenación en costas.

A su turno, *la defensa del acusado Villagrán Salinas*, señaló, que solicita la absolución de su representado en base a que él no es funcionario público, no obstante trabajar en el Banco del Estado, no detentaba tal calidad, ya que dicha institución es un Ban-

co Comercial y en nada puede diferenciarse a otro Banco. Agregó que es la función pública la que hace al empleado y no a la inversa, toda vez que para ser empleado público es imprescindible que se desempeñe una función pública y que no basta permanecer a una empresa autónoma del Estado, que en su Ley Orgánica, expresa que se regirá preferentemente por esta y en lo no previsto por las normas aplicables a las instituciones financieras privadas. Que el artículo 40 de su Ley Orgánica dice que en las relaciones de trabajado de los funcionarios con el Banco se regirán preferentemente por lo establecido por su Ley Orgánica y en subsidio por la legislación laboral común, lo que a su criterio le lleva afirmar que su representado no tiene la calidad de funcionario público exigida en el artículo 233, para ser sujeto activo de ilícito por lo que necesariamente se deberá absolver. Agregó, que en subsidio de lo anterior se tenga presente que su representado no actuó solo en los hechos que quedarán probados en la presente audiencia y que además favorecían a su representado cuatro atenuantes de la responsabilidad penal, las establecidas en el artículo 11N°6, 7, 8 y 9 del Código Penal, las que desarrollaría en la oportunidad procesal correspondiente si fuere necesario. En cuanto a la demanda civil, solicitó que ésta no fuera acogida y para el caso que se hiciera lugar ella, se tuviera presente la coautoría del otro acusado, Juan Carlos Figueroa Bernales.

Por su parte, *la defensa del acusado Figueroa Bernales*, señaló, que se ha

deducido acusación en contra de su representado por una de las hipótesis más clásicas de Malversación de Caudales Públicos, como lo es el delito contemplado en el artículo 233 del Código Penal, lo que requiere un sujeto activo calificado, como lo es el empleado público, cualidad que en su concepto no ostentaba su representado. Sin perjuicio de ello expresó que si se satisficiera esa exigencia no se encontraría satisfecha la tipicidad, sino que además se requería que el empleado público tuviera a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares, no de hecho, sino que jurídicamente. Que el Ministerio Público, como asimismo los querellantes han dicho en estrados que van a demostrar que los acusados son empleados públicos, pero el derecho no se debate, no es una cuestión de hecho, si se es o no funcionario público. Señala que indudablemente su representado no es funcionario público, para los efectos penales, toda vez que el Banco del Estado, desarrolla una actividad comercial, la que se señala expresamente en el artículo 3 del Código de Comercio y que incluso su Ley Orgánica establece que en lo no previsto en su propia ley, ésta estará sometida a la legislación común aplicable a los Bancos Privados. Agrega que el artículo 19 N°21 de la Constitución Política del Estado, modelando el orden público económico, garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y cuando el Estado participa en alguna actividad económica debe someter su actuar a la legislación privada común, que el N°22 de la disposición constitucional citada, establece el principio

de no discriminación arbitraria que deben dar los organismos en materia económica, por lo que los funcionarios del Banco del Estado, no son funcionarios públicos, toda vez que si lo fueran se produciría una discriminación respecto de los funcionarios de los otros Bancos Comerciales existentes. Fundado en estas razones es que estima que no le es imputable el delito de Malversación de Caudales Públicos, ni tampoco el delito establecido en el artículo 467 del Código Penal.

QUINTO: En su *alegato de clausura*, el *Ministerio Público* indicó, en esencia, que había probado mas allá de toda duda razonable, la perpetración del delito de Malversación de Caudales Públicos y la participación de ambos acusados. Refiere básicamente que se demostró que los acusados eligieron a personas de la tercera edad, todas ellas quienes confiaron en estos funcionarios para sustraer de sus cuentas mediante la realización de giros diversas sumas, que todas estas actividades las realizaron durante tres años utilizando para ello, libretas de posteo o brujas en las cuales se copiaba las bandas magnéticas de las libretas originales, para desde allí poder realizar las operaciones de giro de los dineros. Enfatiza que ha quedado probada la participación de Figueroa, en los ilícitos, ya que, de acuerdo al *modus operandi*, se requirió del concurso y colaboración de este en cinco o seis actualizaciones que eran realizadas por este ya que debían realizarse a través de un código de seguridad. Que, además, esta participación se acreditaba con la declaración de los

auditores del Banco, quienes declararon, que al revisar la cuenta corriente de Figueroa, habían depósitos por casi \$25.000.000 de pesos y que no coincidían con las remuneraciones que este percibía. Por último los testigos José Jara y Cristian Monsalvez cuando constataban diferencias en sus saldos, hablaron con el acusado Juan Carlos Figueroa, quien les dijo que eso se debía a un error de computadora, lo que revelaba conocimiento de los hechos. Finalmente señala que reitera su petición de condena por el delito que se les ha acusado y por la participación que se les ha atribuido.

A su turno, *la querellante y demandante civil Banco del Estado de Chile* señaló, que se ha probado la participación en el ilícito de ambos acusados, quienes en forma fraudulenta retiraron dineros de las cuentas de tres clientes, todos ellos mayores de 65 años. Que por otra parte manifestó que si bien era cierto que los empleados del Banco del Estado de Chile en sus relaciones laborales estaban regidos por la legislación común, no así en su responsabilidad penal, la que sí se encontraba regida por el Código del ramo. Que el artículo 260 expresa que son empleados públicos aquellos que trabajaban en las empresas autónomas del Estado para los efectos que dicha norma señala. Por último pidió se haga lugar a la demanda civil, por los perjuicios sufridos por el Banco al haber perdido \$42.000.000 y fracción, porque se ha probado que los restituyó a los tres clientes defraudados.

Por su parte, *la querellante Consejo de Defensa del Estado*, señaló, que se

acreditó el típico delito de Malversación de Caudales Públicos, cuyo bien jurídico protegido es la probidad de los funcionarios públicos como el patrimonio fiscal. Que en la figura típica del artículo 233 el sujeto activo debe ser un funcionario público, que sustraiga o consienta en que sustraigan caudales o efectos públicos. Agregó que la norma del artículo 260 ha ensanchado el concepto de lo que debe entenderse por empleado público para los efectos penales. Que dicha disposición legal ha sufrido tres modificaciones, la última a raíz de la dictación de la Ley 15.078, de 1962, la que estableció que para efectos penales, era empleado público, aquellos que trabajaran en las empresas autónomas del Estado en la que se encuadra perfectamente en Banco del Estado de Chile. Por último reafirma que ha quedado demostrado que los acusados en el uso y ejercicio de sus cargos, y abusando de la confianza en la institución, cometieron el ilícito por el cual fueron acusados, por lo que solicita se les condene a las penas de la acusación.

A su turno, *la defensa del acusado Villagrán Salinas*, señaló, que reiteraba su solicitud de absolución, ya que a la fecha en que ocurrieron los hechos su representado, no era empleado público en los términos establecidos en el artículo 260 del Código Penal. Puntualizó que la calidad de empleado público puede que no esté dada por la relación contractual, sino que por la función que este desarrolla y que en el caso de su representado este realizaba la misma función de cajero que cualquiera que realiza-

ra la misma actividad en cualquier otro Banco Comercial. Que por otra parte, este funcionario público debía tener a su cargo efectos públicos o de particulares y es un hecho que no los tenía, que era su empleador el que recibía esos dineros en depósitos. Que a mayor abundamiento, el artículo 19 N°21 de la Constitución Política del Estado, establecía, que para desarrollar cualquier actividad comercial, el Estado estaría sometido a la legislación común y que la norma no hacía excepciones, por lo que su representado jamás tuvo la calidad de funcionario público y por lo que no pudo cometer el delito por el cual fue acusado. Por este motivo solicitó la absolución y para el caso que no se acogiera, pudo eventualmente ejecutar un ilícito distinto y que no actuó sólo. Que en cuanto a la acción civil, solicitó que esta fuera rechazada, puesto que en su concepto no queda claro de dónde surge el derecho de repetir en contra de los acusados, no resultó acreditado durante el juicio el derecho a subrogarse en la acción que corresponde a las víctimas, ni que se haya afectado fondos fiscales. Más aún si existen dudas sobre los montos presuntamente sustraídos, por lo que no se sabe por cuánto debe responder cada coautor y no existe claridad al respecto. Por último a este respecto señala que la indemnización debe ser rebajada de conformidad a lo previsto en el artículo 2330 del Código Civil, toda vez que el Banco, debía mantener sistemas de seguridad, cuestión que no realizó, aspecto en el cual fue negligente, por lo que debe atenuarse la responsabilidad de reparar y que esta sea rebajada a una suma no

superior al 5% de lo presuntamente sustraído.

A su turno, *la defensa del acusado Figueroa Bernales*, señaló, que después de escuchar el desarrollo de la prueba, es posible separar lo que son conjeturas de lo que son hechos concretos que hay que calificar jurídicamente. En lo concreto y desde el punto de vista fáctico, señaló, si se atiende a la prueba rendida su representado, sólo se le acreditó, una actuación realizada el día 09 de marzo de 2006. Añadió que a esa actuación el Ministerio Público la calificó de Malversación de Caudales Públicos, que la prueba dejó en claro que hubo una sustracción, pero que ésta se verificó antes del 9 de marzo, toda vez que fue don Rómulo, el que la realizó, y éste, ese día se encontraba con licencia médica. Enfatiza que el 9 de marzo no hubo sustracción, y que si la conducta que sanciona el artículo 233 consiste en sustraer, la intervención de su representado fue con posterioridad a ella, por lo que no es posible, calificar de coautoría ni de complicidad, toda vez que autores y cómplices, no participan con posterioridad sino antes o durante, por lo que sí se quiere calificar delictivamente la conducta de su representado, tendría que recurrirse a la figura de encubridor, para ver si la conducta desplegada por éste reúne las características para ser constitutivas de encubrimiento, por lo que debió probarse, que se procedió por parte de su representado, con conciencia de que algo malo se estaba haciendo, toda vez que el encubridor, actúa con conocimiento. Que fundar el conocimiento en conjeturas, pulve-

riza la garantía constitucional del artículo 19 N°3, toda vez que a lo sumo el actuar de su representado fue para cubrir a un amigo que tenía problemas de caja, por lo que la conducta desplegada por éste, no se encuadra en ninguno de los cuatro numerales del artículo 17 del Código Penal. Además, expuso que para ser autor del delito de malversación es requisito tener la calidad de empleado público, y en el evento que tuviera esa calidad su representado, por ese solo hecho no responde de la sustracción, sino que por expresa disposición del artículo 233, no solo se requiere tener la calidad de empleado público, tener a su cargo y en razón de la función que desarrolla, la custodia, tenencia fiduciaria, administración de caudales o efectos público de particulares, y su representado no tenía esta custodia o tenencia fiduciaria. Que la Jurisprudencia ha dicho, que es necesario que una ley o reglamento, debe contener esta obligación específica y en caso este no tenía la custodia de esos valores, por lo que finaliza señalando que desde el punto de vista que se le mire su representado, no ha cometido el delito de Malversación.

Que tanto el Ministerio Público, los Querellantes y las Defensas, ratificaron, sus alegaciones haciendo uso de su derecho a *réplica*.

SEXTO: Que el encartado *Rómulo Alberto Villagrán Salinas*, renunciando a su derecho constitucional y legal de guardar silencio *prestó declaración* en estrados, en la oportunidad que previene el artículo 326 del Código Procesal Penal, señalando, en esencia, que efectivamente cometió los

ilícitos por lo que se le acusa con su ex colega Juan Carlos Figueroa, tal como se ha señalado en la acusación, hechos de los cuales está arrepentido razón que lo ha motivado a cooperar con la investigación y de entregarse voluntariamente. Agrega, que realizó los ilícitos para ayudar a gente, a niños para comprarle zapatos, implementación deportiva, que asume su culpa y responsabilidad. Que en la actualidad se encuentra desarrollando todo tipo de trabajos que jamás pensó que iba a realizar.

Que interrogado por la *Fiscalía, el querellante y demandante civil Banco del Estado, la querellante Consejo de Defensa del Estado*, agregó que: trabajó como cajero del Banco del Estado, sucursal “Los Álamos”; que ingresó en agosto de 1993 en Cañete, sección créditos; participó en todas las secciones y que llegó a “Los Álamos”, el año 2000, aproximadamente. Que la oficina de “Los Álamos” en la cual trabajaba en la caja, lo hacían además el Agente, Juan Carlos en el mesón de atención de público y un vigilante. Que como ha señalado su función era de cajero, sin embargo dada las circunstancias debía realizar actividades que correspondían a otro funcionario. Que la función que desarrollaba Figueroa era atención de público en el mesón, apertura libretas, cuenta corrientes, y que él le requería cuando tenía problemas en la caja y requería información o vistos buenos. Que en relación a la apertura de libretas y cancelación de las mismas éstas se hacían pasando el cliente por el mesón y después por la caja, que los trámites se hacían en el

mesón y luego a la caja para entregar el dinero y luego destruir la libreta, lo que se hacía finalmente en el mesón. Que utilizaban las libretas que no se destruían para poder grabar en esas bandas información para poder hacer retiros de dinero, esto era irregular, se ingresaban los datos manualmente para poder hacer retiros, se ingresaba el número de la cuenta, el saldo y número de la línea, se apretaba enter y la maquina pedía el ingreso de la libreta e ingresábamos la libreta que habíamos retenido y que no habíamos destruido. Agrega que en la caja se hacían todas las transacciones, actualización de libretas, los retiros de dinero. Que comenzó con esto el año 2004, con una idea que le dio Juan Carlos, asumió y aceptó seguir con este juego. Dijo que todo esto partió como un juego, un raro juego, irresponsable. Relata que la idea era ubicar libretas con fondos para hacer retiros de ella; la idea era sacar y devolver, pero que empezaron a sacar y sacar dinero, debido la situación económica que estaba viviendo, ya que expresamente estábamos bastante apretados. Relata que comenzó con la cuenta de don José Jara, que era un cliente del banco que constantemente estaba haciendo depósitos, todas las semanas, fuertes sumas de dinero, millones de pesos, 2, 3, 5 millones. Que él no eligió esta cuenta sino que fue Juan Carlos el que le dio la idea porque se le hacían depósitos constantemente y era poco el cuidado que tenía sobre su libreta. Que no recuerda cuando fue la primera vez que giró dinero de esa cuenta, pero que estos fluctuaban en montos de 400 o 500 mil pesos. La operatoria consistía

en que cuando el cliente concurría al Banco, se copiaba los datos de la libreta original a la banda magnética de la libreta que habían retenido y que debían destruir, y así realizaban los retiros y cuando venía el cliente le realizaban depósitos de caja hasta completar el saldo que tenía. Que los depósitos y giros lo hacían por una suma inferior a un millón de pesos, para así burlar los controles ya que sobre esta suma se requería el visto bueno del Agente. Que fuera de la cuenta de don José Jara, también sacaron dinero de la cuenta de Recaredo Ávila y de una tercera cuenta, pero que no recuerda el nombre del titular de ésta, que operaban en la misma forma en que lo hacían con la cuenta de José Jara. Que de acuerdo con la acusación alcanzó a sacar como 42 millones y nunca llevaron un control, el dinero se lo repartían en partes iguales con Juan Carlos y esto lo hacían en el mismo Banco cuando estaban solos. Que no recuerda que libretas usó, pero que le entregó a la policía dos, tres o cuatro de ellas, no se recuerda exactamente. Que se le exhibe la prueba material individualizada en el auto de apertura como prueba material d1 y d2, expresando que una de ellas era una libreta de ahorro de doña Rosa Llanca Aníñir, sucursal “Los Álamos”, indica que está anotado el nombre en un lugar que no corresponde, lo que es un error de impresión, que la reconoce como una de las libretas que se utilizaba para poder hacer los retiros y depósitos cuando la gente iba a la Banco. Indicó que hay giros por \$990.000 y varios giros en un mismo día, señala, que esta tiene como fe-

cha de apertura 24.11.05, y tiene un timbre de cancelada: Además indica que tiene diversas operaciones de giros y depósitos que aparecen asociados a otro número de cuenta que no corresponde al de la libreta. Que la otra que se le exhibe, es una libreta a la vista que fue utilizada para poder hacer movimientos, como giros, los que se encuentran también asociados a una cuenta que es distinta al de la libreta. Que fuera de estas libretas que le fueron exhibidas se ocuparon otras que se iban destruyendo, lo que él hacía. Que siempre pensó que iba a asumir la responsabilidad, porque las operaciones se hacían desde su terminal y con su clave. Que el día 7 u 8 de marzo de 2006, estaba con licencia médica y no recuerda que cliente fue, pero hubo que hacerle un depósito para que esta persona no se diera cuenta, que como no se encontraba, éste lo hizo Juan Carlos con su clave, porque este estaba al tanto de todo. Creo que se lo comentó después o lo llamó y le dijo que tuvo que hacer un movimiento a la cuenta para que no se diera cuenta el cliente, no recuerda los montos. Que cuando él no estaba en la caja lo reemplazaba Juan Carlos. Que se le exhibe el documento signado con la letra c) N°8, del auto de apertura, el da cuenta de los movimiento de la caja del día 9 de marzo de 2006, señalando que ese día él se encontraba haciendo uso de licencia médica y que el terminal desde el cual se realizaron las operaciones era el número 4310 que era el de él, pero que ese día lo reemplazo Juan Carlos. Que además señaló, que cuando don José empezó a trabajar con su yerno, este encontró algo raro y hablo con

el señor Agente, dineros que algunos días no estaban y al otro día sí. No se acuerda de los montos, le faltaba plata en la cuenta, fue a hacer una consulta de saldo al dispensador y encontró que la libreta tenía menos dinero; éste habló con Juan Carlos y él lo llamó y le hicieron un depósito a primera hora para que no hiciera más consultas, se sacó dinero de la caja, y no recuerda de dónde saco el dinero para tapar el hoyo. Expresó que se desvestía un santo para vestir a otro.

Que interrogado *por su defensa*, agregó, en esencia a lo ya señalado, que cuando él no estaba trabajando lo reemplazaba Juan Carlos y que raza vez traían un cajero externo, ya que convencían a su jefe para que no lo pidiera. Que don José Jara y su yerno visitaron la casa de Juan Carlos para señalarle que su cuenta le faltaba dinero, éste me avisó y al otro día a primera hora le hice los depósitos. Que el día 4 de septiembre 2006 llegó al Banco y el señor Agente lo llamó para consultarle que estaba pasando. Ahí le mostró unos papeles, no aguanto más y le contó todo lo que estaba pasando. El agente se comunicó con un colega en Concepción y fue a Carabineros. Él lo siguió, ya que no tenía sentido seguir ocultando, se entregó y confesó. Que si hubiese querido había podido huir ya que tenía dinero y vehículo. Que declaró ante el Fiscal, Carabineros e Investigaciones, en total como unas nueve o diez veces. Que el dinero lo gastó para ayudar en deporte, a niños que estaban estudiando, movilización, ropa, comida; hacía llegar pedidos de cosas, salía con amigos, mujeres y en ese tipo de

cosas. Que ha depositado en la cuenta corriente del Tribunal para reparar en parte el daño causado, dinero que ha podido reunir con la ayuda de su familia y trabajando en lo que sea, incluso cargando camiones.

Que interrogado por la *Defensa de Figueroa Bernales*, agregó, que en su primera declaración señaló que él sólo era el responsable de los giros de las cuentas.

SEPTIMO: Que en el juicio, el acusado *Juan Carlos Figueroa Bernales*, advertido de su derecho a guardar silencio, voluntariamente prestó declaración en estrados, señalando en esencia, que ingresó al Banco en noviembre de 1991, en Cabildo; se desempeñó como administrativo de cobranzas; que después trabajó un año y medio como administrativo en la gerencia de Recursos Humanos, que después se trasladó a Talcahuano donde estuvo un año y dos meses, en atención de clientes, en créditos, cajero. En noviembre de 1993, solicitó su traslado a Coelemu, lugar donde estuvo cinco años, trabajo en cobranzas, en la caja. Después fue trasladado en 1999 a “Los Álamos” donde llegó como cajero, función que realizó por dos años y no tuvo reclamos, luego llegó el cajero automático y solicitó que lo dejaran en atención de clientes, donde abría cuentas de ahorro, estaba a cargo de la contabilidad de la oficina, del cajero automático, no teniendo quejas. Que efectivamente el 7 u 8 de marzo reemplazó a Rómulo en la caja, que este le dijo “pelao me vas a tener que reemplazar y tengo un problema con un cliente”, le dijo si va necesito que me llames por teléfono.

El día 9 de marzo, efectivamente fue ese cliente por lo cual lo llamó por teléfono y le dijo que estaba don Recaredo Ávila en la fila, que éste le señala que tiene un problema de cuadratura, y le pide que le coopere. Éste le fue dando los pasos para realizar dicha transacción, que dentro del journal se ven los movimientos y los errores que cometió, porque no estaba acostumbrado a realizar esas transacciones y que le señaló que él después volvía a arreglar todo. Que con Rómulo eran muy buenos amigos, que no tenía razón para desconfiar de él, que le pedía dinero prestado, que este recibió una herencia el 2004 ó 2005, y se jactaba mucho de lo que hacía en el deporte, que no tenía razón de desconfiar y de su situación económica. Que efectivamente abría cuentas de ahorro que cuando se cerraban, el cliente pasaba donde Rómulo.

Que interrogado por el *Fiscal, el querellante y demandante civil Banco del Estado y el querellante Consejo de Defensa del Estado*, refirió, básicamente que trabajó en el Banco Estado hasta diciembre de 2006 y que esta institución tenía controles rigurosos. Que sacar dinero en forma irregular es grave, es algo complicado y sancionable. Que lo que realizó el 9 de marzo 2006 no es algo común y que ese día siguió las indicaciones de Rómulo. Que no le informó de lo que hizo al Agente, ya que con Rómulo eran amigos y trató de protegerlo, que ese día estaba de Agente doña María Angélica Muñoz. Que ese día realizó el giro del cliente y después los giros para dejar cuadrado la caja, como estaba. Que conocía a don

José Jara, que lo atendía desde el año 1999 y que tenía saldos de 15 millones aproximadamente. Dijo que la cuenta la manejaba éste y al final del año 2005 se la administraba su yerno de nombre Cristian, quien le expresó que tenía problemas en la cuenta y no le especificó de qué se trataba, y le dijo que por qué no cerraba la cuenta a la vista y abría una cuenta corriente. Que una vez mencionó que tuvo problemas que le faltaba dinero en el saldo, no le especificó detalles y que le dijo que hablara con el Agente. Que el día 09 de marzo cuando habló con Rómulo; éste le dijo que había sacado la plata de la cuenta de don Recaredo y que eran como 4 ó 5 millones. Que este le indicó que fuera depositando en cantidades de 900 mil pesos, después hacer los retiros de la misma cuenta de ahorro y que esto no fue sencillo, ya que se equivocó en una o dos oportunidades. Estas transacciones se realizaron por él, desde el terminal 4310 el 09 de marzo, que era el de Rómulo. Se le exhibe el documento acompañado en el auto de apertura en la letra c) número ocho, expresando que el día 09 de marzo de 2006 hay movimientos por un depósito por 5.232.000, hay un giro por 5.232.000 5, depósitos por \$900.000 y uno por \$732.000. La hora del depósito es 14.35; el giro por 5.232.000 a las 14.36 y los 5 depósitos por 900.000 a las 14.37, 14.38 y 14.39, que todos ellos fueron realizados por él. Que el dinero para depositarle a don Recaredo, salió de la caja del Banco del Estado.

Que interrogado por la *Defensa de Villagrán Salinas*, agregó fundamen-

talmente que llamó el día 9 de marzo a Rómulo, puesto que éste le había mencionado que tenía que regularle la cuenta a don Recaredo.

Que interrogado *por su defensa*, señaló en esencia, que no intervino antes del día 09 de marzo de 2006 en las operaciones que realizaba Rómulo. Que respecto de los préstamos que le hacía Rómulo indicó que ascendían a 30 mil, 40 mil, o 100 mil pesos.

OCTAVO: Convenciones probatorias: Que conforme al auto de apertura de este juicio oral, no se celebraron convenciones probatorias.

NOVENO: Prueba de cargo respecto de los ilícitos - Que, con la finalidad de justificar sus cargos y acreditar las circunstancias de los hechos punibles, *el Ministerio Público*, rindió la siguiente prueba que *quedó en el registro de audio, en su integridad* y que consistió en: **I)- PRUEBA TESTIMONIAL:** presentándose en esta condición el testimonio de: a) el testigo **don José Enrique Jara Paredes**, quien depuso sobre la sustracción de dineros de su cuenta de ahorro a la vista que tenía en el Banco del Estado de Chile, sucursal Los Álamos y circunstancias anteriores y coetáneas de ella; b) del testigo *don Cristian Andrés Monsalvez Torres*, quien declaró sobre la sustracción del dinero que tenía en la cuenta de ahorro a la vista en la sucursal de Los Álamos, del Banco del Estado de Chile su suegro don José Jara Paredes, y circunstancias anteriores y coetáneas de ella; c) del testigo don *Carlos Ávila Navarro*, quien dijo en estrados sobre la sustracción de dineros de su

cuenta de ahorro a la vista que tenía en el Banco del Estado de Chile, sucursal Los Álamos, y circunstancias anteriores y coetáneas de ella; d) de la testigo doña *Marta Elena Obreque Caro*, quien depuso sobre la sustracción de dineros de su cuenta de ahorro a la vista que tenía en el Banco del Estado de Chile, sucursal Los Álamos, y circunstancias anteriores y coetáneas de ella; e) del testigo don *Roberto Andrei Peña Luengo*, quien depone sobre el conocimiento que tiene sobre el manejo de la oficina de Los Álamos del Banco del Estado y de los hechos anteriores, simultáneos y posteriores, objeto de la acusación; f) del testigo don *Recaredo Ávila Millar*, quien depuso sobre la sustracción de dineros de su cuenta de ahorro a la vista que tenía en el Banco del Estado de Chile, sucursal Los Álamos y circunstancias anteriores y coetáneas de ella; g) del testigo don *Hugo Ricardo Aravena Baeza* quien declaró sobre el conocimiento que tiene sobre el manejo de la oficina de Los Álamos del Banco del Estado y de los hechos anteriores, simultáneos y posteriores, objeto de la acusación; h) del testigo don *Luis Eugenio Acevedo O’Ryan*, quien depone sobre la auditoria e investigación que se hizo por encargo del Banco sobre la sustracción de dineros desde cuentas de ahorro; i) del testigo don *Enrique Alfredo Valenzuela Mardones*, quien depone sobre la auditoria e investigación que se hizo por encargo del Banco sobre la sustracción de dineros desde cuentas de ahorro; j) de la testigo *María Angélica Muñoz Rodríguez*, quien depone sobre el conocimiento que tiene sobre el

manejo de la oficina de Los Álamos del Banco del Estado y de los hechos anteriores, simultáneos y posteriores, objeto de la acusación.- **II) PRUEBA PERICIAL.**- presentándose en esta condición el testimonio del perito contable de la Policía de Investigaciones, don *Francisco Javier Contreras Arellano*, para declarar respecto del informe contable que realizó a las cuentas de ahorro defraudadas. **III) PRUEBA DOCUMENTAL.**- que consistió en la prueba ofrecida en la letra c) y que fue incorporada mediante la lectura extractada: C3) Copias de las liquidaciones de remuneraciones percibidas durante los años 2004, 2005 y 2006 de los imputados Rómulo Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernales; c4) Copia de la investigación interna realizada por el Banco del Estado en la Sucursal Los Álamos denominada “Investigación por depósitos y giros realizados en forma fraudulenta a las cuentas de ahorro por el cajero Rómulo Villagrán Salinas y el asistente atención clientes Juan Carlos Figueroa Bernales”, que se contiene en dos carpetas; c5) Copia de los contratos de trabajo y sus respectivos anexos correspondiente a los imputados Rómulo Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernales; c6) Informe obtenido de la página web del Servicio de Impuestos Internos respecto al valor de a unidad tributaria mensual durante los años 2004, 2005 y período enero-agosto 2006; c7) Informe de licencias médicas del imputado Rómulo Villagrán Salinas correspondientes a los años 2001 a 2006, obtenido de la página de recursos humanos en línea del BancoEstado;

c8) Listado de transacciones realizadas en la caja del BancoEstado Sucursal Los Álamos el día 9 de marzo de 2006 denominada “Journal Caja Terminal 4310-Los Álamos- 09-03-2006”; c11) Fotocopia de libreta de ahorro N°XXX desde el 27 de junio de 2006 hasta el 14 de agosto de 2006 y fotocopia de comprobantes de saldo de cuenta de ahorro de la misma libreta de fecha 07/07/2006 20:26 M7540 y de fecha 10/07/2006 09:31 M7551; c12) Fotocopia de libreta de ahorro a plazo N°XXX cuyos titulares son don Carlos Ávila Navarro y doña Marta Obreque Caro; y c13) Fotocopia de comprobante de saldo de cuenta de ahorro de la cuenta N°XXX de fecha 06/09/2006 14:20 M7541. **IV PRUEBA MATERIAL.-** la que fue ofrecida en la letra d) del auto de apertura y que fue incorporada con la exhibición que se hizo al testigo Roberto Peña Luengo, entre otros, y al perito Francisco Contreras Orellana consistente en d1) Una Libreta de Ahorro para la Vivienda del BancoEstado, sin nombre del titular, número de cuenta XXX; y d2) Una Libreta de Ahorro a la Vista del BancoEstado, a nombre de Romualda Varela Manríquez, número de cuenta XXX. **V OTROS MEDIOS DE PRUEBA.-** la que fue ofrecida en la letra e del auto de apertura y que fue incorporada mediante su lectura resumida y que consistió en: e3) Cartola de cuenta N°XXX contenido en anexo N°3 anexo al Informe Pericial Contable N°039 del Laboratorio de Criminalística Regional Concepción de la PICH; e4) Estado de cuenta de ahorro a plazo bipersonal N°XXX de los titulares Marta Elena Obreque

Caro y don Carlos Ávila Navarro, remitida mediante Oficio 0026 de fecha 18 de abril de 2007 del Abogado Sub Jefe Sección Defensa Judicial-Fiscalía don Domingo Cuadra Gazmuri; e5) Estado de cuenta de ahorro a la vista unipersonal N°XXX del titular José Enrique Jara Paredes, remitida mediante Oficio 0027 de fecha 18 de abril de 2007 del Abogado Sub Jefe Sección Defensa Judicial-Fiscalía don Domingo Cuadra Gazmuri; y e6) Estado de cuenta de ahorro a la vista N°XXX del titular Recaredo Ávila Millar, remitida mediante Oficio 0028 de fecha 18 de abril de 2007 del Abogado Sub Jefe Sección Defensa Judicial-Fiscalía don Domingo Cuadra Gazmuri.

DÉCIMO: Prueba del querellante y demandante civil Banco del Estado.- Que, a su turno deberá dejarse constancia que la prueba ofrecida por la querellante Banco del Estado de Chile era común con la del Ministerio Público, la que señaló, tuvo oportunidad de interrogar, solo incorporó como prueba documental, mediante la lectura extractada, un certificado extendido con fecha 08 de mayo de 2008 por el Agente del Banco del Estado sucursal Los Álamos, que acredita que dicha institución restituyó los valores defraudados a los tres titulares de las cuentas de ahorro.

UNDECIMO: Prueba del querellante Consejo de Defensa del Estado.- Que, a su turno deberá dejarse constancia que la prueba ofrecida por el querellante Consejo de Defensa del Estado era común con la del Ministerio Público la que señaló tuvo oportunidad de interrogar.

DUODECIMO: *Prueba de la Defensa del acusado Rómulo Alberto Villagrán Salinas.*- Que, a su turno deberá dejarse constancia que la prueba ofrecida por esta defensa era común con la del Ministerio Público la que señaló tuvo oportunidad de contrainterrogar.

DECIMOTERCERO: *Prueba de la Defensa del acusado Juan Carlos Figueroa Bernales.*- Que, a su turno deberá dejarse constancia que la prueba ofrecida por esta defensa era común con la del Ministerio Público la que señaló tuvo oportunidad de contrainterrogar.

DECIMOCUARTO: *Hechos y circunstancias que se dieron por probados.*- Que, con los elementos de convicción referidos precedentemente el Tribunal, estima que se encuentra justificado: “Durante los años 2004, 2005 y hasta agosto del año 2006, el acusado Rómulo Alberto Villagrán Salinas, quien se desempeñaba en esa época como cajero del Banco del Estado de Chile, sucursal Los Álamos, detentando la calidad de funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, realizo giros de dinero desde tres cuentas de ahorro de clientes que mantenían en dicha institución en calidad de depósito, totalizando un monto aproximado de \$42.071.940, dinero que sustrajo, afectándose con ello la cuenta de ahorro bipersonal de don Carlos Ávila Navarro y de doña Marta Obreque Caro, la cuenta de ahorro de don Recaredo Ávila Millar y la cuenta de ahorro de don José Jara Paredes, realizando la mayoría de los giros desde su caja, con conocimiento y colaboración del acusado Juan Carlos Figueroa Bernales, quien se desempe-

ñaba como Asistente de Atención de Clientes de dicha institución. Que para realizar estas operaciones el acusado Sr. Villagran con la colaboración del acusado Figueroa Bernales, utilizaba libretas de ahorro canceladas por sus titulares y que no eran destruidas, grabando en su banda magnética los datos de las cuentas defraudadas, para posteriormente realizar los giros”.

DECIMOQUINTO: *Valoración de los medios de prueba que fundamentan los hechos que se han tenido por acreditados.*- Las conclusiones fácticas referidas en el motivo anterior, encuentran sustento en los testimonios y pruebas recibidos por estos sentenciadores en audiencia de juicio, testimonios que, percibidos directamente por el Tribunal -bajo el prisma de la intermediación- han hilado razonadamente la impresión de veracidad de ocurrencia y justificado, a entender de la unanimidad de sus miembros, que el órgano acusador y los querellantes han logrado acreditar no sólo los hechos punibles contenidos en su acusación, sino además, la participación culpable atribuida al acusado **Rómulo Alberto Villagrán Salinas**, en calidad de **autor**, y la de **Juan Carlos Figueroa Bernales**, en calidad de **cómplice** en la ejecución del delito de Malversación de Caudales Públicos, por lo que en su mérito, deberá dictarse sentencia **condenatoria** en contra de ellos.

En efecto, acerca de las circunstancias en que los hechos ocurren, y la participación que cada uno de estos les cupo en ellos, es pertinente señalar que la convicción de tribunal se ha establecido sobre la base de la declaración de las siguientes personas:

1) Declaración de don *José Enrique Jara Paredes*, quien en estrados, señaló: que la plata que él tenía, cada cierto tiempo mermaba, y que le reclamaba a los jóvenes y le ponían la plata en la cuenta al otro día, pero que había plata que no la ponían nunca, de primera el no controlaba, que después la controlaba su yerno. Que tenía una cuenta a la vista en el Banco del Estado, en “Los Álamos”. Que se daban cuenta que les faltaba plata porque pasaban la libreta por la parte donde se desliza y ahí, cuando faltaba aparecía menos plata, reclamaba, veíamos y aparecía la plata. Que le reclamaban en el mesón a don Juan Carlos y el les decía que era un error de computación, entonces le reponía la plata. No sabe si era él u otra persona. Un día sábado vió que en la cuenta faltaban 14 millones y le reclamó a don Juan Carlos. Dijo que fue su yerno a la casa de este a decirle que faltaba esa plata y que este le dijo que debía ser un error de computación y que el día lunes estaría verificando dicha información el día indicado y la cuenta estaba normal. Que tenía depositados como 33 millones. Que en una oportunidad le faltaba un millón y que lo repusieron, pero que no sabe desde cuándo le estaban sacando plata. Que su yerno cuando realizaba un control, le señalaba tanta plata va a llegar ahora y no estaba la plata que debía haber. Que no sabe cuánta plata le sacaron. Que conversó varias veces con don Juan Carlos y que es buena gente. Que no hizo reclamos en el Banco y que le devolvieron el dinero.

Que interrogado por el *querellante y demandante civil Banco del Estado y la*

querellante Consejo de Defensa del Estado, señaló, que lo que relato ocurrió como hace dos años y que el banco le devolvió todo el dinero.

Que conainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, refirió que conversaba con don Juan Carlos porque era más fácil, que este era el que estaba en el mesón y siempre le solucionó los problemas.

Que conainterrogado por la *defensa de Figueroa Bernales*, ratificó que sólo conversaba con don Juan Carlos y con don Rómulo casi nunca, porque éste estaba en la caja.

2) Declaración de don *Cristian Andrés Monsalvez Torres*, quien en estrados, señaló: Que don José Jara es su suegro y su jefe, ya que trabaja directamente con él, hace como 3 años y que le ayuda a administrar sus bienes. Que en temas bancarios él le dio un poder para girar y depositar dinero en una cuenta a la vista. Que no sabe desde cuando mantiene don José esa cuenta, pero que es aproximadamente desde que se abrió la sucursal. Que él le administra los dineros a su suegro desde el 2004, que iba antes a girar dinero, cuando se hacían comprobantes, que como a los 6 meses le dio un poder. Que tiene conocimiento que tuvo problemas con esa cuenta, a raíz de que una vez falto un millón de pesos, y fue al banco y le comunicó a don Juan Carlos que faltaba ese dinero. Él revisó algo y le dijo que había un problema de digitación, y que el dinero se iba a reponer dentro del día o al otro día. Además, un día viernes, pasé al Banco en Cañete y faltaban aproximadamente 14 millo-

nes; ahí fue que se dirigió a la casa de Juan Carlos, y le preguntó qué había sucedido, y que él le dijo que había habido un error de sistema y que se solucionaría el lunes. Que fue a verificar, estaba todo el dinero, después habló con don Hugo, el Agente, y le señaló que había faltado ese dinero ese fin de semana. Que no hablo con el agente de inmediato porque le había pedido que no lo hiciera, don Juan Carlos. Que lo del millón fue en el 2006, no recuerda bien.

Que interrogado por el *querellante y demandante civil Banco del Estado*, sólo agregó, que el Banco le devolvió todo el dinero a su suegro y que eran como \$13.400.000, aproximadamente.

Que contrainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, sólo ratificó, que cuando le faltaba dinero recurrían a don Juan Carlos y les solucionaba el problema, ya que don Rómulo estaba en la caja y solo lo saludaban.

3) Declaración de don *Carlos Ávila Navarro*, quien en estrados, señaló: que tenía una plata en el Banco y que le fueron a avisar del tribunal de Lebu que tenía que ir pronto a “Los Álamos” a ver su plata y que se encontró con que le faltaba plata, luego de ello habló con al agente y él le dijo lo que había pasado, y eso sería lo que podría decir. Que la cuenta que mantenía era bipersonal con su señora que se llama Marta Obreque. Que no recuerda cuándo la abrieron, que tenían como 14 millones y cuando la fue a ver le quedaban como 80 y tantos mil pesos. Que se enteró que le faltaba la plata el 25 de agosto del

2006, porque le fueron a avisar, sino no se habría dado cuenta. Que después le dijeron que el Banco les iba a devolver la plata, cosa que ocurrió.

4) Declaración de doña *Marta Elena Obreque Caro*, quien en estrados, señaló: que tenía una plata en una cuenta de ahorro en el Banco del Estado, que al año la iba a ver, que la citaron un día en agosto, señalándole que había una error en el Banco, que Investigaciones llegó a su casa y los llevaron al Banco. Ahí se dieron cuenta que faltaba dinero, era de ella y de su esposo. Que tenían depositado \$14.844.761, en el Banco del Estado, en “Los Álamos”. Que hablaron con el Agente y se enteraron que sólo tenían en la cuenta \$89.761. Que supo que los que habían sacado la plata eran Rómulo Villagrán y Juan Carlos Figueroa. Que no recuerda cuando abrieron la cuenta. Que el Banco le restituyó todo el dinero que le habían sacado.

5) Declaración de don *Roberto Andrei Peña Luengo*, quien en estrados, señaló: Que actualmente trabaja en el Banco del Estado en Lebu y antes lo hacía en “Los Álamos”, que lleva 38 años de funcionario. Que en la oficina de “Los Álamos” trabajo entre los años 2002 a diciembre 2005. Que en esa sucursal había tres funcionarios fuera del Agente, uno de atención clientes, un cajero y un vigilante. Era una oficina E, de las más chicas de la categoría, trabajaba como atención de clientes Figueroa Bernal, cajero Villagrán, y el vigilante era Víctor Monsalve. Que la labor que desarrollaba el cajero, era como en todo banco, siendo los únicos autorizados para

recibir dineros de los clientes que van a depositar y girar, su labor era llevar toda la documentación propia de su trabajo, hacer un legajo y llevar un control de los dineros que se solicitan para abastecer a la oficina de los dineros correspondientes. Que la labor de Figueroa Bernales, era más compleja, el atendía todas las inquietudes de los clientes, apertura de cuentas, fiscalizar el trabajo del cajero, es como ayudante del cajero, realizaba los vistos buenos de los cheques, lleva toda la contabilidad de la oficina, abre y cierra la oficina contablemente. Que la apertura de libretas consistía en solicitarle su carnet al cliente y se abre la cuenta de ahorro con una determinada cantidad de dinero, que se le entrega para que pase a la caja a dejar el dinero, previa identificación de domicilio, carnet y se procede a abrir la cuenta. Que se le exhibe al testigo la prueba material signada con la letra d1 y d2, señalando que la d2 es una cuenta de ahorro a la vista, a nombre de Romualdo Varela Manríquez, cuenta que proviene de otra libreta y que parece que la abrió el Sr. Figueroa porque tiene su visto bueno, en ella hay una serie de giros por \$990.000, lo que es técnicamente poco usual, imposible, que un cliente va a girar en un solo día \$990.000, hay 14 giros de \$990.000 en un día, señala que es totalmente inusual. Que el número original de la cuenta es XXX y cuyos tres primeros movimientos son por \$100.000. Luego fue cancelada con fecha del 14 de febrero, pero los giros a partir del 10 de julio no corresponden a la libreta y todas las cantidades giros posteriores son de otra libreta o de otra cuenta. Que al ser cancelada

una cuenta esta queda en cero y se entrega toda la plata al cliente, y la libreta debe romperse, inhabilitarla sobre todo con la cinta magnética, que debe ser destruida. Esa labor le corresponde al señor Figueroa porque él era de atención de clientes. Todos los movimientos fueron hechos desde el terminal 4310, que era del cajero. Que cree que esa libreta fue mal usada, que al lado izquierdo aparece un número de cuenta, el que debe ser coincidente con el número de cuenta que aparece en la tapa, todos los movimientos contables deben ser del número correspondiente a la cuenta y aquí aparecen dos números, que a esa cuenta se le dio mal uso. Que la libreta signada como d2, es una libreta de ahorro vivienda que se abrió el 24.11.05 en la oficina Los Álamos, la abrió el señor Figueroa, a nombre de Rosa Llancao Aníñir, cuyo depósito de apertura es de 80 mil pesos, que el mismo día de su apertura esta fue cancelada, que esto le parece raro. Que el 14.07.05 aparece otro número de cuenta, que es de Lebu, aparecen movimientos que son giros por \$990.000 de una cuenta que no corresponde al número de cuenta que se abrió el 24.11.05, hay 15 giros, 14 por \$990.000 y uno por \$45.240, otro giro el 18.07.06 dando el detalle de los movimientos. Señaló que los movimientos aparecen asociados a un número que no es el mismo número de la cuenta que se abrió y que esto es una doble contabilidad, se puso el movimiento de otra cuenta. Que la actualización de las libretas le corresponde solamente a atención clientes, al señor Figueroa, esto se hace cuando una cuenta de ahorro

tienen cierto límite de movimientos o transacciones, si una libreta tenía 30 movimientos se bloqueaba, el cliente tenía que ir a actualizar esa libreta, eso se hace en atención clientes, antes lo podía hacer el cajero y fue así hasta el año 2005.

Interrogado por la *querellante y demandante civil Banco del Estado*, agregó, que el límite para depósitos y giros era de un millón de pesos y que bajo esa cantidad era de responsabilidad del cajero.

Interrogado por la *querellante, Consejo de Defensa del Estado*, precisó que tiene entendido que el Banco hizo una investigación de los hechos ocurridos en la oficina de “Los Álamos” y devolvió el dinero a los clientes.

Que conainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, ratificó que la persona encargada de la apertura y cierre de las cuentas era el señor Juan Carlos Figueroa y que este estaba encargado de romper la cinta magnética cuando se cerraba una cuenta y que el cajero debía hacerlo cuando el cliente retiraba la plata.

6) Declaración de don *Recaredo Ávila Millar*, quien en estrados, señaló: que tenía una cuenta de ahorro que abrió el año 1963 en Lebu. Que se enteró que había tenido problema con su cuenta una vez que de Investigaciones lo llamaron a declarar, el 05 de septiembre de 2006 y que le dijeron que le habían sacado una plata de la libreta. Ahí se pudo dar cuenta de eso, antes no se había dado cuenta de nada, que él iba a depositar plata y me la anotaban en la libreta,

pero no me daba cuenta que habían otros movimientos. Que tenía como 14 millones y cuando le avisaron del problema tenía \$55.000. Que no había realizado giros puesto que estaba juntando plata porque quería comprar un tractor, cuando se encontró con la novedad. Que recuperó su dinero porque el Banco se la devolvió. Dijo que don Rómulo Villagrán era muy atento, muy bueno, nunca se imagino lo que estaba sucediendo.

7) Declaración de don *Hugo Ricardo Aravena Baeza*, quien en estrados, señaló: que es el Agente del Banco del Estado, oficina de “Los Álamos”, a contar de enero de 2006. Que el día 4 de septiembre de 2006, conversó con don Rómulo a raíz de una queja de don Cristian Monsalve, que manejaba una cuenta de don José Jara, el que fue un día lunes a decirle que le faltaba dinero en su cuenta, se pidieron los antecedentes del caso y al revisar los legajos se percató que faltaban varios giros y depósitos, a raíz de esto conversó con Rómulo y le dijo que había cometido un error. Que su familia estaba amenazada por no sabe quién y que eran 28 millones de pesos, los que había defraudado. Que llamó a su jefe, quien estaba con el abogado y que le solicitaron que presentara el reclamo en la comisaría de “Los Álamos”. Que la oficina estaba compuesta por un cajero, Rómulo Villagrán, atención clientes, Juan Carlos Figueroa, un vigilante y el Agente, cargo que el ocupaba. Aclara que don Cristian Monsalve, le indicó que le llamaba la atención ya que había sacado dos papeles del dispensador de saldos, que primero

le aparecían 17 millones y después 34 millones. Le pidió explicaciones del caso y que el pidió un detalle de las transacciones del terminal 4310 donde salen todos los movimientos de ese día, tanto haber y debe y descubrió que faltaban 15 giros, que no había ningún papel que lo sustentara, que faltaban los depósitos que correspondían, faltaban los papeles, estaban solo las transacciones y que los montos eran por 990 mil pesos, eran como 14 y uno por menos cantidad. Que después de descubrir lo que ocurría fue a la Comisaría, a la Fiscalía y a Investigaciones. Que además de don José Jara habían otras cuentas defraudadas que eran de don Recaredo Ávila, y la de don Carlos Ávila y Marta Obreque, por una suma similar ambas de 14 millones. Que se le exhiben las fotocopias de la libreta de ahorro y comprobantes de saldos, acompañada bajo el número 11 de la letra c de los documentos del auto de apertura, y señala que se trata de los documentos que le mostró don Cristian Monsalvez el día que converso con él, es la libreta don José Jara, donde aparecen 37 millones y fracción, consulta de saldo el 07.06.06 de la misma cuenta en que se señala como disponibles 19 millones y fracción, y otra consulta de saldo del día 10.07.06 donde tiene 34 millones y fracción. Que se le exhibe fotocopia de la libreta de ahorro XXX, documentos que fueron acompañados bajo el número 12 de la prueba documental, señalando que se trata de una libreta abierta en la sucursal "Los Álamos" y que tiene un depósito por \$14.844.761, y se le exige fotocopia del comprobante

de saldo de la misma cuenta de fecha 06/09/2006, acompañado bajo el número 13 de los documentos el que reconoce como el saldo de \$89.761 disponibles a esa fecha- Que indica que la defraudación se hizo a través de giros de dinero que quedaban registrados en una libreta que no era la del titular, se actualizaban las libretas, se hacían en las libretas de posteo, operaciones que eran realizadas desde el terminal de Rómulo Villagrán. Que las actualizaciones se hacían por don Juan Carlos Figueroa.

Que interrogado por el *querellante y demandante civil Banco del Estado*, agregó, que los clientes afectados eran tres y que el Banco les restituyó las sumas de dinero que les fueron sustraídas.

Que conainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, ratificó que don Rómulo le confesó su error, y que se trataba de más de 28 millones de pesos y que nadie más sabía del hecho. Que cuando fue a realizar la denuncia de lo que había ocurrido a Carabineros lo acompañó don Rómulo y que declaró narrando lo que había hecho y que de que esto no estaba en conocimiento el jefe. Que don Rómulo nunca tuvo intención de huir o el no vio que la tuviera. Que Juan Carlos Figueroa, en alguna oportunidades trabajaba en las cajas, cuando se requería, pero que no era habitual y que cuando lo hacía las operaciones eran hechas desde el terminal de Rómulo.

8) Declaración de don *Luis Eugenio Acevedo O'Ryan*, quien en estrados, señaló: que como auditor pertenece a la contraloría del Banco. Que en sep-

tiembre de 2006 llegó un comunicado de la gerencia de la zona sur manifestando que requerían la presencia de dos auditores para investigar un fraude a cuentas de ahorro por 28 millones de pesos. Que llegaron a la sucursal de los hechos, en “Los Álamos”, y pidieron los movimientos contables de las cuentas involucradas, los registros, citaron a los clientes afectados, y les solicitaron las libretas de ahorro. Revisaron los movimiento de las libretas y los movimientos que registraba el Banco, y habían demasiadas transacciones que no estaban registradas en las libretas de los titulares y que si estaban en los registros del Banco y que afectaban a don Recaredo Ávila, a don José Jara y a la cuenta bipersonal de Carlos Ávila Navarro y Marta Obrique Caro. Después de las revisiones que demoraron mucho tiempo porque no existían respaldos de giros o depósitos. Estas transacciones hechas por caja, las realizó el cajero que se desempeñaba como tal, don Rómulo Villagrán, este, comenzó el fraude a la cuenta del señor Jara, que es el primer cliente, en julio de 2004, ahí comenzó a hacerle transacciones sin la autorización del titular, cuando posteriormente veía al señor Jara en la oficina cursaba tantos depósitos como fuera necesario para enterarle el saldo que tenía en la libreta, hacía el movimiento que iba a realizar el señor Jara y después hacía tantos giros como fuera necesario para cuadrar el borrador de caja. Después, el señor Villagrán nos dijo que había tenido que intervenir otras cuentas y al final le comprobaron un ilícito por 42 millones de pesos aproximada-

mente. Señaló que en el Banco se implantó un código de seguridad, en el año 2005 en abril o mayo, donde se les destinó la función de actualización de libretas a los Asistentes de Mesón de Clientes, quitando el perfil a los cajeros, desde ese momento Villagrán necesito de alguien que actualizara libretas, es así que pudieron detectar como 5 o 6 actualizaciones efectuadas por don Juan Carlos Figueroa que era Asistente de mesón de clientes, actualizaciones que escondían movimientos irregulares. Agregó, que entre 8 y el 12 de marzo de 2006, don Rómulo se enfermó y lo reemplazó don Juan Carlos Figueroa. Antes de salir de licencia médica Villagrán curso un giro de \$5.232.000 en la cuenta de Recaredo Ávila para cuadrar sus platas y entregar saldo conforme. El 9 de marzo de 2006 don Recaredo fue a hacer una transacción, y el señor Figueroa cuando lo vio según les había relatado, llamó a Villagrán, quien lo instruyó que cursara depósitos por ese monto pero para que no fuera detectado curso cinco depósitos de \$990.000 y uno de 732 porque hasta un millón el banco no tiene control sobre la transacción. Don Recaredo Ávila hizo su transacción y cuando se retiró Figueroa hizo un giro por \$5.232.000 para cuadrar el saldo de la caja. Agregó que el Banco implementó los códigos de seguridad, como una forma de disminuir el riesgo en cuanto a fraudes, que se decidió dividir esta función que cumplían antes los cajeros, para que el asistente de clientes hiciera las actualizaciones y los cajeros solo las transacciones de giros o depósitos. Que la revisión fue exhausti-

va, que encontraron cerca de 400 transacciones, hubo que revisar documentos de respaldo ya que cuando veían al cliente le cursaban un depósito por la cantidad defraudada y cuando se retiraba le hacían el giro para poder cuadrar la caja. En términos prácticos lo hacían en una libreta que tenían ellos. Las libretas están en poder de los titulares, en alguna parte tenían que reflejar el código de seguridad que entrega el sistema cuando se hace actualización o giro, tenían que tener al menos el último código de seguridad. Entre las libretas que terceros iban a cancelar sus cuentas, no las destruían, que se llaman libretas de posteos, anotaban todos estos movimientos de 990 mil pesos, ahí estaban registradas, cuando llegaban los clientes le efectuaban la actualización. Actualizaban la libreta y quedaban los datos en la libreta de posteo. La información quedaba registrada en una cinta negra, la banda magnética, ahí queda registrado el número de la cuenta, el saldo y la línea donde debe ir anotada el próximo movimiento que se efectuaría en la cuenta. Después de haber empezado a realizar algunos movimientos en los cajeros automáticos el yerno del señor Jara, entró en sospechas porque tenía movimientos extraños, pero los saldos coincidían lo que le relató al Agente de la oficina involucrada. Este Agente conversó con Rómulo Villagrán y éste le expresó en una nota que él había hecho este fraude por 28 millones y que pedía disculpas, después fue detenido, tratamos de hablar con él en una oportunidad y posteriormente pudimos hablar con él en el penal y ahí el nos informó

que estaba en conocimiento del fraude del asistente de atención de clientes de la oficina don Juan Carlos Figueroa, y que los 28 millones se los habían repartido en partes iguales. Que entrevistó a don Juan Carlos Figueroa y que este les dio pistas, y empezaron a sospechar que podía estar comprometido y mirando en recursos humanos, los permisos y licencias de Villagrán, encontraron una licencia del 9 de marzo de 2006, por lo que empezaron a cotejar si había movimientos esos días y encontraron que de la cuenta de don Recaredo Ávila se habían efectuado transacciones. Que al principio Figueroa señaló que no se acordaba, pero que al día siguiente, les confesó que tenía conocimiento de esto. Que el mismo día que fue don Recaredo a la sucursal, llamó a Villagrán quien le dijo como tenía que hacerlo y el reconoció que cursó los \$5.232.000 para cuadrar el saldo y después realizó giros desde esa cuenta por la misma cantidad. Que tuvo a la vista los movimientos de las cuentas defraudadas. Que se le exhibe el documento signado con el número 8 de la letra "c" de la prueba ofrecida por el Ministerio Público y que reconoce en éste 5 depósitos por \$900 mil y uno por 732 mil. Hay otro depósito de 5.232.000 con una reversa, y un giro por 5.232.000. Anterior a eso tiene muchas transacciones, de 990 mil pesos. Que desde la cuenta bipersonal de Carlos Ávila y señora Marta Obreque, hay 17 giros que suman 14 millones y fracción, hay 14 de \$990 mil y uno de \$200 mil, uno de \$195 mil y uno de \$500 mil, movimientos que no figuran en la libreta de don Carlos y señora. El único mo-

vimiento que registra son los 14 millones y fracción que traspasó de una libreta a otra. Que la cuenta de don José Jara, fue elegida por Villagrán porque mueve muchos millones, según les indico, así lo demuestra su cuenta. Que en esta cuenta hicieron un rastreo desde enero de 2004, que empezamos a cotejar movimientos todo estaba bien hasta julio 2004 donde encontraron un giro por 620 mil pesos, al ir a ver la papeleta, la firma registrada era total y absolutamente disconforme con la registrada en el Banco, la firma del señor Jara era totalmente diferente a esta, le preguntamos a Villagrán y nos dijo que se lo había pasado Figueroa y desde ese momento empezamos a hacer conciliación de la cuenta hay muchos movimientos, el señor Jara hacia movimientos, y también retiraba cantidades grandes. Cuando el yerno empezó a hacer movimientos en cajero automático fue a hablar con Villagrán y cursó un depósito dando por conforme el saldo, pero hicieron la conciliación, y constataron que si habían 5 giros de 900 mil pesos había un deposito por 4.500.,000 pero había un giro de 400 mil extra, otro día que iba estaban los 5 giros de 900 mil pesos, más un giro de 400 mil pesos y a su vez un deposito de \$4.900.000, pero a su vez tenía otro giro extra de \$500.000, todos estos giros extras alcanzaron una cifra de 13 millones aproximadamente, que no estaban declarados como cuenta defraudada. Cuando pudieron conversar con Villagrán, confesó que esta cuenta también la tenía defraudada en más de 10 millones de pesos, por lo que se le restituyo al señor Jara, los 13 millo-

nes de pesos y fracción, y ahí se alcanzo la suma de 42 millones de pesos aproximadamente. Que la destrucción de las libretas de acuerdo al organigrama correspondía al asistente de atención clientes, el señor Figueroa. Que fuera de la declaración del señor Villagrán, sólo conversamos con Figueroa y le pedimos autorización para revisar su cuenta corriente, en la que tenía movimientos que no correspondían a pagos de remuneraciones del banco, que son los 24 sueldo y los 4 las gratificaciones y estos depósitos eran del orden de los 20 a 25 millones de pesos y nos contestó que eran depósitos producto de los giros que le había hecho el señor Villagrán a las cuentas de ahorro defraudadas, que se habían depositado en su cuenta, más o menos 50 millones que no correspondían a sus remuneraciones.

Que interrogado por el *querellante y demandante civil Banco del Estado*, agregó que el Banco restituyó los dineros defraudados a sus clientes. Que quien sufrió en definitiva el perjuicio fue el Banco del Estado.

Que conainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, reafirmo que las operaciones irregulares se realizaron desde el terminal 4310 que estaba asignado al cajero Sr. Rómulo Villagrán, que era el único cajero de la sucursal. Que este el día 9 de marzo de 2006 fue ocupado por otro cajero y se hicieron movimientos que afectaron a la cuenta de don Recaredo Ávila por \$5.232.000. Que se entrevisto con Rómulo Villagrán en el penal de Lebu y que este les señalo que además estaba implicado en el

fraude don Juan Carlos Salinas. Que don Rómulo siempre coopero con la investigación y fue muy llano a decirnos todo lo que había hecho.

Que conainterrogado por la *defensa de Figueroa Bernales*, refirió que la única intervención en que participó el Sr. Figueroa y que afectó a las cuentas de los clientes involucrados fue las operaciones realizadas el día 09 de marzo de 2006, pero que si tiene actualizaciones de libretas a través del terminal 2158, y que fueron más o menos como 5 ó 6 veces, por lo que tiene algún grado de responsabilidad.

9) Declaración del Perito Contable de la Policía de Investigaciones de Chile, don *Francisco Javier Contreras Arellano*, quien en estrados, en esencia, señaló: que a petición de la Fiscalía de Lebu, realizó peritaje contable con el propósito de establecer el delito de Malversación de Caudales Públicos en el que habrían tenido participación el Sr. Villagrán y Figueroa. Para realizarlo, dijo, se acompañó copia de carpeta de investigación, dos libretas de ahorro con cadena de custodia y un mail que explicaba códigos de uso del Banco. Parte con una denuncia hecha por Hugo Aravena, Agente de la sucursal, en la Tenencia de Los Álamos; la confesión de Rómulo Villagrán; las libretas de ahorro de los clientes y libretas asociadas; cartolas bancarias que reflejan la totalidad de los movimientos en esas cuentas. Se periciaron tres cuentas, dos asociadas a las evidencias, la primera fue la de Carlos Ávila y Marta Obreque, la que fue abierta el 22 de mayo de 2006 y posterior a eso se registraron

movimientos asociados a una libreta bruja, donde se registró y comparó con las cartolas bancarias encontrándose una sustracción de fondos de 14 millones aproximadamente. La segunda cuenta era de don Recaredo Ávila, donde en su libreta no registra movimientos, pero sí registra movimientos en las cartolas bancarias por transacciones por 14 millones y fracción; y una tercera de don José Jara donde no había libreta clonada, pero se comparó con cartolas bancarias sin movimientos en libretas originales, pero sí se sustrajeron fondos por aproximadamente 13 millones.

Se estableció en el peritaje las responsabilidades administrativas respecto de autorizaciones de códigos que prestó el encargado de Servicio al Cliente al Sr. Villagrán cuando se realizaban más de 30 ó 40 operaciones en una cuenta.

Además, manifestó que su peritaje estableció que la cantidad defraudada ascendería aproximadamente a 42 millones de pesos, la que difiere en 620 mil pesos con la investigación realizada por la contraloría del Banco Estado, porque en la realizada por él, no se reconoció un comprobante de giro por la cantidad señalada en la que aparecía como adulterada la firma del titular de la cuenta, para lo que se requería una pericia caligráfica. Indica que su informe concluye que en la cuenta de don Carlos Ávila, se sustrajeron aproximadamente \$14.755.000, mediante el empleo de una libreta clonada asociada, abierta en septiembre de 2000 y cancelada el 14.02.06 la que debió ser destruida; que se confirmó que se sustrajeron de

la cuenta de don Recaredo Ávila, con una libreta clonada abierta el 5 de noviembre y cancelada el mismo día, la suma aproximada de 14 millones y algo más de pesos, y de la cuenta de don José Jara, la suma aproximada de 12 millones pesos, la que se estableció a partir de la comparación de cartolas y libreta original. En total de acuerdo a su peritaje lo sustraído asciende a la suma de \$41.451.940.- y se estableció las responsabilidades administrativas de Figueroa por autorización de códigos y desbloqueo de las cuentas.

Que interrogado por el *Fiscal*, agregó que, las libretas que tuvo a la vista para realizar su peritaje eran una de ahorro para la vivienda y una de ahorro a la vista. Se tabularon en una planilla para ver los movimientos y compararlos con las libretas originales y la cartola bancaria. Que se le exhibe la prueba material signada en el auto de apertura con las letras D1 y D2, señalando que una de estas corresponde a la cuenta número XXX y que las primeras cuatro operaciones son de esa cuenta, correspondiendo la última de ellas a la cancelación la que se realizó con fecha 14/02/2006. Que a contar de la quinta línea hay movimientos que corresponden a la cuenta XXX con una consulta de saldo por 14 millones y fracción el 14.06.06; luego 17 giros por 990 mil, de fecha 10.07.06; más uno de fecha 17.08.06, otro el 22.08.06, otro el 25.08.06. Esta cuenta era de don Carlos Ávila y doña Marta Obreque. Que tuvo a la vista la copia de la libreta original de Ávila y Obreque, que reflejaba como fecha de apertura

el 22.05 y un saldo por \$14.844,761, la misma que aparece como consulta de saldo y en las líneas siguientes aparece una consulta de saldo por \$89.000 y un depósito por \$14 millones y fracción, que corresponde a la restitución de los fondos. Que la segunda libreta que se le exhibe corresponde a la número XXX cuyo titular era doña Rosa Llancao Aniñir, abierta con \$80.000 el día 24.11.05 y cancelada el mismo día, con código 13, por la misma cantidad, esta libreta tenía que haber sido destruida el mismo día. Que en esta hay una consulta de saldo con fecha 14.07.06, el que arroja \$13.624.609, a la cuenta de don Recaredo Ávila, para posteriormente realizar desde ella una serie de giros y depósitos que fueron realizados desde el terminal de la caja de la sucursal del Banco del Estado que pertenecía al Sr. Villagrán.

Contrainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, ratificó que Juan Carlos Figueroa tiene responsabilidad en los hechos, ya que este autorizó las cuentas para seguir operando y sustraer fondos a los clientes afectados.-

Contrainterrogado por la *defensa de Figueroa Bernales*, señaló, que el perfil de cada funcionario se lo entregó el Jefe de Servicio al cliente del Banco del Estado sucursal Lebu.

10) Declaración de don *Enrique Alfredo Valenzuela Mardones*, quien en estrados, señaló: Que trabaja en la contraloría del Banco del Estado de Chile, a la que le fue solicitada una auditoría por un fraude que se habría producido en la sucursal Los

Álamos. Que se revisaron todos los movimientos contables de giros y depósitos de las cuentas de ahorro de los afectados por el fraude. Que recuerda que los apellidos de los afectados son Jara, Recaredo Ávila y una cuenta bi-personal de Ávila y Obreque.

Para aclarar los hechos se revisaron legajos de movimientos de caja, libretas de los titulares de las cuentas, se solicitaron a informática del Banco todos los movimientos de las cuentas, comparando la libreta del titular con el movimiento del Banco y habían diferencias. Se buscaron los legajos donde quedan los papeles del día buscando los depósitos, o no habían o algunos estaban, pero la firma era falsificada. Se sacó fotocopias, se llamó a las personas afectadas, se hizo una planilla en Excel para ver los movimientos hasta establecer las diferencias que existían. Que esta labor la realizó en conjunto con otro Auditor don Luis Acevedo. Que se logró establecer que inicialmente el cajero defraudó una libreta en una suma determinada y cuando veía que el cliente venía al Banco le hacía el depósito por esa suma en una libreta de posteo para que el cliente no detectara que le faltaba dinero, para después nuevamente con la libreta de posteo realizara el giro y cuadrara la caja. Que fueron defraudadas tres cuentas, dos por 14 millones de pesos, aproximadamente, y una en 13 millones y fracción de pesos. Aclara que las libretas de posteo son aquellas que son canceladas por el cliente, y que deben ser destruidas y que son usadas por un funcionario. Señala que las defraudaciones se realizaron

durante los años 2004, 2005 y 2006 y que en ellas participaron dos funcionarios de la sucursal el Sr. Villagrán que era cajero y el Sr. Figueroa que era Asistente de Atención a Clientes. Que de acuerdo a la revisión de papeles, el cajero era el que hacía los giros y era el que estaba siempre en contacto con el cliente, era el que le aumentaba el saldo cuando lo veía llegar y cuando se retiraba lo dejaba en la misma situación. Después el banco inventó un código de seguridad, en el año 2005, donde se necesitaba la participación del Asistente de Atención al Cliente, para que este, le autorizara las actualizaciones de las libretas, cuestión que hizo el Sr. Figueroa.

Que tuvo ocasión de revisar la cuenta corriente de Figueroa y que existían poco más de 50 movimientos que tenían cero relación con los depósitos que le hacía el Banco cuando le pagaba su remuneración, y nos dijo que esos podían ser depósitos que Villagrán hacía en su cuenta.

Que interrogado por la *querellante y demandante civil Banco del Estado*, señaló que los dineros defraudados fueron devueltos por el Banco a los clientes.

Que interrogado por la *querellante Consejo de Defensa del Estado*, agregó que el encargo de destruir las libretas canceladas era el Asistente de Atención al Cliente.

Que conainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, refirió además que, cuando entrevistaron al Sr. Rómulo Villagrán, colaboró con la in-

investigación y relató todos los hechos, señalando según le parece que el Sr. Figueroa estaba en concomitancia con él.

Que contrainterrogado por la *defensa de Figueroa Bernales*, agregó que el día 9 de marzo de 2006, el cajero Sr. Villagrán estaba con licencia y fue reemplazado por Figueroa. De acuerdo con la versión de éste, el Sr. Villagrán le señaló que si aparecía un cliente que le nombró, había que aumentar el saldo de la cuenta haciéndole depósitos, para que el cliente no se diera cuenta que su saldo estaba disminuido, dejar que hiciera sus movimientos y después realizar todos los giros por menos de un millón para cuadrar la caja y así eludir el control del Agente. Que el Sr. Figueroa, el día 9 de marzo no sustrajo dinero a nadie, lo que hizo fue depositarle al cliente la diferencia de plata que tenía en su saldo para que el cliente no se diera cuenta y después realizar los giros correspondientes para cuadrar la caja, lo que en sí mismo es una irregularidad.

11) Declaración de doña *María Angélica Muñoz Rodríguez*, quien en estrados, señaló: que trabaja en el Banco del Estado aproximadamente 16 años y que en el año 2006 fue enviada a la sucursal Los Álamos a reemplazar a don Hugo Aravena que estaba enfermo. Fue aproximadamente el 7 u 8 de marzo y estuvo como 3 ó 4 días. Que en esos días estaban en la sucursal don Rómulo Villagrán, don Juan Carlos Figueroa y don Víctor, el vigilante. Que un día no recuerda cual don Rómulo la trajo a Cañete y se dio cuenta que estaba muy mal de

salud y no lo vio más porque presentó licencia. Lo reemplazó en la caja don Juan Carlos Figueroa, pero no se dio cuenta de nada irregular; y

12) Declaración del funcionario de la Policía de Investigaciones, don *Raúl Enrique Zúñiga Núñez*, quien en estrados, señaló: que el día 4 de septiembre 2006 participó en la detención de Rómulo Villagrán; en una entrega voluntaria de especies, dos libretas de ahorro y el 5 de septiembre le tocó tomar declaración al señor Ávila, Jara y Figueroa, y el 21/09/2006 practicó la detención de Juan Carlos Figueroa. Las detenciones fueron practicadas por orden judicial. Se le exhibe la prueba material signada D1 y D2 del auto de apertura las que reconoce como las entregadas por el Sr. Villagrán. Que tomó declaración al señor Ávila, quien le declaró que había sido afectado en 14 millones, que le habían retirado dinero de su cuenta de ahorro. Que entrevistó al señor Jara que tenía entregado un poder a un yerno y que este se había percatado de una situación similar a la del Sr. Ávila.

Que el día 21.09.06 se detuvo a Juan Carlos Figueroa, quien declaró y señaló que el día anterior fue entrevistado por unos auditores que se encontraban efectuando una investigación y les refirió que el 9 de marzo de 2006, por instrucciones dadas por Villagrán, si aparecía Ávila lo llamara de forma inmediata porque había retirado dinero de su cuenta de ahorro, que lo llamó y Villagrán le indicó los pasos a seguir para depositar el dinero que le faltaba. Eran 5 depósitos por 900 mil pesos, y que había sido

la única vez que estuvo involucrado y que lo hizo porque eran amigos.

Que contrainterrogado por la *defensa de Villagrán Salinas*, ratificó y agregó, que Villagrán declaró voluntariamente y entregó las libretas que se le exhibieron. Que en la fiscalía hubo un careo entre Villagrán y Figueroa, en el cual el primero señaló que Figueroa estaba en conocimiento de todo lo que había realizado y que se había quedado con dinero, pero el segundo negó toda participación.

DECIMOSEXTO: Que para que se configure el delito de Malversación de Caudales Públicos previsto y sancionado en el artículo 233 N°3 del Código Penal, es menester, que concurren los siguientes elementos: a) un sujeto activo con la cualidad especial de ser funcionario o agente público; b) que ese sujeto activo debe tener a su cargo o cuidado caudales o efectos públicos o de particulares; c) que dichos caudales o efectos públicos o de particulares se encuentren en depósito, consignación o secuestro; d) que dichos caudales sean sustraídos o se consintiere que otro los sustraiga.

Que para los efectos de la determinación de la pena es necesario determinar el valor de lo sustraído, el que deberá ser determinado en Unidades Tributarias Mensuales.

DECIMOSEPTIMO: 1.- En cuanto al sujeto activo, “empleado público”. Que con el propósito de acreditar que los acusados eran funcionarios del Banco del Estado de Chile, el Ministerio Público acompañó me-

dante la lectura extractada los contratos de trabajo de ambos acusados en los cuales se establece en el caso de don Rómulo Alberto Villagrán Salinas, que la labor a desempeñar era la de cajero operador de terminal y en el caso de Juan Carlos Figueroa Bernales, tenía el cargo de administrativo de atención clientes, prueba que fue reforzada con la incorporación mediante lectura extractada de las liquidaciones de las remuneraciones percibidas durante los años 2004, 2005 y 2006, de ambos acusados.

Ahora bien, queda por determinar si ambos acusados siendo empleados del Banco del Estado, ostentaban la calidad de empleados públicos para los efectos del Código Penal.

El artículo 260 del Código Penal, establece que “para los efectos de este título y del párrafo cuarto se reputa empleado todo el que desempeña un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipalidades, autónomas u organismos creados por el Estado o dependiente de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. De esta definición legal es posible establecer que dado el tenor literal de la norma esta no tiene vocación restrictiva, sino más bien de amplitud, es decir, envuelve a todos aquellos que desempeñan un cargo o función pública cualquiera sea el carácter del órgano, para el cual desempeñan sus funciones o la naturaleza jurídica contractual que une al sujeto activo con aquel. La doctrina

nacional ha entendido que la calidad de empleado público debe ser determinada a través de la función desempeñada, es así, que la Labatut y Del Río, señalan que; “por cargo público debe entenderse una vinculación al Estado de carácter permanente o transitoria, originada por el desempeño de funciones políticas, administrativas o judiciales”. Por su parte Etcheverry hace hincapié en la noción de función pública, diciendo que “la función crea al empleado y no a la inversa”. En consecuencia y siguiendo con estos razonamientos para el Derecho Penal serían funcionarios públicos todos aquellos que se desempeñan en un organismo público, incluidos los que se desempeñan en las empresas autónomas del Estado, dado el claro tenor literal de la norma del artículo 260 y por imperativo del artículo 20 del Código Civil no es posible desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Que resulta indiscutido que de acuerdo a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile, esta es una empresa autónoma del Estado que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, de suerte tal que los funcionarios que laboran en dicha institución para los efectos penales son empleados públicos porque pertenecen a una institución de administración autónoma estatal, aunque su sistema de previsión se encuentra regido por la legislación para los empleados particulares y en consecuencia los delitos de sustracción o de apropiación de los fondos que administran tienen el carácter de Malversación de Caudales Públicos. En este sentido se ha pronunciado

la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia publicada en la Revista Fallos del Mes número 43, de junio de 1962, página 114, como asimismo en sentencia en causa rol ingreso 2321-2007 de fecha 19 de mayo de 2008.

Por lo razonado anteriormente se concluye que los encausados don Rómulo Alberto Villagrán Salinas y Juan Carlos Villagrán Salinas, en su condición de empleados del Banco del Estado de Chile, son empleados públicos para los efectos señalados en el artículo 260 del Código Penal.

2.- En cuanto a que en que tenga a su cargo o cuidado caudales o efectos públicos o de particulares. Que ha de entenderse por la voz caudal de acuerdo a lo señalado en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su acepción cuarta “hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero”. Que ha quedado establecido por la prueba documental que se incorporó al juicio mediante la lectura extractada, consistente en los contratos de trabajo, que el acusado Rómulo Alberto Villagrán Salinas, ejercía la función de cajero, y que el acusado Juan Carlos Figueroa Bernal es la función de asistente de clientes en el Banco del Estado de Chile, institución que tiene como una de sus funciones básicas captar de los particulares dineros en depósitos con obligación de restituir esos dineros y los intereses que éstos devenguen. Que los encartados, dada la naturaleza de la función que desempeñaban y el giro desarrollado por esta empresa autónoma del Estado, eran los encargados de tener a su cargo o cuidado los dineros que

los particulares tenían en depósito en dicha institución. Todo lo señalado, anteriormente se concluye de lo depuesto en la audiencia de juicio por José Jara Paredes, Cristian Andrés Monsalvez Torres, Carlos Ávila Navarro, Marta Elena Obreque Caro, Roberto Andrei Peña Luengo, Recaredo Ávila Millar; Hugo Aravena Baeza; Luis Acevedo O’Ryan; Alfredo Valenzuela Mardones; María Angélica Muñoz Rodríguez y el perito don Franciso Javier Contreras Arellano. Además, todos estos testimonios que se vieron reforzados con la prueba documental que se incorporó mediante lectura extractada consistente en la copia de la investigación interna realizada por el Banco del Estado en la Sucursal Los Álamos denominada “Investigación por depósitos y giros realizados en forma fraudulenta a las cuentas de ahorro por el cajero Rómulo Villagrán Salinas y el asistente atención clientes Juan Carlos Figueroa Bernales”, que se contiene en dos carpetas. Que sin perjuicio de lo señalado anteriormente, también, es posible concluir de la prueba referida anteriormente, que el Sr. Villagrán Salinas, como cajero en el Banco, recibía depósitos y pagaba los giros realizados por los clientes y que el acusado Juan Carlos Figueroa Bernales en su función de asistente a clientes les entregaba información acerca de los saldos, actualización de libretas de ahorro y que en algunas ocasiones en especial el 9 de marzo de 2006, reemplazó al cajero Sr. Villagrán en su función.

3.- En cuanto a que dichos caudales o efectos públicos o de particulares

se encuentren en depósito, consignación o secuestro. Cabe dejar sentado que estas expresiones “depósito, consignación o secuestro,” son elementos accidentales del tipo, toda vez que nuestra jurisprudencia ha resuelto desde hace largos años que las voces de que acabamos de hacer mención, no han sido tomadas en su sentido estrictamente jurídico, es decir, en la real acepción que nuestra legislación civil hace de ellas. En el fondo se trata de cualquier título de mera tenencia en cuya virtud la reciba o se encuentre a cargo o bajo la custodia del funcionario público de manera tal que estos caudales o efectos públicos o de particulares deben estar permanentemente sujetos a la obligación de restituirlos o devolverlos en el momento que sean requeridos. Que de la prueba rendida en estrado y fundamentalmente de las declaraciones de los testigos José Jara Paredes; Carlos Ávila Navarro, Marta Elena Obreque Caro y Recaredo Ávila Millar, se desprende que estos mantenían las cantidades de dinero en sus cuentas de ahorro en el Banco del Estado, sucursal “Los Álamos”, dinero que la institución *por intermedio de sus funcionarios* estaba en obligación de restituir en caso que fuera requerida por sus titulares.

4.- En cuanto a que dichos caudales sean sustraídos o se consintiere que otro los sustraiga. Se dice que sustraer, de acuerdo a la acepción que entrega el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa, “separar, apartar, restar, robar, hurtar”. Que en el caso de la figura penal establecida en el artículo 233 del

Código Penal, debemos eliminar, el robar y hurtar, por no venir al caso ya que la voz sustraer utilizada en esta figura penal, debe entenderse en el sentido de separar, apartar o restar, que conlleva la idea de coger, apoderarse de una cosa, aprehenderla. De la prueba aportada en la audiencia de juicio, en especial los testimonios de José Jara Paredes; Cristian Andrés Monsalvez Torres, Carlos Ávila Navarro, Marta Elena Obreque Caro, Roberto Andrei Peña Luengo, Recaredo Ávila Millar; Hugo Aravena Baeza; Luis Acevedo O’Ryan; Alfredo Valenzuela Mardones; María Angélica Muñoz Rodríguez y el perito don Francisco Javier Contreras Arellano ha quedado establecido que desde el terminal del cajero de Rómulo Alberto Villagrán Salinas se realizaron giros desde tres cuentas de ahorro de distintos clientes de la sucursal Los Álamos del Banco del Estado de Chile, que en total significaron la suma de \$42.071.240, dineros que fueron restados, apartados, con el ánimo de hacerlos propios por parte de dicho funcionario, con la colaboración en el hecho por *actos anteriores y simultáneos del asistente de atención de clientes*, don Juan Carlos Figueroa Bernales.

DECIMOCTAVO: *En cuanto al valor de lo sustraído.* A Este respecto, se han tenido en consideración los testimonios de José Jara Paredes; Cristian Andrés Monsalvez Torres, Carlos Ávila Navarro, Marta Elena Obreque Caro, Roberto Andrei Peña Luengo, Recaredo Ávila Millar; Hugo Aravena Baeza; Luis Acevedo O’Ryan; Alfredo Valenzuela Mardo-

nes; María Angélica Muñoz Rodríguez y el perito don Francisco Javier Contreras Arellano; los siguientes documentos que fueron incorporados mediante lectura resumida, a) cartola de cuenta N°XXX contenido en anexo N°3 anexo al Informe Pericial Contable N°039 del Laboratorio de Criminalística Regional Concepción de la PICH; b) Estado de cuenta de ahorro a plazo bipersonal N°XXX de los titulares Marta Elena Obreque Caro y don Carlos Avila Navarro, remitida mediante Oficio 0026 de fecha 18 de abril de 2007 del Abogado Sub Jefe Sección Defensa Judicial-Fiscalía don Domingo Cuadra Gazmuri; c) Estado de cuenta de ahorro a la vista unipersonal N°XXX del titular José Enrique Jara Paredes, remitida mediante Oficio 0027 de fecha 18 de abril de 2007 del Abogado Sub Jefe Sección Defensa Judicial-Fiscalía don Domingo Cuadra Gazmuri; d) Estado de cuenta de ahorro a la vista N°XXX del titular Recaredo Ávila Millar, remitida mediante Oficio 0028 de fecha 18 de abril de 2007 del Abogado Sub Jefe Sección Defensa Judicial-Fiscalía don Domingo Cuadra Gazmuri; lo que además se corrobora con el documento que fue incorporado mediante lectura resumida denominado Copia de la investigación interna realizada por el Banco del Estado en la Sucursal Los Álamos denominada “Investigación por depósitos y giros realizados en forma fraudulenta a las cuentas de ahorro por el cajero Rómulo Villagrán Salinas y el asistente atención clientes Juan Carlos Figueroa Bernales”, que se contiene en dos carpetas.

Que del mérito de la prueba reseñada, aparece que el **monto de lo sustraído** corresponde, desde la cuenta de ahorro XXX de la oficina del Banco del Estado sucursal “Los Álamos” a la suma de \$14.039.240, cuyo titular es don Recaredo Ávila Millar; de la cuenta de ahorro XXX, de la oficina del Banco del Estado, sucursal “Los Álamos”, la suma de \$14.755.000, cuyo titulares son don Carlos Ávila Navarro y Marta Obreque Caro y de la cuenta de ahorro XXX del Banco del Estado, sucursal “Los Álamos”, la suma de \$13.277.700, cuyo titular es don José Jara Paredes, lo que, en total suma un importe de **\$42.071.940**, cantidad que es equivalente a la que el Banco del Estado de Chile en definitiva hubo de restituir, según aparece de la única prueba documental que incorporó este querellante. Que los giros fueron realizados en diversos días, entre los años 2004, 2005 y **hasta agosto de 2006**, por lo que, a esa fecha, corresponderá determinar la conversión de la cantidad sustraída a unidades tributarias mensuales.

Que correspondiendo la unidad tributaria mensual en agosto de 2006 a \$32.046, tal como se acreditó con el documento al que se dio lectura resumida en audiencia, consistente en un informe obtenido de la página web del servicio de impuestos internos, respecto al valor de la unidad tributaria mensual y habiéndose establecido el valor de lo sustraído en la suma de \$42.071.940, que expresado en unidades tributarias mensuales corresponde a un total de **1.312,86887**, atendida dicha cuantía, el delito de malversación de caudales públicos en

el que incurrieron los encartados de autos, deberá ser sancionado conforme a lo establecido en los artículos 233 N°3 en relación al 238 inciso segundo del Código Penal.

DECIMONOVENO: En cuanto a la participación.- En cuanto a la participación del encartado Rómulo Alberto Villagrán Salinas, ha quedado demostrada de la prueba rendida en el juicio, que esta fue en calidad de autor en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal, por tomar parte en forma directa e inmediata en la sustracción de los dineros de las cuentas de ahorro. En efecto, en cuanto a la sustracción de dinero realizada por el encartado, esta ha quedado demostrada, toda vez, que desde el terminal que este operaba, en su calidad de cajero, se realizaron los giros que afectaron las tres cuentas de ahorro, giros que como ya se ha señalado, fueron realizados utilizando libretas de cuentas que se encontraban canceladas y que debieron ser destruidas. Lo anterior se acreditó con los testimonios de los auditores del Banco don Acevedo O’Ryan y Valenzuela Mardones, quienes expresaron que los giros fueron realizados desde el terminal que operaba el cajero Sr. Villagrán, lo que es coincidente con lo declarado por los funcionarios del banco don Hugo Aravena Baeza y Roberto Peña Luengo, quienes expresaron en estrados que el encartado era el único cajero de la sucursal y que operaba el terminal 4310, desde donde se efectuaron los giros. Todos estos asertos se encuentran reforzados con los testimonios del perito don Francisco Contreras Arellano y

de la prueba documental incorporada, en especial de investigación interna realizada por el banco.

Finalmente y conteste, en lo sustancial, con todo lo manifestado anteriormente, el encartado Rómulo Alberto Villagrán Salinas, declaró en estrados **reconociendo su participación en los hechos** y explicando la forma en que sustraía el dinero y como ocultaba esta sustracción a sus superiores y a los clientes.

Especial consideración tendrá en esta sentencia la participación que le cupo al encartado Juan Carlos Figueroa Bernales, el que fue acusado en calidad de autor del ilícito de Malversación de Caudales Públicos, no obstante, en el curso de la audiencia de juicio, no se logró acreditar ninguno de los elementos que caracterizan la autoría. Sin embargo, es menester tener en cuenta que su participación no ha podido ser otra que la de cómplice, si por esta entendemos al que la doctrina define “como aquel que no participa en forma directa o concluyente en la perpetración de un hecho criminoso, pero contribuye y coopera a su ejecución en términos que, aún de no mediar su ayuda, siempre habría podido perpetrarse el delito”. En efecto, de la prueba rendida en estrados y en especial de las declaraciones de don José Jara Paredes y la de su yerno Cristian Monsalvez Torres se pudo establecer que frente a las preguntas de estos, sobre las diferencias en los saldos de la cuenta de ahorro, este siempre señaló que se trataban de errores computacionales, lo que implica necesariamente un conocimiento de los hechos delictuosos que

efectuado el señor Villagrán. Por otra parte de los testimonios recibidos en estrados en la audiencia de juicio de los auditores señores Valenzuela Mardones, y Acevedo O´Ryan quedo establecido, que a partir de mediados del año 2005, el Banco estableció, como política de seguridad que los cajeros, no pudieran desbloquear las cuentas cuando estas tenían más de treinta transacciones, la que quedó radicada en el asistente de atención de clientes, señor Figueroa, al cual necesariamente hubo de recurrir el encartado Villagrán, para poder realizar giros desde las libretas de “posteo” o brujas. A mayor abundamiento, ha quedado establecido por las probanzas de cargo rendidas en la audiencia, que el día 09 de marzo de 2006 el encartado señor Figueroa, reemplazó al cajero señor Villagrán y ante la concurrencia de uno de los clientes que había sido defraudado, **realizó depósitos** mediante la utilización de una libreta de “posteo”, **aumentando artificiosamente el saldo de la libreta del cliente**, para posteriormente **realizar giros** desde la misma cuenta, para proceder a “cuadrar la caja” del banco, lo que de, acuerdo a las reglas de la lógica, implica **necesariamente** el conocimiento que el encartado Figueroa Bernales tenía de las operaciones ilícitas realizadas por Villagrán Salinas y que se continuaban realizando por lo que, de ese modo, **contribuyó y cooperó** en la ejecución del ilícito de sustracción de efectos de particulares, que estaban bajo su custodia.

Que todo lo anteriormente expresado, aparece refrendado por la declaración prestada en estrados por el

encartado Rómulo Alberto Villagrán Salinas, quien pormenorizadamente refirió cual fue la participación de su coimputado Figueroa Bernal y por la declaración de éste mismo, quien también deponiendo ante el tribunal reseñó haber efectuado las operaciones descritas precedentemente el día 9 de marzo en que reemplazó en la caja a Villagrán, habiendo señalado que lo hizo por una petición anterior que le había formulado su amigo Rómulo Villagrán, quien lo asistió telefónicamente en el día de los hechos, señalándole paso a paso como debía efectuar las diversas transacciones que ejecutó.

Finalmente, guarda consistencia con las probanzas anteriores, los documentos incorporados mediante la lectura resumida, en particular la investigación interna efectuada por el banco, a la que ya se ha hecho referencia, de la que aparece la participación de los encartados en los hechos materia de esta causa.

VIGESIMO: Audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal. Que se abrió debate sobre las circunstancias ajenas al hecho punible y de determinación y cumplimiento de la pena, otorgándosele la palabra a los intervinientes:

1.- **Defensa de Rómulo Alberto Villagrán Salinas.** Quien solicitó se acojan las siguientes circunstancias atenuantes, por los fundamentos que señala:

A) La prevista en el artículo 11 N°6 del Código Penal, es decir, irreprochable conducta anterior. Fundamenta dicha petición en base al

extracto de filiación y antecedentes de su representado el que carece de anotaciones prontuariales pretéritas, documento que indica acompañará en su oportunidad el Ministerio Público. Además, acompaña mediante lectura resumida los siguientes certificados: a1) Certificado extendido por Luis Adrián Viveros Gajardo, abogado y ex Alcalde de la comuna de Cañete, quien señala que conoce al acusado desde hace aproximadamente 20 años a la fecha y que se trataría de una persona, seria, honorable y responsable; a2) Certificado extendido por doña Regina Torres Ramírez, Directora del Liceo Gabriela Mistral de Cañete, que expresa que el señor Villagrán Salinas, estudió en el Colegio que ella dirige, desde kínder a cuarto año medio y que durante todos esos años demostró responsabilidad, respeto, honestidad y compromiso, destacándose en el deporte; a3) Certificado extendido por don Mario Lobos Bueno, quien señala que lo conoce desde niño, que era su vecino, compañero de estudios de su hijo y que proviene de una familia respetable y muy conocida por la comunidad cañetina; a4) Certificado extendido por el presbítero Héctor Mora Bustos, Párroco de Nuestra Señora del Carmen de Cañete, Contulmo y Tirúa, quien expresa que el acusado Villagrán Salinas, realizó tareas pastorales en los años 1993 a 1995 siendo catequista; a5) Certificado extendido por Víctor Emilio Silva Valdez, concejal de la comuna de

Cañete y presidente del Consejo Local de Deportes, quien expresa que conoce al señor Villagrán Salinas, por mucho tiempo y que se ha destacado como dirigente deportivo, ocupando el cargo de presidente del Club Deportivo Alianza, siendo reelegido por su responsabilidad y cariño por la institución; a6) Certificado extendido por don Juan Riquelme Toledo, contador quien expresa que conoce al señor Villagrán Salinas por aproximadamente quince años, tiempo en el cual este a desarrollado un alto espíritu en beneficio de la comunidad y especialmente en el crecimiento el fútbol de la comuna de Cañete; a7) Certificado extendido por don Pedro Prat Marti, Director de la Escuela Leoncio Araneda Figueroa de Cañete, que expresa que el señor Villagrán Salinas, fue alumno de su escuela en la cual tuvo un excelente comportamiento, disposición, solidaridad y compañerismo y que además a prestado a la comunidad un servicio en el ámbito deportivo; a8) Certifico extendido por don Luis Burgos Thompson, docente y ex presidente de la Asociación de Fútbol de Cañete, quien señala que conoce al señor Villagrán Salinas, que ha entregado trabajo voluntario a favor del deporte, como asimismo en labores culturales; a9) Tulio Rodríguez Tillemann, comerciante quien expresa que lo conoce desde hace varios años siendo un cliente que ha presentado un fiel cumplimiento a sus compromisos comerciales.

B) La prevista en el artículo 11 N°7 del Código Penal, esto es reparar con celo el mal causado, la que fundamentó señalando que después de haber sido despedido del Banco del Estado, ha estado en un situación económica precaria y no obstante ello desde el mes de octubre de 2006, ha realizado depósitos con el objeto de reparar con celo el mal causado, los que suman, hasta la fecha \$1.158.400 pesos, lo que representado un gran esfuerzo de su representado por lo que debe acogerse la atenuante señalada. Al efecto incorporó mediante la lectura resumida 16 depósitos en la cuenta corriente del Juzgado de Letras y Garantía de Lebu, por diversas sumas las que totalizan \$1.158.400.

C) La circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N°8, es decir, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito, la que fundamentó en el hecho de que su representado desde que el Agente del Banco le preguntó lo que pasaba, el confesó su actuar ilícito y acompañó a éste a realizar la denuncia a Carabineros, además teniendo la posibilidad de huir y ocultarse, ya que tenía su automóvil en el lugar, no lo hizo, muy por el contrario, cooperó con la investigación; y

D) La circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, es decir, la colaboración sustancial, la que apoya en que su representado desde las primeras diligencias co-

laboró con la investigación, declaró alrededor de nueve veces ante el ministerio público, la policía y ante el tribunal.

Agrega, esta defensa, que concurriendo en la especie cuatro circunstancias atenuantes y no perjudicándole agravantes, se debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 68 del Código Penal, pudiendo el tribunal rebajar la pena en uno, dos o tres grados, solicitando se le imponga una sanción no superior a tres años.

Además, solicita se le conceda a su representado, beneficios de la Ley N°18.216.-, ya que en su concepto se reunirían los requisitos tanto para la Libertad Vigilada como para la remisión condicional de la pena y que estos no queden sujetos al cumplimiento del pago de las indemnizaciones a las que pudiere ser condenado. Al efecto, incorpora mediante su lectura resumida informe presentencial de su representado, que expresa que le salió negativo, pero que no es vinculante para el Tribunal, que pide se considere sólo algunos de los razonamientos que allí se señalan, los que expresan que su representado “impresiona con un nivel intelectual correspondiente a normal superior, con un tipo de funcionamiento funcional frente a las demandas de la realidad, mantiene un adecuado mediano juicio crítico y su capacidad de vinculación afectiva se encuentra desarrollada”.

Por último, solicita en cuanto a la imposición de la multa que esta sea rebajada al mínimo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 70 del Código Penal, dado que su representado

se encuentra en pésimas condiciones económicas y se le otorgue el máximo de las cuotas permitidas por la norma legal citada.

2.- *Defensa de Juan Carlos Figueroa Bernales.* Quien solicitó se acojan las siguientes circunstancias atenuantes, por los fundamentos que señala:

A) La prevista en el artículo 11 N°6 del Código Penal, es decir, irrepachable conducta anterior. Fundamenta dicha petición en base al extracto de filiación y antecedentes de su representado el que carece de anotaciones prontuariales pretéritas, documento que indica acompañará en su oportunidad el Ministerio Público. Al efecto, solicita se reciba el testimonio de: a1) Víctor Hugo Luengo Luengo, 48 años, casado, comerciante, domiciliado en Diego Portales N°325, de la comuna de Los Álamos, quien en estrados señaló, que conoce a Juan Carlos y su familia desde el año 2000, que de acuerdo a lo que el sabe es una persona amable, de carácter fuerte y como funcionario del Banco, era claro y transparente. Agrega que es una persona de buenos sentimientos y dedicado a su familia. Indica que desde que lo conoce nunca supo de que haya tenido conflicto con instituciones o personas; a2) Gerónimo Arnoldo Burgos Pedraza, 35 años, casado, técnico forestal y transportista, domiciliado en La Virgen 117, Cerro Alto, Comuna de Los Álamos, quien expresó en estrados en esencia: que conoce a Juan Carlos desde el año 2001, fecha en que el empezó sus labo-

res de empresario particular en la zona. Que lo conoció a través del Banco, que era una persona correcta y de buen trato. Agrega que se hicieron amigos, que visitó su domicilio y compartió con su familia.

Incorpora mediante su lectura resumida, los siguientes documentos; Fotocopia de la libreta de Familia, que da cuenta de la celebración del matrimonio entre el acusado y doña Paola Araya Sanhueza, y del nacimiento de sus hijos, Javiera y Juan Ignacio; contrato de arrendamiento de la casa que le sirve de morada a su familia; liquidaciones de sueldo de los tres últimos meses de su actual empleador; recibos de pagos de mensualidades por la educación de su hijo menor de edad, informe del Jardín Infantil, Los Enanitos, donde asiste el hijo menor del acusado; Certificado de la Escuela Básica Cruz del Sur, donde asiste la hija mayor del acusado; informe de Dicom del señor Figueroa, que da cuenta de la información patrimonial y financiera de fecha 12 de agosto de 2008; Informe de Bancocondell, que da cuenta de las deudas directas que mantiene con dicha institución financiera el acusado señor Figueroa; fotocopia del Certificado de Título del Ingeniero de Ejecución en Administración de Empresas del acusado Figueroa Bernales, y Certificado de participación y aprobación del curso de supervisor de seguridad privada del acusado señor Figueroa Bernales.

B) La prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal, es decir, su colaboración sustancial, la que fun-

damenta en que su representado a prestado declaración tanto ante la policía, la fiscalía, y la autoridad del Banco, que además a renunciado al secreto bancario con el propósito de que se pudiera indagar su cuenta corriente, lo que ha contribuido evidentemente al esclarecimiento de los hechos.

C) La prevista en el artículo 11 N°8 del Código Penal es decir, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, la que a su juicio concurre toda vez que tuvo posibilidad cierta de eludir la acción de la justicia, ocultándose.

Finalmente, señala que concurriendo tres circunstancias atenuantes solicita que la pena que se le imponga sea rebajada en dos grados por lo que se hace procedente el beneficio de la Remisión Condicional de la Pena. En subsidio de lo anterior y en el caso de que la pena supere los tres años y un día solicita el beneficio, de la Libertad Vigilada; y que estos beneficios no queden sujetos al pago de la indemnización que pudiere imponérseles. Que respecto de las multas solicita que sean rebajadas atendidas su situación económica y financiera la que ha quedado demostrada con la prueba documental rendida.

3.- Que el Ministerio Público, en su oportunidad, solicitó tener por incorporados mediante lectura resumida los extractos de filiación y antecedentes de los acusados Rómulo Alberto Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernales, los que carecen de anotaciones prontuariales pretéritas y

sin antecedentes. Que al momento de determinar la pena se tenga presente lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, en cuanto a la extensión del mal causado, toda vez que se trataría de la sustracción de aproximadamente \$42.000.000 por parte de funcionarios públicos lesionándose el recto y buen funcionamiento del Estado. Que en cuanto a las minorantes de responsabilidad alegadas por la defensa de Villagrán Salinas este interviniente señala que concurrirían en la especie las indicadas en los artículos 11 N°6 y N°9 del Código Penal, es decir, irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial, respectivamente, las que se encuentran debidamente justificadas con el extracto de filiación y antecedentes y por la colaboración prestada en la investigación del Ministerio Público, a través de diversas declaraciones y por la deposición en estrados. Que respecto de las atenuantes del artículo 11 N°7 y N°8, el ente persecutor señaló que respecto de la primera, no se dan los presupuestos dado lo exiguo y extemporáneo de los depósitos y respecto de la segunda no se reúnen los requisitos que esta disposición establece ya que no ha estado en posibilidad de huir ni sustraerse a la acción de la justicia. En cuanto a los beneficios, señala que debe atenderse a la recomendación efectuada por el informe presentencial que se ha incorporado y para el caso de que el Tribunal no lo estime así se debe condicionar el beneficio al pago de la indemnización, costas y multas. Por último respecto de las multa señala que se opone a que esta se rebaje y que su pago se fije en parcialidades.

En cuanto a las atenuantes invocadas por la defensa del acusado Figueroa Bernal, reconoce que concurren las circunstancias establecidas en el artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal, la que se fundamenta la primera en el extracto de filiación y antecedentes y la segunda se configura toda vez que si bien es cierto no ha reconocido plena participación en los hechos, el Estado no le puede exigir al imputado que confiese y reconozca sub delito, es obligación de este probarla. En cuanto a la atenuante del artículo 11 N°8 estima que no se configura ya que fue detenido por orden judicial, por lo que no ha podido eludir la acción de la justicia, por último en cuanto a este acusado solicita el Ministerio Público que en el evento de concederse beneficio de la ley 18.216, estos deben condicionarse a la satisfacción de la indemnización civil, las costas y la multa.

4.- Que el querellante Banco del Estado, señaló que hace suyas las palabras del Ministerio Público y que respecto a la atenuante del artículo 11 N°7, invocado por la defensa del acusado señor Villagrán, esta además no concurre, ya que los depósitos tan solo representarían aproximadamente el 2,5 % de lo defraudado. Por último, señala que no condicionar los beneficios alternativos al cumplimiento de la pena que se otorguen con prescindencia del pago de la indemnización significaría letra muerta a esa parte de la sentencia.

5.-Que la querellante Consejo de Defensa del Estado, se adhiere a lo señalado por el Ministerio Público y la querellante Banco del Estado.

VIGESIMOPRIMERO: *Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.* Que, estos sentenciadores estiman, y haciendo suyo lo manifestado por *todos los intervinientes*, que concurren las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°6 y N°9 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, toda vez que la primera ha quedado refrendada por los extractos de filiación y antecedentes de ambos, los que carecen de anotaciones prontuariales pretéritas y la prueba rendida por la defensa en la oportunidad procesal correspondiente y que da cuenta el considerando anterior y la segunda, ya que ambos encartados colaboraron en el esclarecimiento de los hechos prestando oportuna declaración ante la Policía, el Ministerio Público y la investigación realizada por el Banco.

Que en cuanto a las atenuantes invocadas del 11 N°7 y del N°8 por la defensa del encartado Villagrán Salinas, estas se rechazaran por estimarse no concurrentes por los mismos fundamentos que esgrimieran en estrados tanto el Ministerio Público, como los querellantes y que se dan cuenta de ellos en el considerando anterior.

Que en cuanto a la atenuante del 11 N°8 invocada por la defensa de Figueroa Bernales, esta será rechazada por estimarse no concurrente por los mismos fundamentos que esgrimieran en estrados tanto el Ministerio Público, como los querellantes y que se dan cuenta de ellos en el considerando anterior.

Que no existen circunstancias agravantes que considerar.

VIGESIMOSEGUNDO: *Determinación de la pena:* Que ha quedado asentado que el valor de lo defraudado asciende aproximadamente a la suma de \$42.071.940, lo que excede a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, conforme a lo razonado en el considerando decimooctavo. Ahora bien, el delito de Malversación de Caudales Públicos está sancionado en el artículo 233 N°3 del Código Penal, con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 11 a 15 Unidades Tributarias Mensuales. Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 238 inciso segundo si lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales y si la pena constare de dos o más grados se impondrá en el grado máximo, esto es presidio mayor en su grado medio.

Que favoreciendo a los encartados dos circunstancias atenuantes y no perjudicándoles ninguna agravante, el Tribunal haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 68 del Código Penal, rebajara la pena en dos grados teniendo para ello en consideración la entidad de dichas circunstancias.

Que al aplicar la pena, al encartado don Juan Carlos Figueroa Bernales, el Tribunal tendrá en cuenta el grado de participación en que lo ha hecho en el ilícito por el cual fue condenado, esto es, cómplice, por lo que se aplicará lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal.

Que en cuanto a la multa que debe imponerse a los encartados, el Tribunal haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 70 del Código Penal y dada las condiciones socioeconómicas de los acusados, lo que ha quedado demostrado por la prueba introducida en la audiencia del artículo 343, la impondrá en menos del mínimo señalado en la ley para el ilícito correspondiente, regulándola esta, prudencialmente, en la cantidad que se dirá en lo resolutivo del fallo.

VIGESIMOTERCERO: *Determinación de beneficios.* Que dada la entidad de la pena que se impondrá al acusado Rómulo Alberto Villagrán Salinas y reuniéndose en la especie los requisitos establecidos en el artículo 15 de la ley 18.216 se le concederá el beneficio de la Libertad Vigilada, no obstante que el informe presentencial elaborado a su respecto recomienda no conceder este beneficio, estos sentenciadores estiman que dicho informe es incompleto y contradictorio en sus propias conclusiones, toda vez que por una parte recomienda no otorgar el beneficio, por otra señala, que el acusado tiene la presencia de un grupo familiar capaz de contener sus conductas de riesgo y por otro lado de acuerdo con la prueba rendida en la audiencia del artículo 343 por la defensa de dicho encartado ha quedado demostrado que el acusado mantiene estrechos vínculos con la comunidad, a través no solo de su familia, sino que también desarrollando labores en pro de las actividades deportivas para jóvenes y adultos, lo que demuestra cla-

ramente su vínculo social, que estima el Tribunal suficiente para otorgar el beneficio de Libertad Vigilada. Que además el beneficio de Libertad Vigilada que se le otorgará quedará sujeto a las condiciones establecidas en el artículo 17 de la ley 18.216 con excepción del literal d) por las razones que se dirán más adelante.

Que dada la entidad de la pena que se le impondrá al encartado Juan Carlos Figueroa Bernal y reuniéndose en la especie los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley N°18.216.-, se le concederá el beneficio de la Remisión Condicional de la Pena, estableciéndose un plazo de observación no inferior al de la duración de la pena y sujeto a las condiciones establecidas en el artículo 5 con excepción del literal d) por las razones que se esgrimirán a continuación.

Que respecto a lo solicitado, tanto por el Ministerio Público como por los querellantes, a sujetar la concesión de beneficios al pago de la indemnización civil, es del parecer de estos sentenciadores rechazar dicha petición, ya que las exigencias establecidas en los artículos 5 y 17 letras d) de la ley N°18.216 que fuera publicada en el Diario Oficial el 14 de Mayo de 1983 y replicada en su respectivo reglamento, está en contradicción con lo preceptuado en el artículo 7 numeral séptimo de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (Decreto N°873 Publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991) que ha sido incorporada a nuestro derecho interno en virtud de lo dispuesto en el inciso final de la disposición quinta

de nuestra carta fundamental, modificada el 17 de agosto de 1989 y que establece, en lo referente al caso que nos ocupa: “...Nadie será detenido por deudas...” sin hacer distinción de la fuente contractual o extracontractual que haya dado génesis a la misma. En efecto, la única exclusión que a este respecto se ha permitido lo constituyen “...los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”, naturaleza jurídica que no comparte el caso de marras. En efecto, la persona humana no puede ser instrumentalizada por la sanción impuesta y no puede ser esta sanción un medio para perseguir fines más allá de sí misma. En consecuencia, es del parecer de estos sentenciadores que la regla de cumplimiento alternativo de penas establecida en el artículo 5° letra d) y 17 letra d) de la Ley N°18.216, ha sido **derogada** tácita y parcialmente por las normativas constitucionales, y por el tratado internacional referido -de fecha posterior y de rango normativo superior- al establecer criterios incompatibles con la referida ley y reglamento de cumplimiento, ejerciendo de esta forma la función de orientar el sistema punitivo en su conjunto por lo que la persecución del cumplimiento de obligaciones pecuniarias, como lo es la indemnización civil, que nos ocupa debe ejecutarse en conformidad a las reglas generales.

VIGESIMOCUARTO: *En cuanto a la acción civil.* Que, el Banco del Estado de Chile ha deducido demanda de indemnización de perjuicios en contra de los acusados Rómulo Al-

berto Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernal, ya individualizados, a fin de que reparen los perniciosos efectos patrimoniales que la conducta ilícita, de estos provocaron. Que el daño patrimonial sufrido y cuya reparación se demanda, asciende a la suma de \$42.071.940, el que fue restituido a los clientes que fueron defraudados en sus cuentas. Al efecto el actor civil acompañó mediante la lectura resumida certificado emanado del agente de la sucursal “Los Álamos” don Hugo Aravena Baeza, del Banco del Estado de Chile que da cuenta que le fueron devueltos a las personas que indica, objeto del fraude, las siguientes cantidades: 1.- Recaredo Ávila Millar, \$14.039.240.- abono cuenta de ahorro XXX, con fecha 20/09/2006; 2.-Carlos Ávila Navarro y Marta Obreque Caro, \$14.755.000, abono a la cuenta ahorro bipersonal XXX, con fecha 20/09/2006; 3.-José Jara Paredes, \$13.277.700, abono cuenta de ahorro XXX, con fecha 22/02/07.

Que conforme establece los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, toda aquel que irroge un daño a otro está obligado a la indemnización y puede pedir esta el que tiene la cosa con obligación de responder de ella, caso en el que se encuentra el actor civil, por lo que el Tribunal hará lugar a la demanda civil intentada, en la forma que se dirá en lo resolutivo de esta sentencia, ya que ha sido acreditado que la demandante restituyó a los clientes defraudados en sus cuentas de ahorro las sumas que les fueron sustraídas, siendo en definiti-

va el Banco del Estado de Chile el agraviado con el ilícito.

Por estas consideraciones y lo prescrito en los artículos 1, 11 N°6 y 9, 14 N°1 y 2, 15 N°1, 16, 18, 21, 24, 25, 26, 29, 47, 50, 51, 62, 68, 69, 70, 233 N°3, 238, y 260 del Código Penal; 2314 y siguientes del Código Civil; 1, 4, 36, 45, 46, 47, 49, 59, 98, 108, 295, 296, 297, 309, 319, 323, 324, 326, 339, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 349 del Código Procesal Penal; artículos 1, 3, 4, 5, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 18.216 y Acuerdo de Pleno de la Excma. Corte Suprema sobre la forma y contenido de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Reforma Procesal Penal, se **RESUELVE**:

I.- Que se **CONDENA** a **Rómulo Alberto Villagrán Salinas**, ya individualizado, a las penas de **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo, a una multa ascendente a **CUATRO** Unidades Tributarias Mensuales, a la accesoria especial de cinco años y un día de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en su grado medio, y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos por su responsabilidad como **autor** del delito de Malversación de Caudales Públicos, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 233 N°3 en relación con el artículo 238 y 260, todos del Código Penal, perpetrados durante los años 2004, 2005 y 2006 en las oficinas del Banco del Estado de Chile, sucursal “Los Álamos” de la comuna del mismo nombre.

II.- Que, para el pago de la multa impuesta se le concede al sentenciado cuatro cuotas iguales, mensuales y sucesivas de una Unidad Tributaria Mensual, la que deberá enterar en arcas fiscales la primera de ellas dentro de los diez primeros días del mes siguiente a la fecha en que quede ejecutoriado el presente fallo.

Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de una unidad Tributaria Mensual, sin que ella nunca pueda exceder de veinte días en este caso.

III.- Que, reuniendo el sentenciado **Rómulo Alberto Villagrán Salinas**, los requisitos establecidos en el artículo 15 de la ley 18.216, **se le concede el beneficio de libertad vigilada**, debiendo quedar sometido al tratamiento y observación del delegado respectivo dependiente de Gendarmería de Chile, por el lapso de tres años y un día, y cumplir con las demás exigencias establecidas en el artículo 17 de la misma ley, con excepción de literal d).

Si el referido beneficio le fuere revocado o por cualquier otro motivo el condenado tuviere que cumplir la pena impuesta, le servirá de abono el tiempo que hubiere permanecido privado de libertad con ocasión de este procedimiento.

IV.- Que se **CONDENA** a **Juan Carlos Figueroa Bernales**, ya individualizado, a las penas de **QUINIEN-TOS CUARENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado medio,

a una multa ascendente a **CUATRO** Unidades Tributarias Mensuales, a la accesoria especial de tres años y un día de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en su grado mínimo, por su responsabilidad como *cómplice* del delito de Malversación de Caudales Públicos, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 233 N°3 en relación con el artículo 238 y 260, todos del Código Penal, perpetrados durante los años 2004, 2005 y 2006 en las oficinas del Banco del Estado de Chile, sucursal “Los Álamos” de la comuna del mismo nombre.

V.- Que, para el pago de la multa impuesta se le concede al sentenciado cuatro cuotas iguales, mensuales y sucesivas de una Unidad Tributaria Mensual, la que deberá enterar en arcas fiscales la primera de ellas dentro de los diez primeros días del mes siguiente a la fecha en que quede ejecutoriado el presente fallo.

Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de una unidad Tributaria Mensual, sin que ella nunca pueda exceder de veinte días en este caso.

VI.- Que, reuniendo el sentenciado *Juan Carlos Figueroa Bernales*, los requisitos establecidos en el artículo 4 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la **remisión condicional de la pena**, debiendo quedar sometido al control discreto de Gendarmería de Chile, por el lapso al que fue condenado y cumplir con las demás

exigencias establecidas en el artículo 5 de la misma ley, con excepción de literal c).

Si el referido beneficio le fuere revocado o por cualquier otro motivo el condenado tuviere que cumplir la pena impuesta, le servirá de abono el tiempo que hubiere permanecido privado de libertad con ocasión de este procedimiento.

VII.- Que *se hace* lugar a la demanda civil deducida en este procedimiento, en cuanto se condena a los demandados *Rómulo Alberto Villagrán Salinas y Juan Carlos Figueroa Bernales*, en forma solidaria, a pagar la suma de cuarenta y dos millones setenta y un mil novecientos cuarenta pesos (\$42.071.940), por concepto de indemnización de perjuicios sufridos por el actor civil Banco del Estado de Chile, suma que se pagará debidamente reajustada conforme a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor o el que haga sus veces, entre la fecha de esta sentencia y la época de su pago efectivo.

VIII.- Que se condena a los sentenciados, al pago de las costas de la causa en partes iguales.

Devuélvase en su oportunidad a los intervinientes la prueba que incorporaron al procedimiento.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, para su cumplimiento, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Lebu.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redactada por el juez Juan Domingo Pinochet Tejos.

RUC N°0600620989-9

RIT N°25-2008

**DICTADA POR LA PRIME-
RA SALA DEL TRIBUNAL DE
JUICIO ORAL EN LO PENAL
DE CAÑETE, INTEGRADA**

**POR LOS JUECES TITULARES
DOÑA MARCELA ALEJAN-
DRA NORRIS BUSTOS, DON
MARCO ANTONIO ROJAS RE-
YES, Y DON JUAN DOMINGO
PINOCHET TEJOS.**

No firma el magistrado Pinochet Tejos, por encontrarse haciendo uso de feriado legal, no obstante haber concurrido al juicio y al acuerdo.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
Y ESTUPEFACIENTES

SENTENCIAS RELEVANTES POR INFRACCIÓN A LA LEY N°20.000 SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, ENTRE LOS MESES DE ENERO A MARZO DE 2009

Renzo Figueroa Aste^{1,2}

Introducción

El presente documento contiene una selección de sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de enero a marzo de 2009, cuyo objetivo es dar a conocer pronunciamientos relevantes en materia de tráfico ilícito de drogas.

Los fallos rescatados en el señalado período, dicen relación con la configuración del delito de tráfico ilícito de drogas, la técnica investigativa de interceptación telefónica, la vulneración al bien jurídico protegido salud pública pese a la baja pureza de la droga incautada, la instrumentalización de la atenuante especial de cooperación eficaz, la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley de Drogas, el uso terapéutico de la marihuana y el error de prohibición.

1.- Para que exista interceptación telefónica debe interrumpirse u obstruirse una vía de comunicación

Los hechos materia de la acusación tuvieron su principal fundamento en la cooperación eficaz de un detenido, quien identificó a un sujeto que le proveía de droga, con quien en presencia de los funcionarios policiales tomó contacto telefónico concertando la transacción de pasta base de cocaína. A raíz de ello, dichos funcionarios concurrieron al lugar en el cual el cooperador eficaz contactó al imputado y a otros dos acusados, manteniendo una constante vigilancia que concluyó en un procedimiento de control de identidad de todos los involucrados, siendo el principal imputado quien confirmó que la droga se encontraba en el automóvil en que se movilizaban, logrando finalmente la detención e incautación de la droga que se encontraba bajo uno de los asientos dentro de un banano, envuelta en papel y cinta de embalaje.

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

2 Tabla de abreviaturas: Las referencias a las sentencias se hace de la siguiente forma: “CA” Corte de Apelaciones, “TJOP” Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, “JG” Juzgado de Garantía, A continuación, se señala la ciudad en que fue dictada la sentencia, la fecha de dictación del fallo, el ROL y/o RUC y luego los considerandos incluidos

Los hechos así descritos, configuraron para la Fiscalía el delito de tráfico ilícito de droga en su hipótesis de posesión y transporte, siendo la cantidad incautada la suma de 1002,6 gramos bruto de pasta base de cocaína.

La defensa del principal inculpado sostuvo que el procedimiento y la detención se generó en virtud de la vulneración de garantías fundamentales de su representado, toda vez que la policía tomó conocimiento de una conversación telefónica sin autorización alguna, lo que generó en definitiva una prueba ilícita, resultando además extraño que el agente revelador o cooperador eficaz, no haya sido acusado en la misma causa.

Por su parte, las defensas de los otros dos implicados, sumándose a los fundamentos anteriormente reseñados, solicitaron la absolución de sus representados alegando, además, el hecho de que éstos nada tuvieron que ver con el supuesto delito por cuanto viajaban en el vehículo circunstancialmente, sin tener conocimiento de que en él se transportaba droga.

Para el Ministerio Público la intimidad debió haberse violado de manera abierta y que la interceptación telefónica se tratara de una acción técnica con permanencia en el tiempo, lo que no ocurrió en la especie porque no se incurrió en la vida de las personas, sino que simplemente los funcionarios policiales presenciaron conversaciones sostenidas entre dos sujetos sobre una transacción de droga.

Para el Tribunal los hechos configuraron el delito de tráfico del artículo 3° de la Ley N°20.000, señalando respecto a la discusión sobre la supuesta interceptación telefónica lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacerse cargo de las exuberantes alegaciones de dicha defensa, debiendo en primer término precisarle que a juicio de estos sentenciadores no existió interceptación telefónica como él lo ha señalado, toda vez que ello conlleva la acción de interrumpir u obstruir una vía de comunicación, lo que no aconteció en la especie, tal como lo sostiene el ministerio público, al explicar que los funcionarios policiales se limitaron a escuchar una conversación sostenida por un imputado con un tercero, al enfrentar una hipótesis de flagrancia. A mayor abundamiento, cabe hacerle presente a las defensas que la escucha telefónica en la forma que se efectuó no vulneró el artículo 19 N°5 de la carta fundamental, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, defensas que han querido llevar esta teoría al extremo de entender que la obligación de velar por las garantías del imputado, van más allá de afectar otros bienes jurídicos protegidos, otros derechos de rango constitucional, específicamente aquellos cuyo titular es toda la sociedad. Aún más cuando hay una norma específica en el artículo 25 de la Ley 20.000 que permite la actuación que le cupo en este juicio al cooperador eficaz”³.*

3 TJOP Chillán, 17/01/09, RUC N°0700625742-3, RIT N°109-2008, considerando 9°.

2.-La baja pureza de la droga y el estar constituida sólo por “trazas”, produce igual vulneración al bien jurídico protegido salud pública

La acusación objeto del juicio, se basó en que el día 6 de junio de 2007 funcionarios policiales sorprendieron a los imputados comercializando cocaína, por lo que, encontrándose en presencia de un delito flagrante, ingresaron al domicilio donde mantenían y poseían la droga, logrando incautar la suma de 410,3 gramos bruto de la mencionada sustancia.

A juicio del Ministerio Público los hechos configuraron el delito de tráfico ilícito del artículo 3° de la Ley N°20.000, atribuyéndoles a los acusados la participación de autores en el mismo.

La Defensa de ambos acusados, dentro de sus alegaciones, hizo hincapié en la entidad de la droga decomisada, toda vez que ésta estaba constituida por trazas, lo que indicaba que no hubo una real afección al bien jurídico protegido, no estando por ende, en presencia de aquellas sustancias descritas en la ley.

Al respecto, el informe pericial señaló que las tres muestras analizadas arrojaron presencia de alcaloides y que en los tres casos fueron positivas a la presencia de la cocaína en su estado de clorhidrato. Se realizaron, además, los análisis para determinar la valoración de cocaína en las muestras, resultando las tres positivas en una cantidad aproximada al 1% de pureza, lo que lleva a denominarla como “trazas”, toda vez que es menor al 2%, sin que por ello deje de tener la calidad de cocaína en forma de clorhidrato.

No obstante la baja pureza, se aclaró que: *“...en estas pequeñas cantidades bajo el límite de cuantificación puede haber variación, las trazas son valores cercanos al 1% y se dice trazas por no estar muy seguros de su exactitud. A pesar de ser trazas tenía los mismos nocivos efectos estimulantes que generan toxicidad cardiovascular y efectos en el sistema nervioso central, inhiben el apetito y en altas concentraciones provocan en el cerebro sobre estimulación. Dice que siempre ha habido confusión, pero insiste que en cualquier concentración es dañina a la salud pública, porque su efecto no depende de la concentración en que se encuentre, sino de la dosis que la persona consume, así por ejemplo una persona se puede tomar un whisky de 50 grados y una cerveza con menos grados e igual de puede emborrachar, en el caso del porcentaje de nicotina, también puede producir efecto a pesar de ser mínima su concentración; el porcentaje no es necesariamente de la toxicidad, pues la persona va a consumir hasta que logre el efecto deseado, si es menos concentrada consumirá más. Al defensor responde que pasa por la cantidad que se consume, en el caso del consumo callejero siempre es bajo, que analizó tres muestras pero no los contenedores, que siempre sobre un peso de 4 gramos se remiten hasta 2 gramos y el resultado es del muestreo”*⁴.

4 TJOP Santiago (6°), 31/01/09, RUC N°0700508486-K, RIT N°404-2008, considerando 5°.

Para el Tribunal los hechos constituyeron el delito de tráfico de ilícito de drogas contemplado en el artículo 3° de la Ley N°20.000, en razón de la cantidad encontrada, su distribución en numerosas bolsas, las circunstancias en que fue hallada y el hecho que fue incautada momentos después a la transacción de parte de ella en la puerta del domicilio de uno de los imputados.

Respecto a la discusión sobre **la entidad de la droga incautada**, en el sentido de que al hacerse el análisis de pureza sólo se estableció la presencia de trazas, el Tribunal señaló que: *“...significa para él que no se pudo establecer la concentración exacta en una sustancia que no es cocaína, pues los valores estaban por debajo del mínimo aceptable. Añade que el hecho que solo sean trazas indica que no hubo una real afección al bien jurídico tutelado y así no estamos en presencia de aquellas sustancias descritas en el artículo 3° de la Ley 20.000; recuerda que el perito dijo que a baja concentración se producen pocos efectos”*.

“En lo atinente a este tema, tampoco el Tribunal se hace eco de sus alegaciones, porque aparte de todos los elementos ya analizados que permitieron sostener que la sustancia que mantenía el acusado García Ojeda correspondía a cocaína clorhidrato de una pureza aproximada al 1%, la apreciación del perito fue contundente al concluir que las tres muestras tenían cocaína en forma de clorhidrato e insistiendo además que en cualquier concentración esta sustancia es dañina a la salud pública, porque su efecto no depende de la concentración en que se encuentre, sino de la dosis que la persona consume, descartándose entonces que los valores estuvieran por debajo del mínimo aceptable, según afirmara el defensor. Sin perjuicio de lo anterior es preciso recordar que los preceptos legales correspondientes, contenidos en la ley 20.000, artículos 1 y 3, no mencionan el grado de pureza como un elemento del tipo a considerar para que la sustancia estupefaciente sea o no ilícita”⁵.

3.- La instrumentalización de la atenuante especial de cooperación eficaz

El Ministerio Público formalizó al abogado Gabriel Ruiz Gallardo por el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.000 en virtud de los hechos que se pasan a reproducir:

“El imputado Gabriel Ruiz Gallardo, Abogado, represento en causa RUC 0600400273-1 por el delito de tráfico ilícito de drogas a la imputada doña María Irene Inostroza Valenzuela ante la Fiscalía Regional Metropolitana Sur Antinarcóticos. En dicha causa con fecha 27 de abril de 2007 la imputada declaro ante el fiscal entregando antecedentes con la finalidad de configurar la atenuante especial de cooperación eficaz. Los antecedentes aportados consistían en que una ciudadana de nombre X.C.F. número de pasaporte XXX se encontraba alojada en el hotel central de la comuna de Los Andes con un cargamento de cocaína que ella traía desde su país

5 TJOP Santiago (6°), 31/01/09, RUC N°0700508486-K, RIT N°404-2008, considerando 11°.

a Chile donde iba a ser retirada por Verónica Asseff y José Blanco, adjudicándole la calidad de burrera en todo esto a la persona denunciada.

A raíz de la información proporcionada el día 11 de mayo de 2007 previa autorización del tribunal de garantía de los andes se ingresa a la residencia de X.C., quien tenía en su poder un bolso de color rojo el cual estaba con candado y en cuyo interior se encontraban 2 paquetes contenedores de clorhidrato de cocaína sustancia que tuvo un peso bruto de 1 kilo 175 gramos.

Efectuando las diligencias se logra determinar que esta ciudadana boliviana fue traída a Chile engañada para efectos de configurar una circunstancia atenuante en beneficio de la declarante, para lo cual el día 7 de abril del año 2007 Felipe Rivera Gabona, de nombre supuesto en esta empresa delictual José Blanco Lamuela y Enrique Beiza Inostroza, Hijo de María Inostroza Valenzuela, de nombre supuesto Sergio Enrique, concurren hasta Bolivia donde contactan a X.C.F., engañándola, señalándole que concurra a Chile a trabajar en la casa de Felipe Blanco.

El día 20 de abril ingresan al país por el paso fronterizo chungara los otros 2 imputados ya mencionados y la ciudadana boliviana. Una vez en Santiago preparan la droga que posteriormente entregan a X.C. a quien traen a la ciudad de los andes dejándola a ella en el hotel central con el cargamento de droga.

Luego de proceder a la incautación de la droga y la detención de las personas que trajeron a la ciudadana boliviana se logra determinar que en sucesivas reuniones sostenidas por los coimputados con el abogado Gabriel Ruiz, en el mes de marzo de 2007, fue este quien impulsó el plan delictual en los coimputados, señalándoles que para lograr la libertad de la madre de uno de ellos, era necesario dejar a otra persona presa con una cantidad igual o superior de droga a que fue incautada a María Inostroza, haciendo de esa manera surgir el plan delictual en las otras personas, a quienes se les explicó con detalles en estas reuniones. Luego de concertado el viaje de los coimputados, estos mientras se encuentran en Bolivia, reportan los adelantos del mismo al imputado a los números de teléfono de su oficina 02-xxx; 02-xxx y 02-xxx. El abogado Gabriel Ruiz además les señala que la persona debe ser dejada en Los Andes en atención a que sería más rápida la diligencia indicándoles además que si la droga que iba a ser entregada a la ciudadana boliviana no era una cantidad igual o superior a la necesitada, ellos podrían aumentar la cantidad con otros elementos⁶.

La Fiscalía presentó acusación verbal en contra del acusado por el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.000, en su calidad de autor del mismo, haciendo presente que beneficiaban al acusado las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°6 y N°9 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, solicitando la pena de tres años y un día de presidio menor en su

6 JG Los Andes, 11/02/09, RUC N°0710009221-7, RIT N°1444-2007, considerando 1°.

grado máximo, accesorias legales, costas de la causa y multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales.

El Tribunal acogió la solicitud de la Fiscalía, siendo aceptada por el acusado, tramitándose el juicio conforme a las normas del procedimiento abreviado.

El Tribunal resolvió que:

*“...se condena a **GABRIEL ENRIQUE RUIZ GALLARDO**, ya individualizado como autor del delito consumado de Tráfico ilícito de estupefaciente, del artículo 3 y 1 de la Ley 20.000, su autoridad conforme al artículo 15 Nro. 2 del Código Penal, hecho acaecido en esta jurisdicción de este Tribunal a mediados del mes de mayo de 2007, a la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, las accesorias del artículo 29 del Código Penal, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, eximiéndose del pago de las costas de la causa y a una multa de **VEINTE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**”.*

“II. Que, en cuanto a la pena corporal, se le concede el beneficio de la libertad vigilada del artículo 14 y siguiente de la Ley 18.216, de manera que dentro de tercer día de ejecutoriado esta sentencia deberá ponerse a disposición del Centro de Reinserción Social de la ciudad de Los Andes, a fin de cumplir la condena impuesta, debiendo respetar las condiciones e instrucciones que le signe el delegado de libertad vigilada”.

“III. Que, en cuanto a la pena de multa podrá pagarse en diez cuotas iguales y sucesivas de dos Unidades Tributarias Mensuales, la primera de ella a partir de los cinco últimos días del mes siguiente al que quede ejecutoriado este fallo”.

“IV. Que, el no pago de alguna de las cuotas hace exigible el monto total y si no tiene dinero para pagarla, se aplica por vía de sustitución y apremio un día de reclusión por cada Unidad Tributaria Mensual”⁷.

4.-El uso terapéutico y el error de prohibición en el delito de tráfico ilícito de drogas

Con fecha 3 de diciembre de 2008 se dictó sentencia condenatoria en contra de un acusado por el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.000, la que fue recurrida de nulidad por la Defensa, recurso que fue rechazado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

En la presente causa, la Fiscalía basó su acusación en los hechos ocurridos con fecha 12 de marzo del 2008, día en que personal de Carabineros encontrándose en el domicilio del imputado, tomando una denuncia por el delito de robo,

7 JG Los Andes, 11/02/09, RUC N°0710009221-7, RIT N°1444-2007, considerando 5°.

se percató que éste mantenía en el interior de su domicilio, sobre la mesa de centro, una caja de cartón con sustancia vegetal elaborada, correspondiente a cannabis sativa, sustancia que también se encontraba en el interior de otras cajas de cartón y otros recipientes, las que arrojaron un peso bruto de dos kilos novecientos cuarenta gramos, además de encontrar setenta y cinco punto un gramos netos de la misma sustancia vegetal correspondiente a cannabis sativa y 19 plantas de cannabis sativa con una altura promedio de 2.20 metros que se encontraban en el patio trasero del inmueble y que arrojaron un peso bruto de 5 kilos 340 gramos netos.

Para la Fiscalía los hechos configuraron el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.000, atribuyéndole al imputado participación en calidad de autor.

La teoría del caso de la Defensa se basó en el hecho que su representado padecía de SIDA y en ese escenario señaló que dicha enfermedad era la tercera causa de muerte, existiendo más de 17.300 personas infectadas sujetas a un tratamiento de Triterapia, entre ellas su representado. Fue así que, cuando a su defendido le diagnosticaron el VIH y dio inicio al tratamiento, comenzó a experimentar, como consecuencias adversas al medicamento, vómitos y náuseas, entre otros malestares, viéndose obligado a buscar un paliativo, y éste fue un medicamento que tiene una venta inexistente en Chile, llamado MARINOL cuyo compuesto activo básico es cannabis sativa. De esta forma su representado tuvo dos alternativas, buscarlo en un mercado negro delictual o cultivar marihuana.

En relación a los hechos descritos, la Defensa sostuvo que el cultivo de la marihuana tuvo por objeto el consumo personal con fines medicinales, actuando su representado con ausencia de dolo, toda vez que creyó que cultivar y consumir marihuana era una actuación lícita no contraria a la norma, basándose en lo manifestado por su médico y porque además ya había sido absuelto por los mismos hechos en el año 2005 por la Corte de Apelaciones, no quedando otra posibilidad que absolverlo nuevamente.

El Tribunal a quo desestimó la alegación de la Defensa en cuanto a que el acusado debía consumir la droga como parte de un tratamiento médico, señalando que: *“...porque tal como lo señaló la perito Sra. Bailey Silva en Chile, la marihuana no se usa en tratamientos médicos, lo cual también fue corroborado por el propio médico tratante del acusado, el Sr. Ballesteros Jaña, quien expuso en forma clara y precisa que nunca recetó marihuana al acusado y que no la receta ni es partidario de la misma porque es un ilícito, y si bien no desconoce que hay personas a las cuales les presenta alivios, de lo cual no existe consenso en la comunidad científica respecto a las verdaderas propiedades de ésta, también agregó que produce efectos dañinos como irritación, dependencia y cambios conductuales, condiciones de cuidado en los pacientes con virus VIH”*.

“...tampoco puede estimarse que la droga incautada haya estado destinada a un consumo próximo en el tiempo atendida la cantidad que le fue encontrada en su domicilio, porque como lo sostuvo la perito Bailey Silva ésta era suficiente para producir entre 6.000 a 9.000 dosis equivalente al consumo por varios años del acusado”⁸.

En cuanto al error de prohibición alegado por la Defensa, el Tribunal a quo señaló que: “El error de prohibición es una creación doctrinaria que posteriormente fue reconocida expresamente en algunas legislaciones o bien en forma indirecta como la nuestra, que afecta a la culpabilidad, entiendo por ésta a la “posibilidad de acceder al conocimiento del injusto” (Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General página 19)”.

“El profesor Enrique Cury sostiene que incurre en error de prohibición quien cree que la conducta es lícita, sea porque ignora que en general su conducta está sancionada por el ordenamiento jurídico, sea porque supone que el caso dado está cubierta por una causal de justificación que no existe, o a la que atribuye efectos más extensos de los que realmente produce, sea, en fin, porque supone la presencia de circunstancias que en el hecho no se dan pero que de concurrir fundamentarían una auténtica justificación” (Enrique Cury, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, página 439)”.

“Que para estos sentenciadores y tal como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia se requiere para estar en presencia del error de prohibición que a) Desconocimiento del mandato jurídico general, esto es, el autor no sabe que existe una norma prohibitiva general y estima que su actuar es jurídicamente indiferente, es el llamado error de prohibición abstracto o directo; b) error en la inaplicabilidad de la norma, caso en que el autor conoce la existencia de la norma, no obstante supone que está autorizado para actuar, sobre la base de un determinado permiso y c) como una representación equivocada acerca de la fuerza determinante de la norma”.

“En este caso, sostuvo la defensa el acusado sabe que su conducta es ilícita pero estimó que en virtud del fallo que lo absolvió el año 2003, se encontraba autorizado para continuar consumiendo marihuana para paliar los efectos de su enfermedad, circunstancias que se habrían reafirmado por la cobertura mediática que tuvo aquella resolución judicial y que después el acusado continuó con la misma conducta sin que haya tenido algún problema hasta el día de los hechos de esta acusación. Incluso el propio acusado sostuvo que “para él la conducta que realiza no es ilícita” lo que reafirma la idea que sabe que es un delito, aunque según se desprende de sus dichos, estima que se encuentra justificado en su caso tal comportamiento”.

“Al respecto esta postura deberá ser necesariamente rechazada, porque como quedó claramente demostrado en las sentencia absolutoria rol 6.431-6 del 11° Juzgado del Crimen de 28 de octubre del 2003, incorporada como prueba documental por la defensa, los hechos por los cuales fue absuelto son distintos a los cuales ahora se le con-

8 TJOP Santiago (3°), 03/12/08, RUC N°0800234723-8, RIT N°174-2008, considerando 11°.

dena. En efecto, consta en la copia autorizada de la sentencia referida, que el acusado en dicha ocasión le fueron encontrados 120 gramos de marihuana elaborada y 180 gramos de marihuana en proceso de secado, las cuales no permitieron presumir que fueran destinadas al comercio, lo cual se condice con la explicación que este dio que la consumía para disminuir los efectos del tratamiento medicamentoso contra el virus del VIH⁹.

De lo expuesto, no puede lógicamente desprenderse tal como sostuvo el acusado y su defensa que esta sentencia “le permitiera tener marihuana porque la usa con fines terapéuticos” sino que más bien razonó en cuanto a que por la cantidad encontrada tenía sentido suponer que se iba a consumir en un tiempo próximo y agregó la sentencia cual era el motivo por el cual el acusado la consumía, pero en caso alguno significó que se reconociera o se aceptara su uso para tal fin y que se le permitiera en el futuro tenerla en las cantidades que estimare necesarias para su bienestar físico”.

“Que a lo anterior se debe considerar que el acusado es un hombre de instrucción, que se identificó laboralmente como “empleado” y que impresionó al Tribunal como una persona de hablar fluido con un buen uso del lenguaje, lo que permite deducir tiene estudios y conocimientos suficientes como para entender el alcance de la sentencia absolutoria referida. Unido a lo anterior, no se debe olvidar y tal como lo señaló el propio acusado, que contó con asistencia letrada para su defensa en aquella causa, agregando que al principio tuvo defensores de turno, pero después lo contactaron con un abogado particular, por lo que existían condiciones que hacen difícil estimar le diera a la resolución del Tribunal la interpretación que señaló en su defensa”.

“Y aún cuando el acusado, les indicó a los funcionarios policiales que tenía una sentencia que le permitía tener marihuana, ello no puede interpretarse como un error de prohibición atendido la totalidad de la prueba rendida analizada en su conjunto, no apareciendo otros antecedentes que permitan sustentar dicha tesis”⁹.

En razón de lo anterior, el Tribunal a quo condenó al acusado por el delito de tráfico ilícito de drogas a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y al pago de una multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales.

En contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral, la Defensa interpuso recurso de nulidad, basándose en las causales previstas en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación a la letra c) del artículo 342 y subsidiariamente en la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de ella.

Atendido a lo consignado por la Defensa en su presentación, la Corte señaló que: “Respecto de la primera causal invocada, los recurrentes se centran en la valora-

9 TJOP Santiago (3°), 03/12/08, RUC N°0800234723-8, RIT N°174-2008, considerando 11°.

ción de la prueba por parte de los sentenciadores, señalando que aquella fue realizada contradiciendo los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La afirmación anterior se basa en que la sentencia no considera que las hojas y tallos de la planta de marihuana correspondieran a desechos en la producción de la droga. Por el contrario, los sentenciadores estiman que toda la planta tiene propiedades nocivas, refrendando lo señalado en la audiencia de juicio Oral por la perito Bailey Silva¹⁰.

“Que, sobre el particular cabe señalar que el hecho de que los recurrentes lleguen a una conclusión diversa de la sentencia no implica que ésta haya sido dictada con infracción a lo señalado en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Dicho de otro nodo, no es suficiente, a efectos de anular una sentencia, el que los recurrentes logren construir un razonamiento lógico y coherente que se exprese en un sentido contrario a lo señalado por el Tribunal Oral. Lo anterior es relevante toda vez que lo que esta Corte debe hacer no es pronunciarse sobre los mismos hechos nuevamente, sino que, en los términos del Código Procesal Penal, verificar si en la sentencia se ha expuesto, de manera clara, lógica y completa “cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. Y el citado artículo es menester recordar, tiene como base el principio de que los Tribunales “apreciarán la prueba con libertad aspecto rector de nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal, que no puede ser vulnerado en los hechos dándole a una causal legal una amplitud que no posee. En este caso, el Tribunal le ha dado a la declaración pericial mencionada en el numeral anterior una preponderancia que los recurrentes no estiman, citando al efecto el Boletín de Estupefacientes, volumen LVIII N°1 y 2 de 2006 de la Oficina contra la Daga y el Delito de las Naciones Unidas y alegando en segundo término el uso medicinal de la cannabis. Ambos argumentos, si bien entendibles, no implican de manera alguna que el razonamiento de los sentenciadores haya sido contrario a lo dispuesto en el artículo 297, máxime cuando ni el citado boletín desvirtúa la presencia de propiedades nocivas en la planta ni el médico presentado por la defensa afirma haber recetado el consumo de marihuana como medio de tratamiento de la enfermedad del sentenciado. De este modo entonces, no cabe sino desestimar la causal en referida¹¹.

Finalmente, y habiéndose desestimado además la segunda causal de nulidad de errónea aplicación del derecho, la Corte rechazó el recurso presentado por la Defensa.

10 CA Santiago, 24/03/09, ROL Corte 2554-08, considerando 4°.

11 CA Santiago, 24/03/09, ROL Corte 2554-08, considerando 5°.

EL ROL DEL FISCAL EN LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS EN CHILE

Lorena Rebolledo Latorre¹

1. Preámbulo

Desde el año 2004 funcionan en nuestro país, como iniciativa piloto, los Tribunales de Tratamiento de Drogas², en adelante también “TTD”.

La experiencia previa se gestó en Valparaíso, extendiéndose a las Zonas Sur y Centro Norte de la Región Metropolitana en los años 2005 y 2006, respectivamente. Ya en el año 2008, los TTD lograron cubrir el resto de la Región Metropolitana y a las regiones de Tarapacá y Antofagasta.

Los TTD constituyen un programa, a través del cual se somete a tratamiento a imputados primerizos, que presentan consumo problemático de drogas, mediante la salida alternativa (al proceso penal) de suspensión condicional del procedimiento. Su objetivo principal es disminuir o detener el consumo, y así reducir la reincidencia en el delito. Se busca, asimismo, la reinserción sociolaboral del imputado.

Este modelo nació en Estados Unidos, en el año 1989, *“de la frustración que sentían los jueces y otros líderes de la comunidad ante el fracaso del sistema de justicia penal para responder adecuadamente al enorme incremento del uso de drogas durante la década de los ochenta. Los infractores consumidores de drogas recibían muy poco en cuanto a tratamiento y finalmente se encontraban en un círculo de abuso de sustancias, criminalidad y reclusión”*³.

En el año 1999 se sumaron a esta iniciativa Australia y Canadá. Luego Irlanda (2000); Bermudas, Brasil, Islas Caymán, Jamaica y Escocia (2001);

1 Abogada de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Abreviaturas utilizadas: “TTD” Tribunales de Tratamiento de Drogas; “SCP” suspensión condicional del procedimiento; “CP” Código Penal; “CPP” Código Procesal Penal; “Art. (s)” artículo(s).

2 En Chile, los TTD constituyen un programa que se inserta dentro de la competencia del Juez de Garantía -tribunal unipersonal- estando entre sus funciones el “Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal”. Por lo tanto, no constituyen Tribunales Especiales.

3 Dueñas, María Mercedes (2008). UNODC-Colombia. Presentación “Las Naciones Unidas y los Tribunales de Tratamiento de Drogas. Un Desafío para América Latina”. Primer Foro Interregional de Ciudades EU-LAC: Políticas Públicas en Tratamiento de Drogas. Santo Domingo, República Dominicana.

Nueva Zelanda, Isla Mauricio, Inglaterra, País de Gales, Irlanda del Norte (2002), y Chile, que como dijimos, desarrolló este programa a partir del año 2004⁴.

Un grupo de expertos en TTD, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC- identificó 12 factores de éxito para el desarrollo de este programa, a saber: 1.- Unión entre el tratamiento y los tribunales; 2.- Acercamiento entre los opuestos para las decisiones (este factor o principio dice relación con una fase del programa que veremos más adelante denominada “Reunión Previa”); 3.- Identificación y pronta ubicación en el programa de los imputados⁵ elegibles; 4.- Servicios de tratamiento; 5.- Supervisión permanente mediante pruebas de alcohol y drogas; 6.- Estímulos y sanciones; 7.- Supervisión judicial continua; 8.- Evaluación para medir el éxito del programa; 9.- Capacitación interdisciplinaria; 10.- Asociaciones con la Comunidad; 11.- La importancia del manejo del caso; 12.- El programa debe ser flexible⁶.

Así también, Laura Safer, Juez del Tribunal de Tratamiento de Drogas del Bronx, Nueva York, Estados Unidos, en una ponencia realizada en Santiago de Chile en el mes de marzo de 2006, refirió cuáles son los factores de éxito del TTD en el Bronx:

1. Los Tribunales de Drogas no son entes adversariales: su propia creación es producto de un gran acuerdo.
2. Identificación de los participantes en las primeras etapas del proceso penal.
3. Citas frecuentes con el Juez del tribunal.
4. Capacitación de los jueces, fiscales y defensores en el tema de la adicción.
5. Sistema de incentivos para que el infractor se rehabilite.

En relación con los resultados concretos obtenidos en el Bronx, indicó que desde 1989 han tenido más de 600 candidatos graduados y un 70% de baja en la reincidencia criminal.

Habiendo dado revista en términos generales al programa de TTD, podemos señalar que nuestra intención es mostrar cómo se despliega el órgano acu-

4 Véase el Informe del año 2007 de La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), pág. 14, el cual menciona además a Barbados, Noruega y a Trinidad y Tobago. Cfr. Hurtado, Paula. “Tribunales de Droga: Experiencia internacional y posible aplicación en Chile”. Revista Paz Ciudadana.

5 El documento citado habla de “delinquentes”, sin embargo, el presente artículo sustituyó este término por “imputados”, en atención a la normativa procesal penal chilena.

6 Dueñas, María Mercedes, ob. cit. Véase además, Droppelmann R., Catalina. Fundación Paz Ciudadana (2008). “Análisis del proceso de implementación de los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile. Avanzando hacia una política pública”.

sador en este modelo de intervención terapéutica en contexto judicial, que tiene como fundamento la experiencia internacional de los países que hemos mencionado.

2. La Fiscalía Nacional y los TTD

Previo a tratar el rol del fiscal en los TTD, comentaremos ceñidamente la participación de la Fiscalía Nacional en este programa.

Es necesario advertir que, en la redacción de este artículo, me serviré de la experiencia que, como Coordinadora Nacional del programa TTD por parte del Ministerio Público, tengo en el mismo.

Ahora bien, en el año 2006 se dio inicio a un trabajo multisectorial en la temática de Tribunales de Tratamiento de Drogas, mediante una convocatoria hecha por el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, CONACE, y la Fundación Paz Ciudadana a participar en una mesa de trabajo denominada: “Tratamiento de Drogas para Infractores en el Contexto Judicial”, que contó con la asistencia del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Defensoría Nacional, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile y la Fiscalía Nacional⁷.

El propósito de dicha reunión fue la conformación de una mesa de trabajo interinstitucional, con el objeto de presentar una propuesta de política pública para abastecer de tratamiento de drogas a población infractora de delitos de menor lesividad en el contexto judicial.

Producto de este trabajo, surgió en el año 2007 un instrumento denominado “Manual de Procedimientos”, cuyo texto se encuentra actualmente en proceso de actualización, en atención a los naturales cambios generados en el flujo-grama del programa de TTD, el cual veremos en el tercer capítulo de este artículo.

En el mes de abril del mismo año, el Ministerio del Interior, con la asesoría técnica del CONACE, y el Ministerio Público celebraron un Convenio de Colaboración Financiera, entregándose de esta forma presupuesto necesario para la contratación de un equipo conformado por un psicólogo y un trabajador social llamado “dupla psicosocial” a cargo de la detección del consumo problemático de drogas en el programa de TTD.

Luego, en diciembre de 2007, el Poder Judicial, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Fundación

7 En algunas reuniones llevadas a cabo por esta mesa interinstitucional participaron los programas pilotos existentes en esa fecha.

Paz Ciudadana y CONACE⁸ suscribieron un “Protocolo de Colaboración”⁹, en virtud del cual las instituciones se comprometieron a realizar las acciones necesarias para la apropiada implementación de los TTD en nuestro país.

En 2008 y 2009, el Ministerio del Interior, con la asesoría técnica del CONACE, y el Ministerio Público suscribieron Convenios de Colaboración Financiera, en los términos del celebrado el año 2007, acordándose la ejecución de un proyecto denominado “Tribunales de Tratamiento para Infractores Bajo Supervisión Judicial”. De esta manera, la Cartera de Interior entrega al Ministerio Público los fondos necesarios para la ejecución de este proyecto, el cual implica entre otras actividades: la contratación de una dupla psicosocial para la realización de la pesquisa del consumo problemático de drogas; de un psiquiatra, a cargo de la evaluación diagnóstica y de la ejecución de jornadas de capacitación.

Es relevante consignar que el Fiscal Nacional ha establecido como una de sus metas, la ejecución de los TTD de forma efectiva, eficiente y coordinada, para lo cual designó, como supervisor del programa, a la Unidad Especializada de Drogas¹⁰.

Actualmente desarrolla actividades una mesa de trabajo (operativa) intersectorial, continuadora de aquella formada en el año 2006, encargada de realizar las tareas que se vayan generando con ocasión de los TTD; teniendo en ella participación activa la Fiscalía Nacional.

3. El Fiscal como ejecutor en los TTD

La primera cuestión que debemos formular es que los TTD utilizan la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento contemplada en los artículos 237 a 240, 245 y 246 del Código Procesal Penal. Por lo tanto, los requisitos jurídicos para que un imputado pueda acceder a este programa son los siguientes: que la pena probable a imponer al imputado no exceda de 3 años de privación de libertad, ausencia de condenas previas y de suspensiones condicionales vigentes.

Este programa requiere la participación de un equipo estable y fuertemente coordinado, compuesto por los siguientes actores: juez, fiscal, defensor, dupla psicosocial, profesional a cargo de la evaluación diagnóstica¹¹ y proveedor de

8 Las instituciones están nombradas en el mismo orden en que aparecen en el Protocolo de Colaboración.

9 Programa piloto “Tribunales de Tratamiento Drogas para Infractores Bajo Supervisión Judicial”.

10 Designándose, en particular, a la suscrita como Coordinadora Nacional del programa.

11 Psiquiatra o médico general con experiencia en adicciones.

tratamiento; vale decir, un equipo jurídico y otro sanitario que se entrelazan para la consecución de los fines que hemos descrito precedentemente.

Cada TTD cuenta además con un abogado coordinador, a cargo del programa¹².

3.1 Funciones del Fiscal

El Fiscal del programa es un profesional que ha sido previamente capacitado en la metodología de Tribunales de Tratamiento de Drogas. Su tarea primera es la revisión del caso, pues deben reunirse no sólo requisitos jurídicos, sino además sanitarios, para que un caso pueda ser integrado al TTD.

Ya revisamos cuales son los requisitos jurídicos, ahora veamos los sanitarios o clínicos:

1. El imputado debe presentar un trastorno por abuso o dependencia a las drogas.
2. El imputado debe poseer un compromiso biopsicosocial moderado a severo.

Estos requisitos son determinados mediante la sospecha de consumo problemático de drogas y la evaluación diagnóstica del mismo.

Resulta fundamental que tanto el fiscal como los demás actores del programa velen en todo momento por la voluntariedad del imputado, es decir, que preste su consentimiento¹³ de manera libre y voluntaria al momento de ingresar al programa y mantenerse en él.

Ahora bien, en la revisión jurídica del caso el fiscal no sólo debe verificar que se cumplan los requisitos de la suspensión condicional, sino además debe seleccionar la infracción penal según los criterios generales de actuación impartidos por el Fiscal Nacional en la materia.

Al efecto, se ha instruido que los fiscales deben abstenerse de proponer la suspensión condicional del procedimiento cuando el delito por el que el imputado está siendo investigado tenga asignada por ley pena de crimen, aún cuando la pena en concreto a ser aplicada haga procedente la salida alternativa¹⁴.

De esta forma, podría proceder la suspensión condicional respecto de imputados involucrados en, por ejemplo, delitos de:

12 Cada programa abarca una zona geográfica determinada.

13 El defensor debe velar por que el imputado acepte de manera informada acceder al programa.

14 Oficio FN N°482, de fecha 13 de octubre de 2004, "Criterios generales de la suspensión condicional del procedimiento y en especial respecto de las infracciones a Ley 19.366".

- Hurto
- Lesiones de menor entidad
- Violación de morada (art. 144 CP)
- Desórdenes públicos (art. 269 CP)
- Porte de arma blanca (art. 288 bis CP)
- Amenazas (arts. 296-297 CP)
- Robo con fuerza en lugar no habitado (art. 442 CP)
- Robo con fuerza en bienes nacionales de uso público y sitios no destinados a la habitación (art. 443 inc. 1° CP)
- Delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, respecto de los cuales sea procedente la suspensión condicional del procedimiento (Oficio N°789, 29.09.05)
- Daños simples (art. 484 CP).

En las infracciones a la Ley de Drogas N°20.000, se ha prohibido su utilización, salvo respecto de las faltas contempladas en los artículos 50 y 51. En forma excepcional, y previa aprobación por escrito del Fiscal Regional, se podrá suspender condicionalmente respecto de los delitos de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga del artículo 4° y de las infracciones al artículo 8° (cultivo ilícito de especies vegetales), 10 inciso 2° (abandono imprudente en lugares de fácil acceso al público, de plantas, semillas u otras partes activas), 11 (facilitación de bienes para la elaboración, desvío de precursores, cultivo o tráfico de drogas) y 12 (tolerancia al tráfico o consumo de drogas) de la Ley N°20.000, siempre que concurren dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, se hubiere cooperado eficazmente en el procedimiento o se trate de imputados menores de edad.

Adicionalmente, cabe agregar que no procede aplicar la suspensión condicional en delitos funcionarios de la Ley de Drogas¹⁵.

Finalmente, respecto a las faltas penales, el fiscal podrá ocupar este mecanismo de resolución alternativa, sin restricción, previa concurrencia de los requisitos establecidos en el Código Procesal Penal.

15 Oficio FN N°061, de fecha 30 de enero de 2009, "Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N°20.000".

3.2 Algunas cifras¹⁶

Resulta interesante destacar algunas cifras del programa TTD:

Durante el año 2008 (1° de enero al 15 diciembre), los casos que ingresaron a TTD sumaron un total de 224. Esta cifra se desglosa de la siguiente manera: casos vigentes 121; casos fuera de programa 64¹⁷, y casos egresados 39.

Es necesario hacer presente que durante el período de muestra, las Regiones Primera, Segunda, Zona Oriente y Occidente de la Región Metropolitana, ingresaron en distintas fechas al TTD; ello se explica por la implementación del programa en la respectiva Región a partir del año en comento.

Del total de casos indicados, un 33% se incorporó al TTD por delitos contra la propiedad, sumando el mayor ingreso en cuanto a la distribución de delitos durante el año 2008, seguido de las infracciones constitutivas de violencia intrafamiliar, con un 26%¹⁸.

3.3 Etapas del programa TTD¹⁹

En este punto estudiaremos las fases del programa TTD, con el fin de ilustrar al lector cómo se desenvuelve el fiscal en este circuito procesal especial ejecutado dentro de la agenda laboral normal de los jueces de garantía. Cabe hacer presente que desarrollaremos someramente este capítulo, por cuanto queremos destacar la labor del fiscal en este flujo de procedimiento.

Según lo que indica el “Manual de Procedimientos”, el programa contempla cuatro etapas:

1. Ingreso del caso.
2. Evaluación elegibilidad jurídico-sanitaria.

16 Farren Diego y Droppelmann Catalina. Fundación Paz Ciudadana (2009). “Análisis Estadístico 2008”, Programa Tribunales de Tratamiento de Drogas.

17 La expresión “fuera de programa” significa que el imputado ha salido o ha sido bajado del programa de TTD por diversas razones, a saber: por haber cometido un nuevo delito (reincidencia); porque abandona el tratamiento (por incompatibilidad laboral, incumplimiento del plan de tratamiento); por manifestar una voluntad contraria a seguir en el programa, etc.

18 El análisis estadístico citado indica: “Entre los delitos contra las personas y contra el orden y seguridad pública, se incluyen casos de violencia intrafamiliar identificados como “lesiones” y “amenazas” sin describir a la víctima. Por lo tanto, los delitos de violencia intrafamiliar reflejan a más del 26% de la población ingresada.

19 Acápites basados en: Manual de Procedimientos “Suspensión Condicional del Procedimiento por Tratamiento de Consumo Problemático de Drogas”, 2007.

3. Audiencia de suspensión condicional del procedimiento.
4. Audiencias y diligencias posteriores: revocación de la medida cautelar, revisión de SCP; revocación de SCP; egreso y sobreseimiento definitivo.

1. **Ingreso del caso:** un caso puede ingresar al programa en el control de la detención o durante la tramitación de la causa. En esta etapa, la dupla psicosocial debe realizar una entrevista de sospecha diagnóstica a los casos elegidos por el Ministerio Público o propuestos por la Defensoría Penal Pública. En caso de resultar positivo el consumo problemático de drogas, el psiquiatra debe realizar una evaluación diagnóstica para corroborar dicho consumo.

El fiscal, previa verificación de la concurrencia de los requisitos jurídicos y clínicos del caso, participa en una reunión previa o también llamada de “preaudiencia”, en la cual tanto el equipo jurídico como el sanitario discuten la modalidad de tratamiento que se propondrá como condición de la suspensión condicional del procedimiento.

2. **Evaluación elegibilidad jurídico-sanitaria:** en esta parte nos remitiremos a lo ya señalado en acápites anteriores, respecto de los requisitos jurídicos y clínicos que debe cumplir el imputado para ingresar al TTD.

3. **Audiencia de suspensión condicional del procedimiento:** en esta fase, el fiscal solicita la suspensión condicional del procedimiento²⁰, teniendo presente los acuerdos tomados en la reunión previa, y propone las condiciones de la misma, que son: el ingreso a tratamiento de rehabilitación, y la asistencia a las audiencias de seguimiento o supervisión judicial (letras c y h del artículo 238 del CPP).

En la audiencia estará presente la dupla psicosocial, a objeto de responder las dudas que se generen en el Juez de Garantía.

El tribunal decretará la SCP y establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado.

4. Audiencias y diligencias posteriores; revocación de medida cautelar, revisión de SCP; revocación de SCP:

4.1 Revocación de medida cautelar

Decretada la SCP se dejarán sin efecto las medidas cautelares que pudieren haberse fijado.

20 El fiscal, con el acuerdo del imputado, puede solicitar esta salida alternativa.

4.2 Revisión de SCP o “Audiencias de Seguimiento”

Por regla general estas audiencias se efectúan una vez al mes. En ellas se revisa el cumplimiento del plan de tratamiento asignado al imputado. Tal como ocurre al decretarse una SCP, cada vez que se realiza una audiencia de seguimiento el equipo del TTD debe reunirse previamente, a fin de revisar el avance del caso y determinar las metas e incentivos para el imputado a la luz del informe de avance de tratamiento que emite en forma mensual el centro tratante.

4.3 Revocación de SCP

El tribunal podrá revocar, a solicitud del Ministerio Público, la SCP en los términos del artículo 239 del CPP. Tanto el fiscal como los demás miembros del equipo entienden que las recaídas en el consumo o en el plan de trabajo impuesto, pueden formar parte del tratamiento de rehabilitación, por lo cual habrá que analizar caso a caso si corresponde modificar las condiciones impuestas²¹ o revocar la suspensión condicional.

4.4 Egreso y Sobreseimiento Definitivo

Finalizados el tratamiento y la supervisión judicial por haber cumplido el imputado los objetivos terapéuticos fijados en el plan individual, se realizará la audiencia de egreso y se dictará el sobreseimiento definitivo de la causa. Hay que dejar en claro que no necesariamente el egreso coincide con el sobreseimiento, dado que el plazo mínimo de la SCP es de un año y el plan de tratamiento puede durar menos tiempo, por ello, en caso que el tratamiento termine antes del período de suspensión, al imputado se le modificará la condición, con el objeto de que cumpla con el plazo legal de la salida alternativa.

5. Comentarios finales

Obtener una condena no es la vía de solución para todos los conflictos criminales. Por ello nuestra legislación penal adjetiva contempla la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, que constituyen las llamadas salidas alternativas al proceso penal.

Los TTD, como hemos visto, utilizan la herramienta de la SCP para que un imputado que cumpla con determinados requisitos legales y sanitarios, pueda acceder a rehabilitación.

21 El artículo 238 del Código Procesal Penal dispone que durante el período de la suspensión, y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas.

Verificándose los objetivos terapéuticos del programa y el plazo legal de la suspensión, podremos darle un corte a esta relación cíclica *“delito y droga”*. En este sentido, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes JIFE, ha señalado que *“una persona adicta hará prácticamente cualquier cosa, hasta cometer un delito, para conseguir drogas. Por consiguiente, los Estados han de abordar al mismo tiempo el acto delictivo y el uso indebido de drogas (la causa fundamental). No hacerlo significa no cumplir los propósitos ni los requisitos de los tratados y no respetar el principio de proporcionalidad”*²².

En el modelo chileno, el impulso inicial pertenece al Ministerio Público, por cuanto la SCP requiere del consentimiento del fiscal y del imputado para ser decretada. El caso primeramente pasa por un filtro jurídico que normalmente es realizado por un equipo especial de la Fiscalía Regional respectiva, a cargo de pesquisar imputados para la audiencia de control de la detención.

El fiscal, inserto en la dinámica adversarial -sin alejarse de su rol natural en cuanto a ser un órgano acusador- entiende que este programa persigue fines diferentes a una simple suspensión condicional, tales como la rehabilitación en el consumo de drogas y la reinserción sociolaboral -y con ello se busca, evidentemente, disminuir la reincidencia en el delito-.

Lográndose los objetivos o fines descritos, tendremos a víctimas con un mayor grado de conformidad, y a una comunidad creyendo aún más en el sistema procesal penal.

Finalmente, queremos hacer hincapié en que el éxito del modelo de Tribunales de Tratamiento de Drogas dependerá en gran medida del compromiso y estrecha colaboración de todos y cada uno de los integrantes del equipo interdisciplinario que lo conforman, con plena conservación de su independencia profesional²³.

22 Véase, el Informe año 2007 de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, JIFE, pág. 13.

23 Informe JIFE año 2007, ob. cit., pág. 14.

EL REGISTRO DE VEHÍCULOS

Carolina Zawidich Diomedí¹

I. Aspectos constitucionales

La Constitución Política de 1980 consagra y protege una serie de derechos sociales e individuales que se encuentran señalados en su artículo 19. Estos son entendidos como atributos de la dignidad humana y se erigen como límites a la soberanía de los Estados, puesto se encuentran al servicio de las personas, lo anterior, considerando que dentro de las obligaciones y fines del Estado está el mantener y promover el bien común de la sociedad.

Un Estado de Derecho debe velar por el respeto y cumplimiento de cada una de los derechos individuales, con el límite del bien común, esto es, que cada garantía individual sea protegida y respetada en relación a las demás prerrogativas ciudadanas. En consecuencia, el Estado se encuentra facultado por la Constitución para limitar el ámbito de acción de ciertos derechos individuales, manteniendo o defendiendo una tutela mínima a los ciudadanos, conforme la propia Carta le obliga.

En este sentido, el Profesor Humberto Nogueira señala: “*todo derecho... es limitado ya que ampara solo el contenido del derecho garantizado constitucionalmente, el cual tiene presente el contenido de los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados*”².

Dentro de los derechos que la Carta Fundamental establece se encuentra “*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”, consagrada en el N°3 del artículo 19, y en base a esta garantía se van desarrollando otros derechos fundamentales, como el derecho a un *debido proceso*.

No obstante las modificaciones existentes a la Constitución de 1980, el espíritu del legislador no ha variado, sobre todo cuando estamos en presencia del desarrollo de una investigación a la que puede ser sometida cualquier persona. Esta actividad se encuentra consagrada como un derecho constitucional, ya que tanto el agente investigador como el investigado se someten a un procedimiento legalmente establecido que debe ser respetado por quienes desarrollan

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

2 “*Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*”, Humberto Nogueira Alcalá, Ius et Praxis, Vol. II, N°2, 2005, págs. 15-64, www.scielo.cl.

y ejecutan dicha indagación, es decir, los agentes investidos por la ley para ejecutarlos³, pero que a su vez representan o pueden representar un límite a otro tipo de libertades y derechos que la misma Carta consagra. A modo de ejemplo, y sin perjuicio que dentro de un procedimiento legal previamente contemplado en la ley una persona puede ser investigada, formalizada y condenada por la comisión de un hecho ilícito, esta persona tiene derecho a ser oída y representada judicialmente.

Esta dualidad entre derechos y restricciones y es lo que sustenta y constituye las bases de un Estado de Derecho, en que la autoridad legalmente investida, representando a la sociedad toda, tiene derechos sobre los individuos, prerrogativas que no sobrepasan los límites de la legalidad. De este modo existe un equilibrio entre la acción punitiva del Estado y los derechos individuales de los ciudadanos. No se entiende, por tanto, un derecho individual sin limitaciones legítimas para ejercer esos derechos.

En este breve artículo describiremos la diligencia investigativa del registro de un vehículo, actividad comúnmente utilizada por las policías como método de descubrimiento de los elementos e instrumentos utilizados para cometer el delito, asimismo se analizará cómo ésta afecta el resguardo o la intimidad privada del sujeto investigado.

II. Registro de domicilios

Para comenzar el análisis de este tema, examinaremos la entrada y registro de domicilio dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico y descrito como diligencia investigativa propia de las policías. Luego, esbozaremos brevemente lo que entendemos por domicilio o propiedad y las situaciones en las cuales puede verse vulnerada la misma.

Nuestra Carta Fundamental, como ya se ha mencionado, en su artículo 19 contiene una serie de derechos individuales que deben ser protegidos, tales como la igualdad ante la ley, la inviolabilidad del hogar, el derecho a la propiedad. En su número 4° se consagra “*El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*”, es decir, protege la vida privada. El número 5° ampara “*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*”. El número 24° protege “*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes*

3 La Constitución de 1980 establece en su artículo 76° que corresponde conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, es decir, en materia criminal a los Tribunales de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal. Por su parte el artículo 83° dispone que el Ministerio Público tiene la exclusividad en la dirección de la investigación penal.

corporales o incorpóreas...”. Respecto a este numeral, la Constitución dispone que “*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social...*”, agregando que “*... cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional...*”⁴.

Entonces, cuando hablamos de la protección privada y la inviolabilidad del hogar y derecho de propiedad, podemos concluir con relación a la entrada y registro de un domicilio, que lo que se protege es el inmueble en sentido estricto, es decir, el domicilio entendido como aquel lugar donde una persona desarrolla sus actividades o conductas más íntimas. Sin embargo, en relación con el mismo han existido varias interpretaciones referentes al alcance de éste, por cuanto algunos restringen el concepto de domicilio a aquel lugar en donde una persona mantiene y desarrolla su residencia, y otros le otorgan una significación en sentido amplio, pues incluyen además del lugar en donde habita una persona o desarrolla su espacio más íntimo otros lugares diferentes al hogar, tales como oficinas, templos, etc.

Por lo tanto, cuando nos enfrentamos a esta diligencia utilizada por la policía⁵, debemos precisar qué ámbito del domicilio comprende la entrada y registro en nuestro ordenamiento jurídico. Determinamos, entonces, que el domicilio constitucionalmente protegido es aquel “*lugar que constituye el centro permanente de la vida domiciliaria, con el cual una persona tiene una vinculación jurídicamente especificada*”⁶, es decir, llamamos domicilio al lugar donde una persona habitualmente desarrolla su vida normal, tanto privada, familiar y profesional. Consecuente con lo anterior, parte de la doctrina entiende el domicilio como aquel espacio en donde un sujeto vive su vida privada e íntima, entendiéndola como el espacio en donde hace su vida familiar y personal.

Considerando que la doctrina y en general, la jurisprudencia han señalado que lo que se protege es la esfera de la intimidad, entendida también ésta como el lugar en donde cada persona desarrolla sus actividades más propias, en donde cada sujeto posee privadamente, es decir, donde mantiene un lugar propio en el mundo, en el cual puede encontrar refugio a las emociones y pensamientos. En este sentido identificó la intimidad el Juez norteamericano Cooley, en 1873, “*... con el derecho a ser dejado tranquilo, a ser dejado en paz, el derecho de estar solo: ‘Right to be alone’...*”.

4 Constitución Política de 1980, artículo 19 N°24.

5 Entrada y registro.

6 Domicilio definido por Walter, “*El Domicilio Canónico. Bases para una formulación del concepto y su relevancia para la competencia del Párroco y del Ordinario del lugar*” *Ius Canonicum*, julio-diciembre 1994, vol. XXXIV, N°68, pág. 620, autor citado por María José Cabezedo, pág. 78.

En la intimidad se comprenden las opiniones políticas y religiosas, las que cada sujeto pretende que sólo sean conocidas por sí mismo; las particularidades de la vida familiar, sexual, síquica y física, etc.

Entonces, las normas que regulan el registro de domicilio podemos considerarlas como “... una tutela de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla o puede desarrollar la vida privada de una persona...”⁷, existiendo de este modo un vínculo entre la norma que prohíbe la entrada a un domicilio o recinto privado y la que impone la defensa al derecho de la intimidad. Las diferencias se tornan en determinar si todo lugar donde ejercemos nuestra privacidad debe ser objeto de protección constitucional, no siendo discutido aquel espacio donde desarrollamos nuestra vida privada, entendida como el lugar utilizado como residencia, o en el cual desarrollamos nuestra vida más íntima.

En nuestro ordenamiento jurídico, la entrada y registro es una diligencia de investigación y “... persigue como finalidad la obtención de fuentes de pruebas para la comprobación del hecho punible o la participación culpable y/o para la solicitud de una medida cautelar. Ella comporta, por regla general, la afectación o perturbación de los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del hogar...”⁸. Por lo tanto, la afectación a la vida privada debe encontrarse regulada por ley, tanto respecto a las formas o procedimientos de su ejecución, como de quienes están facultados para perturbarla⁹.

En el derecho español, la entrada y registro domiciliario se encuentra contemplada en el artículo 18.2 de la Constitución y dispone que “...el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”¹⁰. En este sentido, María José Cabezudo señala¹¹ que ninguna entrada y registro puede realizarse sin el consentimiento del titular del mismo o por medio de una resolución judicial que la autorice, que la excepción sería en caso de delito flagrante, situación donde se aplica el principio de proporcionalidad a todos los presupuestos

7 Boletín de Jurisprudencia Ministerio Público de Costa Rica, número 63 de fecha 22 de septiembre de 1999, Unidad de Capacitación y Supervisión, Voto N°1372-99 de 15 horas del 24 de febrero de 1999, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

8 María Inés Horvitz Lennon, Julián López Masle, “Derecho Procesal Penal Chileno”, Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Primera Edición, mayo 2006. “Procedimiento Ordinario por Crimen o Simple Delito”, página 512.

9 La Profesora María Inés Horvitz Lennon señala que las personas que legalmente se encuentran facultadas para afectar conforme a ciertas circunstancias las garantías constitucionales, en especial el registro de domicilio, se encuentran, en virtud del artículo 10 N°10 exentas de responsabilidad penal.

10 Constitución Española, artículo 18.2.

11 “La Protección del Domicilio”, María José Cabezudo Bajo, Centro Francisco Tomás y Valiente, 2004, página 74.

prohibidos, esto es, el conjunto de intromisiones provocadas en razón de la entrada y registro, autorizada por la respectiva orden del juez o dada en razón de la flagrancia de un delito.

Entonces podemos señalar que la entrada y registro de un domicilio puede llevarse a cabo bajo ciertos supuestos, tales como:

1. Consentimiento del dueño

En esta hipótesis la entrada y registro consentido por el dueño no plantea mayores inconvenientes, en razón que es el titular del derecho garantido quien autoriza o consiente que funcionarios policiales lleven a cabo la diligencia de entrada y registro.

2. Autorización judicial

Respecto a la entrada y registro de un domicilio mediando autorización judicial previa, debemos inicialmente señalar que, no obstante es el Ministerio Público el órgano que por mandato constitucional y legal tiene la exclusividad en la persecución penal, que se le ha facultado mediante una serie de herramientas para indagar y esclarecer la comisión de los ilícitos, para lo cual dispone de las policías como órganos auxiliares para la investigación; el órgano acusador debe solicitar al ente jurisdiccional la correspondiente autorización para actuar cuando se encuentra bajo ciertos supuestos, en especial cuando se trata de vulneración de garantías constitucionales.

Para ello, el Código Procesal Penal ha dispuesto de un procedimiento para llevar a cabo de manera ordenada y eficiente la persecución penal, en el cual se imparten ciertas reglas básicas a considerar. De este modo, cada vez que sea necesario violentar alguna garantía consagrada en la Constitución, el Ministerio Público deberá justificar al respectivo Juez de Garantía las razones o sustentos en los que se cimienta para traspasar la protección de esos derechos, para que éste autorice conforme a derecho su infracción. Es decir, el órgano que se encuentra facultado por Constitución y por ley para autorizar la intromisión o vulneración de la intimidad, a través del Ministerio Público, es el Juez de Garantía¹².

El artículo 70 del Código Procesal Penal señala que el Juez de Garantía “... *Se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el Ministerio Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejer-*

12 Excepcionalmente existen otras autoridades que pueden afectar el derecho a la intimidad mediante algunos procedimientos administrativos, tales como los efectuados por el Servicio de Impuestos Internos (DL 830, DL 824) en sus controles tributarios y la Dirección Nacional de Aduanas.(DFL 329, DFL 30 de 2004 y Ley 19.479).

cicio de derechos asegurados por la Constitución". Y el artículo 206 inciso final del mismo cuerpo legal dispone que si "...*el propietario o el encargado del edificio o lugar no permitiere la entrada o registro, la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia...*".

Para el caso de entrada y registro, el Código Procesal Penal establece ciertas normas para ser llevadas a cabo. Así, en su artículo 207 determina las horas en las cuales se puede llevar a efecto la diligencia, que va desde la 6 horas de la mañana hasta las 22 horas de la noche y, en casos urgentes, cuando su ejecución no admitiere demora, el Juez de Garantía procederá a autorizar en horarios distintos a los señalados, indicando expresamente la necesidad de urgencia. La orden, además, debe contener cierta información, como el lugar específico que debe ser registrado, fiscal solicitante, policía o autoridad que efectuará el registro y el motivo del mismo.

3. Delito flagrante

El artículo 53 del Código Procesal Penal dispone que el Ministerio Público es quien debe ejercer de oficio la acción penal pública, y acorde a esta prerrogativa, el artículo 77 señala que el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación, como asimismo dirigirá la actuación de la policía para llevar a cabo tales cometidos.

El artículo 83 del mismo cuerpo legal, menciona alguna de las actuaciones que la policía puede llevar a cabo sin una orden previa, tales como: prestar auxilio a la víctima, detener en caso de flagrancia, resguardar el sitio del suceso, identificar a los testigos y consignar sus declaraciones, recibir denuncias, etc., siendo éstas sólo pautas de actuación para las mismas.

El artículo 206 del Código Procesal Penal establece un caso de excepción, mediante el cual, la autoridad a través de la policía, se encuentra facultada para hacer ingreso al domicilio de una persona sin su consentimiento o sin la orden emanada del Juez de Garantía competente. Este supuesto es ante la existencia de llamadas de auxilio de personas que se encontraren al interior del lugar, o bien ante la presencia de signos evidentes que se está cometiendo un ilícito.

Por otra parte, el artículo 129 del mismo cuerpo legal dispone, en su inciso final, la facultad de la policía para llevar a cabo la captura de quien ha sido sorprendido en flagrancia para ingresar a un lugar cerrado, "... *mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la detención*".

De la misma manera, en el registro del controlado: "*control de identidad*", descrito en el artículo 85 del Código Procesal Penal, además de solicitar la identificación de cualquier persona, bajo la existencia de algunos indicios, se faculta

a la policía a realizar a su vez el examen de las vestimentas del controlado, su equipaje y el vehículo en el que se desplaza. Igual potestad procede respecto al “registro del detenido” conforme al artículo 89, cuando habiendo indicios o señales de que éste ocultare objetos importantes para la investigación, se podrá examinar sus vestimentas, equipaje o vehículo. Reiterado también en el artículo 134 del Código Procesal Penal, en que se le permite a la policía registrar el vehículo de la “*persona detenida por flagrancia*”.

En este sentido, la entrada y registro se encuentra avalada en la medida que estamos en la presencia de la comisión de un delito flagrante, esto es, cuando tenemos evidencia clara de la comisión de un hecho constitutivo de delito.

Es decir, bajo las hipótesis mencionadas, esto es, el consentimiento del dueño o titular del derecho, la orden judicial o ante la flagrancia de un delito, la policía se encuentra autorizada o facultada para proceder a la diligencia de la entrada y registro del domicilio, entendiendo que bajo estas hipótesis, si bien se vulnera la intimidad y la privacidad, esta intromisión se encuentra amparada por normas legales.

III. Registro de vehículos

Podemos sistematizar que en el registro de un vehículo pueden darse seis circunstancias o supuestos para efectuarlo. La primera de ellas, cuando existe el *consentimiento del conductor o dueño* de un vehículo o medio de transporte; la segunda, cuando se lleva a cabo un *control de identidad*; la tercera, cuando ha actuado el órgano jurisdiccional mediante una *autorización del Juez de Garantía* que faculta a los funcionarios policiales para ingresar y registrar el automóvil, en razón de la presencia de supuestos mínimos de la comisión de un determinado delito; la cuarta hipótesis es en caso del *registro del detenido* del artículo 89; la quinta es en caso de *fuga del detenido y su persecución*, y por último, ante la existencia de un *delito flagrante*.

- 1) Al igual que en la entrada y registro de un domicilio bajo el **consentimiento** de su titular o dueño, en el caso del registro de un vehículo, esta hipótesis no genera dificultades, por cuanto su titular es quien autoriza a que la policía registre el móvil.

Sin embargo, bajo los demás supuestos es necesario verificar algunas normas que avalen el actuar de la policía en dicho registro.

- 2) En el caso del **control de identidad** del artículo 85 del Código Procesal Penal, el legislador autoriza a que dentro del procedimiento la policía pueda registrar además de las vestimentas y equipajes, el vehículo de la persona cuya identidad se controla. Esto es, la policía puede, sin orden previa de los fiscales y sin necesidad de nuevos indicios, registrar el vehículo de la perso-

na controlada, pudiendo detenerla sin orden judicial, en virtud del artículo 129 en relación con el artículo 130 del Código Procesal Penal¹³.

- 3) Como también el **registro del detenido**, conforme al artículo 89; esta norma hace referencia al registro del vehículo del detenido.
- 4) Respecto a la **persecución del detenido por delito flagrante**, el artículo 129 inciso final autoriza para que los funcionarios policiales puedan ingresar a recintos cerrados, muebles e inmuebles, a fin de practicar la respectiva detención. Por lo que en este caso, entendiendo que el vehículo es un bien mueble, e interpretando que éste puede estar amparado bajo una esfera de resguardo como lugar cerrado, bajo esta hipótesis la policía puede, sin autorización judicial, registrar dicho móvil ante la fuga del detenido.
- 5) En cuanto a la **flagrancia**¹⁴, podemos decir que ante la presencia de indicios que al interior de un determinado vehículo se pretende, se está o se ha cometido un ilícito, los funcionarios policiales, pueden proceder a realizar el registro del mismo, sin necesidad de una orden judicial previa que lo autorice, ni es necesario el consentimiento del titular del móvil, puesto que es la propia ley quien los licencia para actuar.

Es decir en los casos mencionados, consentimiento del dueño, control de identidad, registro del detenido, persecución del detenido en flagrancia y flagrancia propiamente tal, no se requiere de una orden judicial previa que avale el registro de un vehículo.

- 6) En cuanto a la **autorización judicial**, podemos señalar que si ella se ha otorgado para la entrada y registro de un domicilio determinado y al interior del mismo se encuentra un vehículo, la policía queda facultada para llevar a cabo, de igual forma, el procedimiento de registro del móvil, amparado en el permiso otorgado por el Juez de Garantía.

En el caso del vehículo que se encuentra al interior del domicilio, la opinión ha sido diversa. A este respecto, creemos que la postura de la doctrina española es la más adecuada conforme a nuestra legislación vigente. La jurisprudencia

13 En virtud de la “Ley de Agenda Corta” N°20.253, se modificó el artículo 85 con fecha 14 de marzo de 2008, facultando a los funcionarios policiales a proceder, en el control de identidad, al registro de vestimentas, equipajes o vehículos sin necesidad de nuevos indicios.

14 El artículo 129 dispone que cualquier persona puede ser detenida en caso de flagrancia y el artículo 130 describe ciertas situaciones como flagrancias: el que actualmente se encontrare cometiendo el delito, el que acabare de cometerlo, el que huye del lugar de comisión del delito y fuere designando por el ofendido u otra persona como el autor, el que fuere encontrado con objetos procedentes del delito o que permitieren sospechar su participación, que la víctimas señalaran como autor en un momento inmediato a su ejecución.

del Tribunal Supremo Español revisada¹⁵, dispone que habiendo autorización judicial para efectuar la entrada y registro a un domicilio, esta comprende también el registro del vehículo cuando el móvil se encuentra dentro de la propiedad, no necesitando una autorización diversa a la ya otorgada, ni menos aún una ampliación de la misma.

Por otra parte, existe consenso en España, que el registro de un vehículo puede llevarse a cabo por la policía y sin autorización judicial, más aún ante la existencia de indicios de la comisión de un ilícito, que la sola excepción se trata de aquellos autos-caravanas, los cuales, por su naturaleza, son utilizados como lugares en donde se reside o habita.

En consecuencia, claramente establece la jurisprudencia española que la protección a la intimidad se encuentra especificada a aquel lugar en donde los individuos desarrollan su vida más privada, no siendo, por regla general, la actividad propia que se despliega en un automóvil.

Si bien en un vehículo no se ejercen habitualmente las actividades propias de la intimidad como en el caso del domicilio, puesto que no se vive o reside en él, de igual forma se entiende que no obstante ser un medio de transporte y siendo esa su principal característica, en él se ejecuta o practica algún grado de intimidad, pues al ser un bien mueble, un espacio cerrado, en el que se pueden desplegar ciertas actitudes de vida privada, el legislador ante una pugna de intereses o derechos, tales como el orden público o el bien común, debe sopesar los bienes jurídicos en conflicto.

IV. Conclusiones

Finalmente, podemos establecer que respecto del registro de vehículo, sin perjuicio del **consentimiento del dueño o propietario**, no es necesaria la exigencia de una orden judicial previa para que funcionarios policiales puedan llevar a efecto dicha diligencia, conforme así lo disponen los artículos 83, 85 y 89 del Código Procesal Penal, encontrándose dentro de las facultades propias de las policías, de las cuales no requiere autorización judicial ni instrucción del Ministerio Público.

En consecuencia la policía puede o se encuentra facultada para realizar el registro del vehículo en:

- 1) **Control de identidad**, conforme lo menciona el artículo 83 del Código Procesal Penal, corroborado además en el del artículo 85 del mismo cuerpo

15 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Madrid, N°2225/2002, Recurso de Casación, 17-10-2003. Tribunal Constitucional, Sentencias: 22/84 de 17-02-1984, 110/84 de 26-11-1984, 303/93 de 25-10-1992. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Madrid, de fecha 19-07-1993, 13-10-1993, 24-01-1995 y 19-06-1996, 28-04-1993.

legal, pues se trata de aquellas potestades propias de la misma, de las cuales no impone recibir instrucciones particulares del Ministerio Público.

- 2) **Registro del detenido**, en virtud a lo señalado por el artículo 89.
- 3) **Registro en la persecución del detenido en fuga**, conforme lo indica el artículo 129 inciso final.
- 4) **Situación de delito flagrante**, conforme lo expresado en el artículo 129.

Sin embargo, para ejercer esta prerrogativa en los tres últimos casos, es necesaria la existencia de indicios de haberse cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, o de disponerse a perpetrarlo, los cuales deben fundarse en circunstancias concretas de la conducta del sujeto que la hagan sospechosa, o bien la existencia de sospechas que la persona pudiere suministrar información útil para la indagación de un crimen o simple delito o falta.

Esta situación se da sobre todo en casos de delitos de tráfico de drogas, contemplados en la Ley N°20.000, pues habitualmente la sustancia ilícita es hallada al interior de los vehículos motorizados, las que están ocultas o encubiertas para poder traspasar los controles carreteros. Agregando, además, que dentro de los verbos rectores utilizados por la Ley de Drogas, se encuentra el transporte de sustancias ilícitas y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 89 del Código Procesal Penal, se podrá practicar el examen al referido vehículo sin necesidad de requerir autorización judicial.

Finalmente podemos decir que el Tribunal Supremo español ha dicho: “... *Un vehículo automóvil que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado...*”¹⁶.

16 Recurso de Casación Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, N°2225/2002, Resolución N°1365/2003, de 17 de octubre de 2003, II: Fundamentos del Derecho.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES

¿SE PUEDE ASEGURAR “ANTICIPADAMENTE” LA DETENCIÓN DE UN IMPUTADO QUE SE ENCUENTRA PRÓFUGO EN ARGENTINA, INCLUSO CON ANTERIORIDAD AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN Y “DETENCIÓN PREVIA”?

Eduardo Picand Albónico¹

El 2 de agosto de 1991, y bajo la Presidencia de don Patricio Aylwin Azócar, fue suscrito el “*Acuerdo entre los Gobiernos de las Repúblicas de Chile y Argentina para la Cooperación entre Carabineros de Chile y la Gendarmería Nacional Argentina*”, por las autoridades plenipotenciarias de ambos Estados.

El referido tratado internacional fue aprobado por el Congreso Nacional, conforme da cuenta el Oficio N°1.086, de 22 de diciembre de 1992, siendo promulgado a través del Decreto N°1.008, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de 30 de agosto de 1993; y publicado en el Diario Oficial el 29 de noviembre de 1993.

Por su parte, Argentina, aprobó el referido Acuerdo Internacional a través de la Ley N°24.211, sancionada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación el 19 de mayo de 1993 y promulgada el 11 de junio del mismo año. Ninguna de los Estados ha denunciado este Tratado y por consiguiente, en la actualidad, se encuentra vigente.

A través de estas líneas hemos querido informar brevemente algunos aspectos relevantes de este Tratado Internacional compuesto de tan sólo 11 artículos -probablemente desconocido por muchos- que podría servir de sobremana para el cumplimiento de las funciones de persecución penal que desarrollan los fiscales del Ministerio Público desde Arica hasta Punta Arenas, concretamente, cuando necesiten obtener de manera rápida el cumplimiento de ciertos requerimientos de asistencia internacional que deban formularse a la República Argentina, sin recurrir necesariamente a la “vía diplomática” y más aún, permitiendo que, en casos calificados, podamos obtener a través de la “vía policial” el diligenciamiento de solicitudes de detención formuladas a las autoridades de Argentina, con el objeto de obtener la rápida detención de imputados que, después de haber delinquido en nuestro país, se han fugado con destino a la Argentina, y asegurar así que mientras se sustancia la solicitud de extradición activa en nuestro país -incluso la solicitud de “detención previa con fines de extradición-, con los a veces muy largos plazos que ello involucra, tengamos la certeza que, entretanto, el imputado estará detenido en Argentina.

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

A continuación analizaremos los aspectos procesales penales del Tratado que inciden directamente en las funciones de Carabineros de Chile y del Ministerio Público, en las investigaciones abiertas en nuestro país.

1.- Objeto

El Acuerdo tiene por objeto fortalecer la cooperación mutua entre Carabineros de Chile y Gendarmería Nacional de Argentina, en asuntos vinculados a las “tareas de policía” que deben efectuar principalmente en “zonas fronterizas”, estableciendo un sistema de comunicaciones ágil y eficaz que permita compartir la información de manera oportuna, y permitiendo además, que ambas Instituciones puedan colaborar recíprocamente en la formación y capacitación de sus integrantes.

2.- Obligaciones de los Estados Parte

Los Estados Contratantes se comprometen a darse “mutua cooperación” con el objeto de cumplir los fines antes mencionados y concretamente, “prevenir” y “controlar” los delitos que pudieren cometerse o se cometan en sus respectivos territorios. Al referirse a los “Estados Contratantes”, en general, lo que hace el tratado es fijar esta obligación de cooperación no sólo en Carabineros de Chile y Gendarmería Nacional Argentina -las Instituciones-, sino que en todas las instituciones públicas que conforman el aparato estatal de ambas naciones, alcanzando esta obligación de cooperación, por ejemplo, a los Tribunales de Justicia, al Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Servicio Nacional de Aduanas, Policías Federales, Policía de Investigaciones, etc.

Ahora bien, no obstante la amplitud de esta “cooperación mutua” interretática a la cual se obligan los Estados, el tratado es muy claro al fijar los límites: las instituciones de ambos Estados se deben cooperación, pero deben hacerlo dentro del marco o márgenes de facultades que les confiere su propia legislación.

3.- Ámbito de aplicación material

La obligación de cooperación comprende las funciones y actividades de carácter “policial” que desarrollen Carabineros de Chile y la Gendarmería Nacional Argentina, y que sean “comunes” a ambas, tanto aquellas normalmente desplegadas en “zonas limítrofes” como en cualquier otro lugar del territorio. Esta Cooperación Estatal entre ambos Estados deberá prestarse especialmente cuando esas actividades comunes de carácter policial, sean necesarias para prevenir y controlar la comisión de los delitos contra la vida; secuestro de menores, contrabando de órganos humanos; terrorismo; contrabando de animales y bienes; tráfico ilícito de drogas y estupefacientes; blanqueo de capitales; falsifi-

cación de monedas; protección del medio ambiente; robo y hurto de vehículos y piratería aérea.

4.- Otros aspectos de “cooperación” previstos en el Tratado

Los artículos V a VIII del Acuerdo extienden estas actuaciones de cooperación que deben brindarse las Instituciones, a diligencias que tengan por objeto la previsión y prevención de grandes riesgos naturales y a las medidas que tengan por objeto proteger al medio ambiente de las zonas limítrofes. Asimismo, podrán acordar el intercambio de personal en sus respectivas dependencias, y acordar medios de comunicación e intercambio de información rápidos y seguros, que, en su caso, deberán aprobar a través de sus respectivas jefaturas.

5.- Ejercicio de las facultades de “investigación penal” concedidas por este Tratado a Carabineros de Chile. Requerimientos de asistencia internacional, inclusive solicitudes de detención e incautación

El artículo III del Acuerdo dispone que “las Instituciones [Carabineros de Chile y Gendarmería Nacional Argentina], al practicar alguna investigación de oficio o a requerimiento de juez competente sobre las actividades ilícitas antes mencionadas, podrán solicitarse la realización de diligencias conducentes a la detención de los implicados, incautación de los efectos del delito y demás antecedentes que incidan en la materia, cuando tuvieren conocimiento que el o los partícipes han transpuesto la respectiva frontera para eludir la acción de la justicia...”.

La búsqueda del sentido y alcance de esta disposición debe realizarse siguiendo los criterios hermenéuticos previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [artículos 31-33], de modo tal que deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Para estos efectos, el contexto comprenderá, además del texto, su preámbulo y anexos.

Sería un grave error pensar que las disposiciones de tratado internacional pueden interpretarse aisladamente, de modo tal que siempre deberá tenerse en consideración el elemento “sistemático” para fijar su alcance no sólo con el resto de las normas del propio tratado, sino que también con las normas internas de cada uno de los Estados Partes.

Así las cosas, resulta imperativo consultarnos previamente cuál podría ser el alcance del tratado al referirse a las diligencias de investigación que las “Instituciones” podrían realizar “de oficio” o “a requerimiento de juez competente”. Creemos que la respuesta correcta no da pie a dobles lecturas, pues el propio

tratado dispone que la cooperación que los Estados Partes deben brindarse se circunscribe al “...marco de las atribuciones que las respectivas legislaciones internas les otorgan...”, lo que quiere decir, en definitiva, que las “Instituciones”, así como los restantes órganos del Estado sólo pueden hacer lo que su legislación interna les permita. El Derecho Chileno es clarísimo en este sentido.

La Constitución Política de la República; la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y el Código Procesal Penal, son explícitos al señalar que el único órgano encargado de dirigir la investigación de los delitos que se cometen en territorio chileno es el Ministerio Público de Chile, y la actuación de las policías -incluido Carabineros de Chile- debe circunscribirse exclusivamente a las instrucciones que los fiscales les impartan para llevar a cabo determinadas diligencias de investigación, sin perjuicio de las actuaciones que puedan realizar de oficio. El artículo 166 del Código Procesal Penal dispone que “...cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere carácter de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal...”; por su parte, el artículo 180 del mismo Código dispone que “los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos”.

El artículo 79 del Código Procesal Penal, al regular la “función de la policía”, dispone que “La Policía de Investigaciones de Chile será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código [...]”. “Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar del Ministerio Público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere”. El artículo 80 del CPP dispone que “los funcionarios señalados en el artículo anterior [Policía de Investigaciones de Chile; Carabineros de Chile y Gendarmería] que, en cada caso, cumplieren funciones previstas en este Código, ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren...”.

Las únicas actuaciones que pueden llevar a cabo las policías chilenas sin orden previa del fiscal, conforme lo dispuesto en el artículo 83 del Código Procesal Penal, son las siguientes: prestar auxilio a la víctima; practicar la detención en casos de flagrancia; resguardar el sitio del suceso; identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente; recibir denuncias del público; y realizar otras diligencias previstas en otros cuerpos legales. Carabineros de Chile, al llevar a cabo estas actuaciones -que la ley chilena les permite realizar de “oficio” en el contexto de una investigación criminal-, podrán solicitar *exclusivamente* a Gendarmería Nacional Argentina [se utiliza la expresión “Instituciones” y no “Estados Contratantes”] que realice “...diligencias conducentes a la detención de los implicados, incautación de los

efectos del delito y demás antecedentes que incidan en la materia...”. Ejercer esta facultad “de oficio” resulta impracticable en Chile, pues las tres hipótesis contempladas en el tratado [a) solicitar la “detención” del imputado; b) solicitar la “incautación” de los efectos del delito y c) otras diligencias de investigación que guarden relación con esos delitos], son actuaciones de investigación -recordemos que los hechos ocurren en Chile- que escapan del artículo 83 del Código Procesal Penal y que, en todo caso, deben ser instruidas específicamente por los fiscales, incluso, ocurriendo ante los juzgados de garantía competentes cuando las diligencias perturben, restrinjan o priven de sus derechos a los imputados que, usando los términos del tratado, buscan “...eludir la acción de la justicia...”, “...traspasando el límite fronterizo”. El único caso excepcionalísimo en que Carabineros de Chile podría *solicitar directamente* a Gendarmería Nacional Argentina esta cooperación, y concretamente la “detención”, es cuando, conforme lo dispuesto en el artículo 83 del Código Procesal Penal, estuviere persiguiendo al imputado para detenerlo en caso de “flagrancia”, y éste ingresa a territorio argentino “traspasando el límite fronterizo”. Esta sería la única hipótesis en que Carabineros de Chile podría ejercer la facultad que le confiere el artículo III del Tratado al utilizar la expresión “...investigación de oficio”.

Por su parte, cuando este artículo se refiere a las solicitudes que Carabineros de Chile puede plantear a Gendarmería Nacional Argentina, a “*requerimiento de juez competente*”, es indiscutible que ello deberá interpretarse considerando el objeto del tratado -prevenir la comisión de delitos-, de modo tal de considerar que esos jueces sólo pueden ser aquellos que tienen competencia penal en Chile [Jueces de Garantía; Tribunales de Juicio Oral en lo Penal; Cortes de Apelaciones y Corte Suprema], descartando las solicitudes de otros tribunales que, aunque hayan decretado detenciones o arrestos en los excepcionalísimos casos previstos en la ley chilena, no tengan competencia para conocer procesos penales. Asimismo, en la interpretación de la expresión “*requerimiento de juez competente*”, deberán considerarse las instrucciones que los *fiscales* del Ministerio Público les impartan a las policías, en tanto cuanto se enmarquen dentro de la “*investigación*” de los delitos a los que hace mención el Tratado, y conforme las disposiciones antes citadas que establecen la competencia del Ministerio Público en estas materias.

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dispone que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Además, el mismo artículo prevé que sólo debe darse un sentido especial a un término determinado “...si consta que tal fue la intención de las partes”, de modo tal que al interpretar la palabra “*juez*” debemos hacerlo teniendo presente que la verdadera intención que los Estados Partes tuvieron al referirse a esta autoridad no fue otra que la de referir a quien era el encargado de dirigir la investigación de los delitos en cada uno de los Estados Partes. En Chile, y bajo la vigencia del antiguo Código de

Procedimiento Penal, no existían los fiscales del Ministerio Público de Chile, y la única autoridad encargada de investigar los hechos constitutivos de delito, acusar y condenar eran los “jueces” del crimen, lo cual motivó que se hablará de “jueces” y no de “fiscales”.

No debemos olvidar que el Tratado que analizamos lo que hace es regular la “cooperación interinstitucional” que pueden prestarse Carabineros de Chile y la Gendarmería Nacional Argentina en la investigación, persecución y prevención de los “delitos” que se mencionan en su texto, y no las hipótesis legales por las cuales cada una de esas policías debe o puede actuar en su territorio. Si actúan de oficio o a petición de autoridad -jueces o fiscales- es una cuestión de segundo orden para el Tratado, y precisamente por ello lo deja entregado a lo que disponga la legislación de cada Estado.

La Convención de Viena es muy clara al disponer que los tratados internacionales deben interpretarse de “buena fe”, buscando que sus disposiciones puedan aplicarse para cumplir el objetivo del tratado, y no dándole a sus términos otro sentido que el necesario para cumplir estos fines. Si consideramos que la voluntad de los Estados era en esencia regular las relaciones de cooperación entre Carabineros de Chile y Gendarmería Nacional Argentina, no podemos sino concluir que la determinación de cómo actúan -de oficio o por mandato de autoridad (jueces o fiscales)- es un elemento que debe interpretarse a favor del objeto del tratado, siendo absurdo limitar su aplicación porque se hable de “juez” y no de “fiscal”, teniendo en consideración que, a la luz de la legislación chilena, los fiscales no existían al momento de la firma del tratado y, lo más importante, porque en verdad nunca les interesó a los Estados Parte regular a través de un tratado internacional las hipótesis en que podían o no actuar sus policías (de oficio o a petición de autoridad), -cuestión que debía prever la legislación interna de cada uno de ellos-, sino que la motivación del Acuerdo era precisamente facilitar las medidas de cooperación interinstitucional para facilitar la detención de los imputados que traspasaban las fronteras de ambos Estados buscando eludir la acción de la justicia.

La Gendarmería Nacional Argentina, por su parte, deberá prestar a Carabineros de Chile la “cooperación” que le impone el tratado ante la “solicitud planteada, y ante ella ejercer las facultades que su propia legislación le concede, en la medida que constate que efectivamente el imputado de estos delitos cometidos en Chile ha ingresado a su territorio buscando eludir la acción de la justicia. Esto quiere decir que, no obstante la colaboración que le pueda rendir a la policía chilena ante su solicitud, sólo podrá llevar a cabo materialmente la “detención”, la “incautación” o las “otras diligencias de investigación” solicitadas, si su propia legislación se lo permite y en los casos por ella prevista; en caso contrario, ese deber de colaboración se traducirá en la remisión de esa “solicitud de detención, incautación o realización de otra diligencia” enviada por la policía chilena -de oficio o por instrucciones del fiscal o juez chileno-, a

las autoridades que sean competentes en Argentina, conforme su legislación, para pronunciarse sobre estas solicitudes, sobre las cuales también pesa -como hemos dicho anteriormente- la obligación de “cooperación” en estos casos, y ello con independencia a que, finalmente, sea la propia Gendarmería Nacional Argentina la encargada de llevar a cabo materialmente las diligencias, incluso la detención o la incautación de esos objetos y documentos.

Cuando la policía chilena haya solicitado a Gendarmería Nacional Argentina, la “detención” del imputado, y ésta se haya practicado ya sea por orden de esa Institución o de la autoridad que para esos efectos prevea la legislación argentina, el Tratado dispone que “...deberá intervenir la autoridad pertinente a los fines de solicitar la extradición cuando corresponda”. Esto es de la mayor importancia pues permitiría, a nuestro entender, que Carabineros de Chile pudiera -por orden del fiscal o de oficio en caso de flagrancia- “solicitar” directamente a Gendarmería de Argentina -sin necesidad de hacerlo por conducto diplomático- la inmediata detención del imputado que ha escapado de nuestro territorio y se encuentra en ese país, o sea, en el extranjero, ante lo cual esa autoridad debe, conforme las previsiones del Tratado, “cooperar” con esa solicitud, ya sea ordenando y practicando materialmente la detención -si su legislación se lo permitiere-, o enviando inmediatamente esa solicitud a un tribunal argentino -el que también tendrá esa obligación de cooperar según el Tratado pues es parte del “Estado Contratante”- para que se pronuncie y ordene la detención de esa persona; detención que deberá congeniar con un eventual futuro pedido de “detención previa” o “extradición” que puedan formular formalmente las autoridades de ambos países.

Todo esto sería igualmente aplicable cuando sea Gendarmería Nacional Argentina quien solicite a Carabineros de Chile, la detención de un imputado que ha delinquido en su territorio y que huyó con destino a nuestro país, institución que, conforme hemos visto, debe actuar de acuerdo a la ley chilena, lo que obligará a Carabineros a comunicarse de inmediato con el Fiscal adjunto del Ministerio Público, el cual deberá solicitar sin demora al tribunal de garantías la respectiva orden de “detención” o “allanamiento e incautación” de ese imputado que se encuentra en Chile eludiendo la acción de la justicia argentina, medida cautelar que estará jurídicamente justificada en un tratado internacional que es parte del ordenamiento jurídico chileno. Por su parte, la fundamentación fáctica de la referida orden de detención estará dada por los antecedentes que adjunte la autoridad argentina, inclusive la eventual orden de detención que hayan decretado sus tribunales.

Nos parece extraordinariamente importante este Tratado y las facultades que confiere a Carabineros de Chile, pues finalmente esta policía debe realizar las diligencias que el Ministerio Público le instruye. Así las cosas, en virtud del Tratado, los fiscales chilenos podrían asegurar, directamente a través de Carabineros y sin tener que utilizar el “conducto diplomático”, la detención de

imputados que se encuentran prófugos en Argentina, y cuya “entrega” probablemente estará más segura, aunque sólo pueda realizarse después que finalice el procedimiento de extradición en Argentina.

Ahora bien, la utilización de este mecanismo siempre deberá consultarse e informarse por parte de los fiscales a la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional (UCIEX), pues no debe olvidarse que el Fiscal Nacional es la única autoridad del Ministerio Público encargada de conducir las relaciones internacionales de nuestra Institución. De esta manera, cada vez que los fiscales decidan utilizar este mecanismo de cooperación internacional a través de Carabineros de Chile, sería conveniente informarlo a la Fiscalía Nacional, para que la referida Unidad Especializada, elabore un “informe técnico” que permita a los fiscales evaluar de mejor manera la decisión de utilizar los mecanismos investigativos contemplados en este Tratado que, ante eventuales errores, puedan conducir a situaciones graves que expongan, incluso, la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Importante será tener muy claro que en estos casos estaremos en presencia de una “solicitud de detención” [instruida por el fiscal en casos de flagrancia o por el tribunal de garantía competente, en el resto de los casos] distinta a la solicitud de “detención previa” que pueden solicitar las Cortes de Apelaciones respectivas a las autoridades extranjeras, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el contexto de un procedimiento de extradición activa tramitado en Chile, y que encuentra sustento legal, en la legislación de ambos Estados, al amparo de este importante Tratado Internacional.

El artículo IV del Tratado permite que estas Instituciones puedan, además, “...ingresar al territorio de la otra Parte al solo efecto de informar y solicitar a la otra Institución la detención de los partícipes”. Esta facultad, conforme lo que hemos explicado precedentemente, podrá ser ejercida de “oficio” por Carabineros de Chile, exclusivamente en el caso hipotético planteado [detención en flagrancia], pues en todos los demás casos no podrá ingresar a territorio argentino sin la debida instrucción del Fiscal del Ministerio Público, pues precisamente el objeto de dicha actuación es la realización de una diligencia de investigación que se enmarca en el contexto de la comisión de un crimen o simple delito.

En conclusión, creemos que nos encontramos ante un tratado internacional de gran importancia para el Ministerio Público, pues permite una colaboración y cooperación *directa* entre policías que cumplen un rol fundamental en la prevención e investigación de hechos delictivos en ambos Estados, permitiendo que -aunque no se diga expresamente- ciertas solicitudes de cooperación internacional puedan requerirse y diligenciarse directamente y sin recurrir al “conducto diplomático” a través de medios de comunicación con los cuales puedan contar las instituciones policiales. La colaboración que presta Carabineros de Chile al Ministerio Público de Chile, en el cumplimiento de la fun-

ción que la Constitución Política de Chile y la ley le ha conferido, es inmensa e innegable; este tratado internacional permitirá que Carabineros de Chile pueda cumplir con mayor facilidad y rapidez las instrucciones particulares que los fiscales del Ministerio Público puedan encomendarles en determinadas solicitudes de cooperación internacional, y permitirá, concretamente, asegurar la eventual detención de imputados que luego de haber delinquirido en territorio chileno, han escapado a la Argentina buscando eludir la acción de la justicia, y todo ello, incluso, antes de iniciar los trámites formales que la ley chilena prevé al regular la “Extradición”.

No hemos encontrado ninguna resolución de algún tribunal chileno que se haya pronunciado con anterioridad sobre la procedencia de utilizar este tratado internacional -tanto bajo los procesos penales regidos por el Código de Procedimiento Penal como los regulados actualmente a través del Código Procesal Penal-; en consecuencia, nos encontramos ante un texto internacional que probablemente no ha sido utilizado anteriormente por las autoridades que hoy o en el pasado han sido las encargadas de dirigir las investigaciones penales, jueces del crimen o fiscales del Ministerio Público, lo que nos obliga a actuar con *prudencia y cautela* al momento de decidir su utilización, pues muchas pueden ser las ventajas y beneficios que le puede conceder al Ministerio Público de Chile en la persecución penal de los delitos, pero también muchos pueden ser los “dolores de cabeza” que puede generar si no se tiene especial cuidado en la mecánica de cómo se cultivan y se mantienen día a día las relaciones internacionales de cooperación entre las autoridades de dos Estados soberanos como lo son Chile y Argentina.

Anexo

Acuerdo entre la República Argentina y la República de Chile para la Cooperación entre la Gendarmería Nacional Argentina y Carabineros de Chile

Suscripto en Buenos Aires el 2 de agosto de 1991 y aprobado por Ley 24211, sancionada el 19 de mayo de 1993 y promulgada el 11 de junio de 1993.

El Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Chile, en adelante “las Partes Contratantes”;

Teniendo presente el deseo recíproco de fortalecer la cooperación mutua en asuntos vinculados a las tareas de policía en zonas limítrofes, a través de la Gendarmería Nacional Argentina y Carabineros de Chile, en adelante “Las Instituciones”;

Considerando el antecedente histórico sobre esta materia establecido por el convenio sobre policía fronteriza firmado por ambos países el 13 de octubre de 1919;

Reconociendo la necesidad de establecer un régimen que regule dicha cooperación y un sistema de comunicaciones que permita contar con información oportuna para el mejor cumplimiento de las funciones específicas encomendadas a cada Institución;

Deseando impulsar la cooperación entre las respectivas Instituciones, concretada en un efectivo intercambio en materia de formación, capacitación y perfeccionamiento profesional,

Acuerdan lo siguiente:

Artículo I: Las Partes Contratantes se comprometen a la mutua cooperación, en el marco de las atribuciones que las respectivas legislaciones internas les otorgan a las Instituciones, con el preciso objeto de prevenir y controlar los actos delictivos que acaezcan en sus territorios, a fin de lograr una coordinación permanente y la más eficaz acción en estas materias.

Artículo II: La cooperación a la que se refiere el artículo anterior comprenderá todas las cuestiones de interés mutuo relacionadas con las tareas de policía entre ambos países, con especial referencia a las zonas limítrofes y, en particular a las vinculadas a las siguientes materias:

- a) Delitos contra la vida y la integridad física de las personas;
- b) Secuestro de menores;
- c) Contrabando de órganos humanos;
- d) Terrorismo;
- e) Contrabando de animales y bienes;
- f) Tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y precursores químicos;
- g) Blanqueo de dinero y bienes provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes;
- h) Falsificación de monedas;
- i) Protección del medio ambiente, en particular la fauna y recursos forestales de la zona;
- j) Robo o hurto de vehículos;
- k) Piratería aérea.

La calificación antes referida es sin perjuicio de la tipificación jurídico-penal establecida en las legislaciones respectivas.

Artículo III: Las Instituciones, al practicar alguna investigación de oficio o a requerimiento de juez competente sobre las actividades ilícitas antes menciona-

das, podrán solicitarse la realización de diligencias conducentes a la detención de los implicados, incautación de los efectos del delito y demás antecedentes que incidan en la materia, cuando tuvieren conocimiento que el o los partícipes han transpuesto la respectiva frontera para eludir la acción de la justicia.

En caso de efectuarse detenciones con motivo de lo expuesto en el párrafo anterior, deberá intervenir la autoridad pertinente a los fines de solicitar la extradición cuando corresponda.

Artículo IV: En el supuesto que el o los partícipes en un delito huyeran para eludir la acción de la autoridad, traspasando el límite fronterizo, la Institución correspondiente podrá ingresar al territorio de la otra Parte al sólo efecto de informar y solicitar a la otra Institución la detención de los partícipes.

Artículo V: Las Instituciones se prestarán la cooperación que consideren necesarias en lo que se refiere a la previsión y prevención de grandes riesgos naturales y a las medidas destinadas a la protección efectiva de la ecología, fauna y riquezas naturales de sus zonas limítrofes.

Artículo VI: Dentro de las actividades de recíproca cooperación, las instituciones de las Partes Contratantes establecerán y mantendrán las vías más expeditas de información, con el objeto de facilitar un intercambio rápido y seguro de antecedentes relacionados con la prevención y control a que se refiere el presente acuerdo.

El intercambio de información se extenderá también al análisis de las nuevas modalidades que han adquirido y adquieran en el futuro las conductas ilícitas y sus formas de ejecución, particularmente aquellas señaladas en el artículo II del presente acuerdo.

El contenido de la información solicitada, será el que requieran las respectivas jefaturas institucionales y podrá realizarse en forma directa o a través de comunicaciones escritas, informáticas, teleinformáticas, radiales, telefónicas u otras.

Artículo VII: Las Instituciones de las Partes Contratantes estarán facultadas para establecer sistemas de comunicaciones para favorecer aspectos operativos de vigilancia de las fronteras e intercambiar la información a que se refiere el presente acuerdo.

A tal efecto, ambas instituciones podrán desarrollar, en conjunto, los medios técnicos necesarios, conforme a las facilidades y normas de administración que rigen internacionalmente cada sistema en particular.

Artículo VIII: Las Instituciones podrán realizar intercambio de personal de sus respectivas dependencias, con el objeto de promover una complementación en sus aspectos formativos, de capacitación, perfeccionamiento y de especia-

lización profesional en la forma y condiciones que determinen las respectivas autoridades de las Partes Contratantes.

Artículo IX: Las instituciones, en el marco de sus atribuciones legales y reglamentarias, estarán autorizadas a suscribir instrumentos particulares que faciliten la aplicación de las materias contenidas en el presente acuerdo, bajo la condición de no contrariar su esencia o naturaleza.

Artículo X: A fin de facilitar la materialización de la cooperación derivada del presente acuerdo y la aplicación del mismo, cada una de las instituciones designará un oficial superior con especial dedicación y responsabilidad en su ejecución y cumplimiento.

Artículo XI: El presente acuerdo entrará en vigor en la fecha de la última notificación por la que las Partes Contratantes se comuniquen el cumplimiento de los requerimientos legales respectivos.

Tendrá duración indefinida, pudiendo ser denunciado por cualquiera de las Partes Contratantes mediante comunicación escrita por la vía diplomática, con una antelación mínima de seis meses.

Hecho en Buenos Aires, a los dos días del mes de agosto de mil novecientos noventa y uno, en dos ejemplares originales, siendo ambos igualmente auténticos.

LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL ENTRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL ESTADO DE CHILE

Eduardo Picand Albónico¹

Introducción

El 6 de mayo de 2009, la Cámara de Diputados, en Segundo Trámite Constitucional, prestó su aprobación al Proyecto de Ley que tipifica y sanciona en Chile los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, iniciativa legal que hoy se encuentra en condiciones de ser Promulgada como Ley de la República, y que sienta las bases para que finalmente nuestro país ratifique el Estatuto de Roma de 1998, que crea la Corte Penal Internacional (CPI).

Las autoridades nacionales prevén que esto ocurrirá dentro de los próximos dos meses, motivo por el cual resulta importante comenzar a conocer, en términos generales, cómo operará y se relacionará este importante tribunal penal internacional con las autoridades del Estado de Chile, particularmente con el Ministerio Público de Chile, pues no podemos olvidar que la competencia de la CPI será “complementaria”² a la que la ley chilena le concede al Ministerio Público de Chile, en el cumplimiento de sus funciones, particularmente en el ejercicio de la acción penal y la investigación de estos delitos, así como la protección a las víctimas y testigos.

Con ello, podremos ir despejando algunas dudas que se originarán al “implementar” este tratado internacional en el ordenamiento jurídico chileno, ya que,

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

2 Sobre el particular: CÁRDENAS ARAVENA, Claudia: “La Corte Penal Internacional y su relación con las jurisdicciones nacionales”, publicado en: *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho/Nº1/2008*, pp. 123 y ss., en especial p. 128. La autora precisa este concepto de “complementariedad”, señalando que “...actuando conforme a él, la Corte concurre con los Estados, que conservan intactas sus competencias para la investigación y persecución de crímenes internacionales, en tanto ella está jurídicamente facultada para actuar sólo en casos de excepción, cuando un asunto determinado y de gravedad suficiente no ha sido abordado por las autoridades nacionales o éstas no han procedido de acuerdo con los estándares mínimos establecidos en la regulación del Estatuto. En estos casos, la Corte actúa en cooperación con los Estados. Conforme al mismo principio, si la Corte determina que una investigación o un enjuiciamiento que está jurídicamente facultada para llevar a cabo no redundan en interés de la justicia, está facultada para no proceder. Este sistema presupone el reconocimiento automático de la jurisdicción de la Corte por parte de los Estados partes del Estatuto”. Interesantes son las reflexiones expuestas sobre cooperación por: CID MUÑOZ, María Isabel: “*La Corte Penal Internacional. Un largo camino*”, Editorial Dykinson, 2008, pp. 76 a 92.

por cierto, muchas materias son las que habrá que regular a través de una “Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”³, tales como su objeto, alcance, ámbito de aplicación; delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional; penas; relaciones de la Corte Penal Internacional con las autoridades chilenas; cooperación internacional y asistencia judicial; etc.

En la primera parte de este artículo, explicaremos en términos generales la regulación que efectúa el Estatuto de Roma respecto a la cooperación internacional que los Estados deben brindarle en el ejercicio de su competencia, concretamente en los “requerimientos de asistencia internacional” y en las “solicitudes de entrega y detención de imputados”; luego, en la Segunda Parte, evaluaremos el marco normativo vigente que regula en Chile la cooperación internacional y la extradición, lo que nos permitirá comparar las semejanzas, diferencias y eventuales contradicciones entre ambas normativas.

La cooperación penal internacional en el Estatuto de Roma

Primera Parte

Generalidades y Principios Básicos

La cooperación penal internacional ha sido históricamente identificada con dos procedimientos de ayuda interestatal: la extradición y los exhortos o cartas rogatorias. Los avances de la tecnología; la libre circulación de bienes y servicios y la globalización de las relaciones internacionales como fuente de nuevas figuras delictivas como el terrorismo⁴ y la delincuencia organizada transnacional⁵, han obligado a actualizar y modernizar estas formas de cooperación internacional y ponerlas a tono con las exigencias propias de la complejidad propia de la sociedad postmoderna⁶. Así las cosas, es posible advertir tres “es-

3 Varios Estados han optado por dictar leyes de esta naturaleza, como ocurre con España [Ley Orgánica de Cooperación con la CPI N°3-4/2006], Perú, Argentina [Ley N°26.200], Alemania [véase el Texto de la ley y sus comentarios en: AMBOS, Kai: “*Estudios del Derecho Penal Internacional*”, Editorial Idemsa, Perú, p. 338 y ss.] entre otros. Resulta muy interesante ir cotejando las normas de cooperación penal internacional contenidas en el Estatuto de Roma y en el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la CPI de 2002, con las normas del Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica, aprobadas el 2008, y que muestran la actualidad de sus disposiciones a los requerimientos más actuales de cooperación interestatal.

4 BORJÓN NIETO, José Jesús: “*Cooperación Internacional contra la delincuencia organizada transnacional*”, Editorial INACIPE, México, 2005, pp. 231 y ss.

5 Vr. ROMÁN PUERTA, Luis: “*Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 21 a 44.

6 Véase la excelente monografía de: ALBRECHT, HANS-JORG: “*Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*”, traducción de Oscar Guerrero Perlata, Universidad Externado de Colombia, 2004.

calones evolutivos” en esta materia: en una primera etapa de actualización, surgen los llamados “procedimientos de asistencia mutua” cuyo objetivo fundamental era producir, a través de la cooperación entre autoridades, medios de prueba en el extranjero, como declaraciones, inspecciones, embargos, medidas cautelares personales, etc.; luego, con el devenir del tiempo, esta cooperación se extendió a las actuaciones necesarias para asegurar en el extranjero la “ejecución penal”, apareciendo figuras tales como el traslado de condenados entre países⁷; el reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras; finalmente, como tercer escalón, es posible advertir actuaciones de mayor complejidad jurídica que involucran un cambio total de paradigmas: la posibilidad de que autoridades extranjeras puedan desarrollar directamente en territorio nacional diligencias de investigación y la aceptación de un grupo de diligencias tendientes a combatir la delincuencia organizada transnacional⁸. Las diligencias que hemos agrupado en este tercer escalón evolutivo tienen como fuentes principales el Estatuto de Roma de 1998; el Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal [2000]; la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [2000], y la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal.

Siguiendo al profesor uruguayo Raúl Cervini, es posible distinguir en la cooperación penal internacional⁹, diligencias de primer grado¹⁰; segundo grado¹¹ y

7 MAPELLI CAFFARENA, Borja: *“El Traslado de personas condenadas entre países”*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2001.

8 Dentro de estas diligencias se encuentran, entre otras, las siguientes: entregas vigiladas; agentes encubiertos; interceptación electrónica; levantamiento de secreto bancario; la orden europea de detención y entrega; el mandamiento de detención y entrega de la CPI; la persecución policial transfronteriza; etc. Sobre la orden europea de detención y entrega, véase, entre la abundante literatura existente: CALAZA LÓPEZ, Sonia: “El procedimiento europeo de detención y entrega”, Editorial Iustel, Madrid, 2005. Y una descripción comparativa con la extradición en: CUERDA RIEZU, Antonio: “De la extradición a la “euro orden” de detención y entrega”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces”, Madrid, 2003. PICAND ALBÓNICO, Eduardo: “La “Euro orden” de detención y entrega”, Revista Jurídica del Ministerio Público, 2008, pp. 195 a 214.

9 Nos parece totalmente acertada la distinción efectuada por Cervini en el Curso Extraordinario de Verano de Cooperación Penal Internacional, que dictara en 1994, en la ciudad de Río de Janeiro, y que luego fuera publicado. Véase, en particular, en: CERVINI, RAÚL: *“La Cooperación Judicial Penal Internacional. Concepto y Proyección”*, Curso de Cooperación Penal Internacional, Montevideo, Uruguay, 1994, pp. 1-25.

10 Las diligencias de Primer Grado comprenden “...a las medidas de asistencia leve o simple. Incluye aquellas conceptuadas como de mero trámite (notificaciones) y las instructorias o sea aquellas que se dirigen a la averiguación de ciertos hechos acontecidos en un lugar determinado de otro Estado o a la obtención de pruebas en el mismo que sirven al Tribunal competente (pericias, informes, tramitación de pruebas en el Estado requerido, e incluso diligenciamiento de traslado voluntario de personas para prestar testimonio en el Estado requerido bajo un estricto régimen de garantías e inmunidades...”, ob. cit. p. 20-21.

11 El segundo grado abarca “...las medidas de asistencia procesal penal internacional susceptibles de causar gravamen irreparable a los bienes de las personas (registros, embargos, secuestros, algún otro tipo de interdicción y entrega de cualquier objeto)”, ob. cit., p. 20.

tercer grado¹². Seguiremos esta útil distinción para analizar las diferentes modalidades de cooperación interetática consagradas en el Estatuto de Roma.

La cooperación penal internacional y la asistencia judicial se encuentran reguladas en la Parte IX del Estatuto de Roma [artículos 86 a 102] y descansan, a nuestro entender, sobre dos principios fundamentales: el primero, consagrado en la primera de esas disposiciones: Los Estados Partes tienen la obligación de “cooperar plenamente” con la Corte cuando ésta lo solicite respecto a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes que son de su competencia¹³; el segundo, previsto en los artículos 64 (9) y 69 (4) del Estatuto, relativos a la obtención de pruebas con total respeto a los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente y a las disposiciones del propio Estatuto de Roma.

La redacción del artículo en cuestión permite sostener que los Estados Partes no sólo deben “cooperar plenamente” cuando la CPI se los solicite, sino que también deben hacerlo “de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”, esto es, en todos los casos en que el texto del Tratado haga referencia -directa o indirectamente- a la cooperación jurídica.

Ahora bien, no obstante la referencia exclusiva que se hace a los “Estados Partes”¹⁴, entendemos que ello debe ser interpretado extensivamente a la luz de lo dispuesto en el artículo 12 N°3 del Estatuto, de modo tal que igualmente pesará esta obligación sobre “Estados no Partes”¹⁵ cuando hubieran efectuado la declaración a la cual alude dicho artículo¹⁶.

12 Las diligencias de tercer grado comprenden a “...aquellos niveles de cooperación extrema susceptibles de causar gravamen irreparable en los derechos y libertades propios de quienes alcanza...”. “...este campo quedará entonces exclusivamente reservado a los procedimientos de extradición”, ob. cit. p. 20.

13 El artículo 86 del Estatuto dispone que “Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”.

14 Esta obligación nace naturalmente para los “Estados Partes” pues el artículo 12 N°1 del Estatuto, en relación con el artículo 11 del mismo texto, dispone que al adquirir esa calidad el Estado acepta la competencia de la Corte respecto a los crímenes enunciados en el artículo 5°, concretamente desde que el Estatuto entra en vigor.

15 El artículo 87 N°5 del Estatuto dispone que “La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada. Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto”.

16 El artículo 12 N°3 del Estatuto dispone que “Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que

En cambio, la cooperación que pueda brindar una “organización internacional” a la CPI siempre será facultativa, pues jamás tendrá la calidad jurídica de “Estado”¹⁷.

Esta “cooperación plena” que deben brindar los Estados Partes a la CPI, se sustanciará conforme las previsiones que contenga la legislación interna de cada uno de esos Estados, de modo tal que ellos deben asegurar que sus normativas internas contengan procedimientos claros que permitan el diligenciamiento ágil y eficaz de cada acto de asistencia internacional que solicite la CPI¹⁸ de conformidad con el Estatuto. Esto quiere decir, en dos palabras, que aún cuando los Estados Partes tienen el derecho a determinar la “forma y requisitos” que deben cumplir las solicitudes de asistencia internacional, deben, asimismo, dar garantías que su legislación interna regulará, al menos, cada una de las formas de cooperación previstas en el Estatuto¹⁹, ya sea a través de la normativa vigente general con la cual puedan contar, ya sea a través de nuevas disposiciones que deban dictarse para ello.

Aunque el Estatuto de Roma no contempla sanciones “jurídicas” a los Estados-Parte o no Parte- que se nieguen a dar cumplimiento a este deber de “cooperación plena”²⁰, resulta evidente que sí habrá consecuencias “políticas” para ese Estado ante la Comunidad Internacional.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo que hemos mencionado anteriormente respecto a este Principio de “cooperación plena”, es importante tener presente que el Estatuto de Roma, de manera totalmente excepcional, permite que la Sala de Cuestiones Preliminares pueda autorizar al Fiscal para que éste pueda desarrollar directamente las diligencias que estime pertinentes dentro del territorio del Estado Parte, aún sin haber obtenido la cooperación de éste, sin perjuicio de las consultas que pudieren formularse²¹. Además, el Fiscal pue-

la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

17 Véase: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: “*La Corte Penal Internacional*”, Editorial Dykinson, Colección Estudios Penales N°4, Madrid, pp. 61 y ss.

18 El artículo 88 del Estatuto dispone que “Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”.

19 El Estatuto de Roma utiliza la expresión “...todas las formas de cooperación...” previstas en la Parte IX.

20 Si un Estado se negare a “cooperar” con la CPI, ésta podrá hacer una “constatación” en ese sentido y remitirla a la Asamblea de Estados Partes o al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si éste le hubiere remitido el asunto [artículo 87 N°7].

21 El artículo 57 (3 letra d) del Estatuto permite que la Sala de Cuestiones Preliminares pueda conceder esta autorización cuando haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trate, que dicho Estado manifestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad

de ejecutar directamente en el Estado Parte las diligencias que no requieran “medidas coercitivas” [entrevistas; examen de lugares o entrega de pruebas voluntariamente], y aún sin que deban estar presentes las autoridades del Estado Parte. En todo caso, mientras el caso se haya declarado “admisible”, el Fiscal deberá primeramente consultarlo con el Estado Parte, y obedecer las exigencias que éste impusiere.

Respecto al segundo de los principios que hemos considerado como “pilares” en la cooperación penal internacional que los Estados deben brindar a la CPI [el diligenciamiento de las solicitudes de asistencia internacional, y la obtención de pruebas, con entero respeto a las disposiciones del Estatuto²² y a los “Derechos Humanos internacionalmente reconocidos”²³]²⁴, el Estatuto de Roma le concede a la Corte -concretamente a la Sala de Primera Instancia²⁵- la potestad de decidir si la evidencia obtenida en ese Estado debe o no admitirse en el juicio.

Es importante tener presente, para los efectos mencionados precedentemente, que el Estatuto de Roma distingue claramente dos clases de actos de cooperación internacional entre los Estados y la CPI: en primer lugar, aquellas solicitudes de asistencia jurídica que se requieran durante el curso de una investigación

u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación con arreglo a la Parte IX.

- 22 A título meramente enunciativo podemos mencionar el respeto a la “confidencialidad” que el artículo 69 (5) del Estatuto de Roma reconoce a ciertas comunicaciones escritas. Dicho artículo dispone que: “La Corte respetará los privilegios de confidencialidad establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba”.
- 23 Para determinar este estándar internacional la CPI probablemente acudirá a los siguientes instrumentos de DD.HH elaborados por Naciones Unidas: Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Privados de Libertad; Los Principios de Naciones Unidas para la Protección de Todas las Personas Bajo Cualquier Forma de Detención o Privación de Libertad; la Declaración de ONU sobre la Independencia Judicial; Las Pautas de la ONU sobre el Papel de los Fiscales; y los Principios Básicos de la ONU sobre el Papel de los Defensores. Adicionalmente, la CPI podría tomar en consideración aquéllos estándares de Derecho Humanitario establecidos por la IV Convención de Ginebra [1949] y sus Protocolos Adicionales (1977). Véase: “*Corte Penal Internacional. Manual Para la Ratificación e Implementación del Estatuto de Roma*”, publicación de CODEPU, 2001, p. 75.
- 24 El artículo 69 N°7 del Estatuto dispone que: “No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”.
- 25 El artículo 64 N°9 del Estatuto dispone que: “La Sala de Primera Instancia podrá, a petición de una de las partes o de oficio, entre otras cosas: a) Decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas...”.

o enjuiciamiento, y en segundo lugar, las solicitudes de “detención y entrega” de imputados. Analizaremos por separado cada una de estas materias.

Segunda Parte

Cooperación Penal Internacional en el Estatuto de Roma

Requerimientos de asistencia internacional (formalidades, transmisión y contenido)

El Estatuto de Roma reconoce ampliamente la facultad que tiene la CPI para formular solicitudes de Cooperación a los Estados Partes²⁶, las cuales deberán solicitarse siempre por escrito²⁷, sin perjuicio de que, en casos de urgencia, pueda hacerse por cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita, a condición de que la solicitud sea confirmada en la forma indicada en el párrafo 1 a) del artículo 87²⁸.

La Corte [el Fiscal] puede solicitar asistencia internacional a los Estados Parte no sólo después que se ha formalizado la investigación, sino que también con anterioridad a su inicio²⁹. Iniciada que sea la investigación, el Fiscal podrá, incluso, lograr “acuerdos” con los Estados Partes para agilizar la cooperación³⁰. Asimismo, podrá solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares la emisión de órdenes para solicitar cooperación estatal³¹, sin perjuicio de la facultad que

26 Vr. Artículo 87 N°1 letra a) del Estatuto.

27 El artículo 96 (1) del Estatuto dispone que: “La solicitud relativa a otras formas de asistencia a que se hace referencia en el artículo 93 deberá hacerse por escrito”, formalidad que conforme lo dispuesto en el artículo 91 (1) también es requerida para las solicitudes de “detención y entrega”.

28 Véase: PRADO SALDARRIAGA, Víctor: “Criminalidad Organizada”, Editorial Idemsa, Lima, Perú, pp. 235 a 239 [especialmente capítulo V: “La cooperación Judicial Internacional en Materia Penal y el Estatuto de Roma”].

29 El artículo 15 (1) del Estatuto dispone que: “El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte”. Por su parte, el numeral 2° dispone que “El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte”. Nos atrevemos a sostener que la CPI puede solicitar asistencia con anterioridad al inicio formal de la investigación, pues la disposición en comento le permite claramente acudir a esta asistencia para aclarar la “información” que ha recibido y que le servirá de base para decidir, con posterioridad, si decide o no “iniciar” una investigación.

30 El artículo 54 (3) del Estatuto dispone que: “El Fiscal podrá: c) Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato; d) Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona...”.

31 Véase lo dispuesto en el artículo 57 (3 letra a) del Estatuto de Roma.

tiene dicha Sala para solicitar directamente dicha asistencia al Fiscal³², o al Estado Parte, a petición del acusado y en garantía de sus derechos³³. Asimismo, la Sala de Juicio puede solicitar a los Estados su cooperación en la “comparencia y declaración de testigos y en la presentación de documentos y otras pruebas”, de manera “previa” o “durante” el juicio³⁴.

Estos requerimientos de asistencia internacional –y la documentación que se adjunte a ellos– serán traducidos al idioma oficial del Estado requerido o a los idiomas de trabajo de la CPI³⁵, conforme la elección que haga al respecto el propio Estado al momento formar parte del Estatuto³⁶.

Los requerimientos de asistencia internacional que formule la CPI serán transmitidos normalmente por la “vía diplomática”, salvo que el Estado, al momento de ratificar, aprobar, aceptar o adherirse al Estatuto, elija otro conducto adecuado³⁷. Además, el artículo 87 del Estatuto prevé la posibilidad que la CPI los envíe a través de INTERPOL u otra organización regional competente.

El artículo 96 del Estatuto dispone que las solicitudes de asistencia internacional que formule la CPI a los Estados Parte, o viceversa, deberán contener, al menos, las siguientes menciones: a) Una exposición concisa de su propósito y de la asistencia solicitada, incluidos los fundamentos jurídicos y los motivos de la solicitud; b) La información más detallada posible acerca del paradero o la identificación de la persona o el lugar objeto de la búsqueda o la identificación, de forma que se pueda prestar la asistencia solicitada³⁸; c) Una exposición

32 Véase la hipótesis del artículo 61 (3), en relación con el artículo 64 (3 letra c) del Estatuto de Roma, relativo al derecho que tiene la Defensa a tener conocimiento, con la suficiente antelación, de la información que el Fiscal le ha solicitado al Estado Parte.

33 El artículo 57 (3 letra b) del Estatuto consagra expresamente esta posibilidad.

34 Véase lo dispuesto en los artículos 64 (6) y 69 (2) del Estatuto de Roma.

35 El artículo 50 (2) del Estatuto dispone que los idiomas de trabajo de la CPI serán el inglés y el francés.

36 Véase lo dispuesto en el artículo 87 (2) del Estatuto.

37 Vr. Artículo 87 (1) del Estatuto. Esto no obsta a que el Estado Parte pueda cambiar con posterioridad ese “conducto de transmisión”, lo que deberá hacer conforme las normas previstas en el Reglamento de Procedimiento y Prueba. Dentro de estos conductos alternativos podría considerarse la Embajada que el Estado Parte tenga en La Haya, o designar derechamente a los órganos que normalmente tramitan estas solicitudes en el orden interno: Ministerio de Justicia; Ministerio de Relaciones Exteriores o Ministerio Público.

38 El artículo 97 del Estatuto establece algunas hipótesis en que, no cumpliendo con estos requisitos, el Estado se podría ver obstaculizado a cumplir el requerimiento de asistencia internacional: “El Estado Parte que reciba una solicitud de conformidad con la presente parte celebrará sin dilación consultas con la Corte si considera que la solicitud le plantea problemas que puedan obstaculizar o impedir su cumplimiento. Esos problemas podrían ser, entre otros: a) Que la información fuese insuficiente para cumplir la solicitud; b) Que, en el caso de una solicitud de entrega, la persona no pudiera ser localizada, pese a los intentos realizados, o que en la investigación realizada se hubiere determinado claramente

concisa de los hechos esenciales que fundamentan la solicitud; d) Las razones y la indicación detallada de cualquier procedimiento que deba seguirse o requisito que deba cumplirse; e) Cualquier información que pueda ser necesaria conforme al derecho interno del Estado requerido para cumplir la solicitud, y f) Cualquier otra información pertinente para que pueda prestarse la asistencia solicitada, para lo cual la CPI puede solicitar información adicional al Estado Parte.

Requerimientos de Asistencia Internacional de la CPI, en particular

El artículo 93 del Estatuto de Roma particulariza los requerimientos de asistencia internacional que la CPI puede formular al Estado Parte, imponiéndole la *obligación de cumplirlos*, siempre que no estén expresamente prohibidos por el Derecho Interno de ese Estado Parte.

Las diligencias contempladas en el artículo 93 del Estatuto y cuyo cumplimiento, por tanto, es imperativo para los Estados Partes -sin perjuicio de las excepciones tratadas más adelante-, son las siguientes: a) identificación y localización de personas y objetos³⁹; b) practicar pruebas, incluidos dictámenes e informes periciales⁴⁰; c) tomar declaraciones a víctimas y testigos⁴¹, ya sea personalmente o a través de medios tecnológicos como la “videoconferencia”⁴²; d) interrogar a una persona acusada⁴³; e) practicar notificaciones⁴⁴; f) facilitar la

que la persona en el Estado de detención no es la indicada en la solicitud; o c) Que el cumplimiento de la solicitud en su forma actual obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado”.

39 Art. 93 (1 letra a) del ER.

40 Art. 93 (1 letra b) del ER. Es importante tener presente que los gastos que impliquen estos informes periciales son de cargo de la CPI [artículo 100 (1 letra d)].

41 Art. 93 (1 letra b). El artículo 100 (1 letra b) dispone que la traducción, interpretación y transcripción de estas declaraciones son de cargo de la CPI. Las personas que declaren son titulares de todos los derechos previstos en el artículo 55 (1) del Estatuto.

42 La CPI puede autorizar a que las declaraciones de víctimas y testigos que no se encuentren en condiciones de comparecer personalmente al juicio, puedan prestarse a través de grabación de videos o audio [véase lo dispuesto en el artículo 69 (2)], y ello sin perjuicio del juramento que deberá prestar antes de realizarse la diligencia.

43 Esta diligencia podrá llevarse a cabo incluso antes de que la CPI emita una orden de “detención” en contra del acusado. En todo caso, el Estado Parte deberá asegurar el cumplimiento de todos los derechos de imputado que le reconoce el artículo 55 del Estatuto de Roma [guardar silencio; ser asistido por un abogado defensor; presunción de inocencia, sin perjuicio de los que le pueda conceder el Derecho Interno de ese Estado. El Fiscal y el Defensor de la CPI podrían llevar a cabo directamente esta diligencia en el territorio del Estado Parte, conforme lo dispuesto en el artículo 99 (4 letra b), caso en el cual los gastos de su traslado debe asumírselos la CPI [artículo 100 (1 letra c)].

44 Art. 93 (1 letra d) del ER.

conurrencia a la CPI de testigos y peritos⁴⁵; g) realizar inspecciones oculares, exhumaciones y exámenes de cadáveres⁴⁶; h) proteger pruebas⁴⁷; i) proteger a víctimas y testigos⁴⁸; j) trasladar a las personas detenidas a la CPI [facultativo]⁴⁹; k) brindar protección física a las personas acusadas de los delitos⁵⁰; l) practicar allanamientos y decomisos⁵¹; m) entrega de registros y documentos⁵²; n) embargo, congelamiento e incautación de objetos y bienes que sean producto del delito⁵³; o) cualquier otra diligencia no expresamente prohibida por la legislación del Estado Parte y que tenga por objeto facilitar la investigación y enjuiciamiento de los crímenes competencia de la CPI⁵⁴.

Importante resulta destacar, en relación a la declaración de víctimas y testigos, que la CPI no tiene facultades para “ordenar” que se realice esta diligencia -consecuencialmente las citaciones que pueda efectuar el Estado Parte no tendrían fuerza ejecutiva-, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda otorgar a través de la Unidad de Víctimas y Testigos con la que cuenta actualmente⁵⁵, y los gastos de traslado que deberá soportar⁵⁶.

Por último, no puede olvidarse que la validez de todas estas pruebas estará supeditada al respeto irrestricto de la normativa general del Derecho Internacional de los DD.HH, y de las disposiciones que contemple el estatuto respecto a los derechos del imputado y las demás personas intervinientes [artículo 55 ER].

45 Art. 93 (1 letra e) del ER. La obligación del Estado Parte es “agilizar la comparecencia”, en tanto la CPI debe “cubrir los gastos” que ello involucre. [Art. 100 (1 letra a)] del ER.

46 Art. 93 (1 letra h) del ER.

47 Art. 93 (1 letra j) del ER.

48 Art. 93 (1 letra j) del ER.

49 Art. 93 (7) del ER. Los gastos del traslado son de cargo de la CPI (artículo 100 (1 letra a) del ER.

50 Véase lo dispuesto en los artículos 57 (3 letra c) y 64 (6 letra e) del ER.

51 Art. 93 (1 letra h) del ER.

52 Art. 93 (1 letra i) del ER.

53 Art. 93 (1 letra k) del ER. Tan pronto una persona sea condenada por la CPI, puede solicitar al Estado Parte que localice, congele o embargue cualquier bien, producto o ganancia derivada del delito, con el objeto de decomisarlo. Respecto de esto último, el artículo 77 del Estatuto permite a la CPI imponer multas y órdenes de decomiso a las personas condenadas, imponiéndose la reparación e indemnización a las víctimas [artículo 75 (2)]. El Estado Parte, conforme su Derecho Interno, debe participar en las acciones de reparación a las víctimas que haya ordenado la CPI [art. 109 ER], con respeto, claro está, a los derechos de los terceros de buena fe. La Corte mantendrá un Fondo Común en beneficio de las víctimas [art. 79 ER], y ciertamente el producto de las multas y decomisos de los bienes incautados, congelados o embargados servirá para incrementarlo.

54 Art. 93 (1 letra l) del ER.

55 Art. 43 (6) del ER.

56 Véase lo dispuesto en el artículo 100 (1) letra a) del ER.

Ejecución de los requerimientos internacionales. Derecho aplicable

Las solicitudes de asistencia internacional que formule la CPI serán ejecutadas por el Estado Parte conforme el procedimiento previsto por su *lex fori*, esto es, por su Derecho Interno, y conforme las especificaciones que contenga la solicitud, salvo que dicho Derecho prohíba expresamente esto último. Esto quiere decir que la CPI podrá precisar en el requerimiento respectivo la forma en que el Estado debe proceder y el procedimiento que debe adoptar para la ejecución, salvo que el Derecho del Estado limite expresamente esta facultad.

En casos de urgencia, la respuesta sobre el diligenciamiento del requerimiento puede transmitirse por cualquier medio idóneo⁵⁷.

Excepciones al deber de ejecutar las solicitudes

Hemos dicho que todos los Estados Partes tienen la obligación no sólo de “cooperar plenamente” con la CPI, sino que también “cumplir” sin más y con toda prontitud –sin perjuicio de las hipótesis de prórroga⁵⁸– los requerimientos que le formula y que se mencionan a título meramente enunciativo en el artículo 93 del Estatuto. Pues bien, existen tan sólo dos razones o argumentos por las cuales un Estado Parte –o excepcionalmente un particular– puede decirle “no” a la CPI: en primer lugar, cuando el requerimiento se refiere a la entrega de documentos o pruebas que afecten la “*seguridad nacional*” de ese Estado; y en segundo lugar, cuando se trate de una solicitud de asistencia internacional no contemplada expresamente en el artículo 93 del Estatuto, y tampoco prohibida por el Derecho Interno “...por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general” [existiría una nueva causal implícita en este caso]⁵⁹ [artículo 93 (1)], y respecto de la cual haya considerado, además, que no es posible cumplirla bajo otras condiciones que debe evaluar *ex ante* a la respuesta de denegación [artículo 93 (5)].

57 El artículo 99 (2) del Estatuto de Roma utiliza la expresión “urgencia”, lo cual, en nuestra opinión, podría interpretarse utilizando las hipótesis previstas en los artículos 91 (1) y 96 (1).

58 Estas hipótesis se encuentran previstas en los artículos 94 [la solicitud interfiere con una investigación o enjuiciamiento de un caso distinto que se está tramitando] y 95 [el plazo de ejecución se aplaza por encontrarse pendiente la impugnación de admisibilidad de la causa, salvo que la Corte autorice expresamente al Fiscal a solicitar la asistencia en ese plazo] del Estatuto de Roma.

59 Creemos que esta hipótesis no se configura en *sí misma* como una causal de denegación de asistencia, pues el artículo 93 (3) del Estatuto dispone que en estos casos el Estado debe *consultar* sobre otras posibles formas de llevar a cabo y auxiliar a la CPI. Tan es así que si el Estado manifiesta que sí es posible llevar a cabo el requerimiento pero a través de “otras formas”, la CPI debe adecuar su solicitud a dichas formas, y el Estado estará obligado a cumplir el requerimiento. Parece ser, entonces, que si la CPI no modifica su solicitud bajo los estándares propuestos por el Estado Requerido, se configuraría una nueva causal de rechazo no explícitamente mencionada en el Estatuto.

En los casos en que el Estado Parte deniegue la asistencia entendiendo que la ejecución del requerimiento pondría en peligro la “seguridad nacional”⁶⁰, el Estatuto le impone la obligación de actuar “solidariamente” con todos los intervinientes (Fiscal, abogado defensor, Sala de Cuestiones Preliminares o Sala de Juicio) para dar solución al problema, como por ejemplo, solicitar mayores antecedentes sobre la importancia y urgencia de la información; conceder resúmenes o informes, etc.

Confidencialidad de las solicitudes

La protección de la confidencialidad de los documentos e información es un principio fundamental recogido en muchos pasajes del Estatuto de Roma⁶¹. El artículo 87 (3) dispone que el Estado requerido preservará el carácter confidencial de toda solicitud de cooperación y de los documentos que las justifiquen, salvo en la medida en que su divulgación sea necesaria para tramitarla.

60 Esta causal se encuentra prevista en el artículo 93 (4) del Estatuto de Roma, y desarrollada en el artículo 72 del mismo Texto. Los casos en que puede afectarse la seguridad nacional, son los siguientes: 1) [artículo 56 párrafos 2° y 3°]. Esta norma trata acerca de las disposiciones que pueda adoptar la Sala de Cuestiones Preliminares, a petición del Fiscal, cuando considere que se presenta una oportunidad única de proceder a una investigación, que tal vez no se repita a los fines de un juicio, de recibir el testimonio o la declaración de un testigo o de examinar, reunir o verificar pruebas, y que pueden consistir en: a) Formular recomendaciones o dictar ordenanzas respecto del procedimiento que habrá de seguirse; b) Ordenar que quede constancia de las actuaciones; c) Nombrar a un experto para que preste asistencia; d) Autorizar al abogado defensor del detenido o de quien haya comparecido ante el Tribunal en virtud de una citación a que participe o, en caso de que aún no se haya producido esa detención o comparecencia o no se haya designado abogado, a nombrar otro para que comparezca y represente los intereses de la defensa; e) Encomendar a uno de sus miembros o, de ser necesario, a otro magistrado de la Sección de Cuestiones Preliminares o la Sección de Primera Instancia que formule recomendaciones o dicte ordenanzas respecto de la reunión y preservación de las pruebas o del interrogatorio de personas; f) Adoptar todas las medidas que sean necesarias para reunir o preservar las pruebas. Asimismo, cuando la Sala adopte estas medidas de oficio si llegare a la conclusión de que no había justificación para que el Fiscal no las solicitare. 2) [artículo 61 párrafo 3°]. Relativo a la información de cargos y pruebas que debe hacerse al imputado antes del juicio. 3) [artículo 64 párrafo 3°]. La facultad de la Sala de Primera Instancia de divulgar los documentos o de la información que no se hayan divulgado anteriormente, con suficiente antelación al comienzo del juicio como para permitir su preparación adecuada. 4) [artículo 67 párrafo 2°]. La obligación del Fiscal de divulgar a la Defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá. 5) [artículo 68 párrafo 6°]. Relativo a la facultad de la Corte para recibir durante el juicio las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales. y 6) [artículo 93], relativo, en particular, a las solicitudes de asistencia internacional que puede formular la CPI a los Estados Partes.

61 Véase, por ejemplo, artículos 18 (1); 19 (11); 51 (3 letra e y f); 64 (6 letra c y 7); 67 (1 letra b); 68 (6); 69 (5); 72 (3); 73; 87 (3); 93 (8 letra b); 99 (5); 106; etc.

A su vez, el artículo 93 (8° letra b), dispone que el Estado requerido podrá, cuando sea necesario, transmitir al Fiscal documentos o información con carácter confidencial, las que únicamente podrá utilizar para reunir nuevas pruebas. Esto último no obsta a que el Estado Parte pueda rehusar la entrega de documentación o información confidencial que le hubiere proporcionado una tercera persona (Estado u organismo internacional), cuando no tuviere su autorización para ello.

Costos en la ejecución de los requerimientos

El Estado Parte debe hacerse cargo de los “costos” que genere el diligenciamiento, en su territorio, de la solicitud de asistencia internacional formulada por la CPI, y viceversa, salvo contadas excepciones⁶².

Tercera parte

Solicitudes de “detención y entrega” de imputados

Las órdenes de “detención” ordenadas por la CPI

Cuando el Fiscal de la CPI tenga sospechas sobre la participación de una persona en alguno o algunos de los crímenes de su competencia, y necesite su comparecencia ante la Corte, -y aún cuando aún se encuentre pendiente la decisión de admisibilidad del caso⁶³- solicitará su “detención”⁶⁴ y será com-

62 Las únicas solicitudes de asistencia internacional cuyos gastos son de cargo de la CPI, aún cuando se lleven a cabo dentro del territorio del Estado Parte, son las siguientes [art. 100 (1)]: a) Gastos relacionados con el viaje y la seguridad de los testigos y peritos, o el traslado, con arreglo al artículo 93, de personas detenidas; b) Gastos de traducción, interpretación y transcripción; c) Gastos de viaje y dietas de los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario, el secretario adjunto y los funcionarios de cualquier órgano de la Corte; d) Costo de los informes o dictámenes periciales solicitados por la Corte; e) Gastos relacionados con el transporte de la persona que entregue a la Corte un Estado de detención; y f) Previa consulta, todos los gastos extraordinarios que puedan ser resultado del cumplimiento de una solicitud.

63 El artículo 19 (8 letra c) del Estatuto de Roma permite que el Fiscal pueda “...hasta que la Corte se pronuncie [sobre la admisibilidad del caso], pedirle autorización para: c) impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el Fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del artículo 58...”.

64 El artículo 57 (3 letra a) del Estatuto dispone que la Sala de Cuestiones Preliminares, además de las restantes funciones que le confiere el presente Estatuto, podrá: “a) A petición del Fiscal, dictar las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de una investigación...”, lo que confirma el artículo 58 del ER al disponer que “En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona...”. La solicitud del Fiscal debe contener al menos las siguientes menciones: a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación; b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de

petente para concederlas o rechazarlas la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI. Una vez que han sido decretadas, no perderán su eficacia sino hasta cuando la propia Corte lo ordene⁶⁵.

La Sala de Cuestiones Preliminares dictará la orden de detención⁶⁶ cuando, tras examinar la documentación ofrecida por el Fiscal, se convenza de que concurren dos requisitos copulativos: en primer lugar, haya motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y en segundo lugar, la detención parezca necesaria para cualquiera de las siguientes tres finalidades: a) asegurar que la persona comparezca en juicio; b) asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o c) en su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

Una vez que haya sido dictada la “orden de detención” por encontrarse justificada la necesidad de comparecencia expuesta por el Fiscal, la Corte resolverá la utilización de alguna de las siguientes dos formas de cooperación estatal para traerlo a su presencia: a) emitiendo una “orden de detención y entrega”⁶⁷; y b) emitiendo una “orden de detención “provisional”⁶⁸. Eventualmente, el Fiscal podría solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en vez de la orden de detención, emita una simple “orden de comparecencia”⁶⁹, pues ello resultaría suficiente para asegurar la presencia del acusado.

la Corte que presuntamente haya cometido; c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes; d) Un resumen de las pruebas y cualquier otra información que constituya motivo razonable para creer que la persona cometió esos crímenes; y e) La razón por la cual el Fiscal crea necesaria la detención.

65 Art. 58 (4) del Estatuto de Roma.

66 La orden de detención deberá contener las siguientes menciones: el nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación; una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte por el que se pide su detención, y una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes. [art. 58 (3) ER].

67 De conformidad con lo dispuesto en los artículos 58; 89 y 91 del Estatuto de Roma.

68 De conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 (5) y 92 del Estatuto de Roma.

69 El artículo 58 (7) del Estatuto de Roma dispone que “el Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala, de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca. La orden de comparecencia consignará: a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación; b) La fecha de la comparecencia; c) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido; y d) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes. La notificación de la orden será personal”.

En los tres casos, los Estados Partes deben tomar “inmediatamente” las medidas necesarias para cumplir con la orden, conforme las previsiones de la Parte IX del Estatuto y de las disposiciones de su propio ordenamiento jurídico [artículos 59 (1) y 89 (1) ER], sin perjuicio de su obligación de presumir la inocencia del imputado durante la ejecución de la medida⁷⁰.

Las solicitudes “detención y entrega” formuladas por la CPI a los Estados Parte

El artículo 91 del Estatuto de Roma dispone que la solicitud de detención y entrega deberá formularse por escrito, sin perjuicio de que, en caso de urgencia, pueda formularse por cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita, a condición de que la solicitud sea confirmada en la forma indicada en el párrafo 1 a) del artículo 87⁷¹.

La solicitud de detención y entrega de una persona debe contener los elementos siguientes o ir acompañada de: a) Información suficiente para la identificación de la persona buscada y datos sobre su probable paradero; b) Una copia de la orden de detención, y c) Los documentos, las declaraciones o la información que sean necesarios para cumplir los requisitos de procedimiento del Estado requerido relativos a la entrega.

Si se tratare de una persona “condenada” deberá, además, adjuntarse copia de la sentencia condenatoria [con mención de la parte de la pena cumplida y de la que queda por cumplir, cuando corresponda, y documentos que demuestren que la persona buscada es a la que se refiere dicha sentencia.

A solicitud de la Corte, el Estado Parte consultará con ésta, en general o con respecto a un asunto concreto, sobre las disposiciones de su derecho interno que puedan ser aplicables de conformidad con el apartado c) del párrafo 2 del presente artículo. En esas consultas, el Estado Parte comunicará a la Corte las disposiciones específicas de su derecho interno.

En todo caso, los requisitos para proceder a la “detención y entrega” no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de *extradición* conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte.

70 Art. 66 del Estatuto de Roma.

71 Véase: HERENCIA CARRASCO, Salvador: “*La Corte Penal Internacional y los países andinos*”, Comisión Andina de Juristas, 3ª edición, 2007, pp. 71 a 118.

Las solicitudes de “detención provisional” formuladas por la CPI a los Estados Parte

Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares haya decretado la “detención” del acusado, pero no tiene aún la documentación suficiente para formular formalmente al Estado Parte una solicitud de “detención y entrega”, el Estatuto de Roma le permite que pueda solicitar por cualquier medio que permita dejar constancia escrita⁷², de manera excepcional y por motivos de urgencia, la “detención provisional” de esa persona, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 (5) y 92⁷³ de dicho Texto. Naturalmente, por tratarse de una disposición general, es aplicable a estas solicitudes el artículo 59 del Estatuto, de modo tal que las mismas deben ser ejecutadas inmediatamente por el Estado Parte.

Ahora bien, debe tenerse presente que esta es una medida excepcional pues constituye una “solicitud infundada” que restringe la libertad de una persona, de modo tal que el Estatuto ha dispuesto que la documentación justificativa debe enviarse al Estado Parte dentro de breve plazo⁷⁴, pues de lo contrario la persona debe ser liberada, sin perjuicio que vuelvan a arrestarla tan pronto ellos lleguen. Ahora bien, aún cuando los documentos informativos no hayan llegado, y siempre que el Derecho Interno del Estado Parte lo admita, el imputado puede “consentir” en su entrega a la CPI, caso en el cual el Estado debe proceder a la entrega sin más trámite⁷⁵.

Audiencia judicial de control de la detención⁷⁶

Tan pronto el imputado sea detenido por las autoridades del Estado Parte, deberá ser conducido a la presencia de un tribunal competente con el objeto de que determine, conforme su propia legislación, lo siguiente: a) si la orden es

72 La expresión utilizada dejaría abierta a nuestro entender la posibilidad de enviar esta solicitud, incluso, a través de correo electrónico.

73 El artículo 92 del Estatuto dispone que la solicitud de “detención provisional” debe contener, al menos, las siguientes menciones: información suficiente para identificar a la persona buscada y datos sobre su probable paradero; una exposición concisa de los crímenes por los que se pida la detención y de los hechos que presuntamente serían constitutivos de esos crímenes, inclusive, de ser posible, la indicación de la fecha y el lugar en que se cometieron; una declaración de que existe una orden de detención o una decisión final condenatoria respecto de la persona buscada; y una declaración de que se presentará una solicitud de entrega de la persona buscada.

74 El artículo 92 (3) del Estatuto dispone que “La persona sometida a detención provisional podrá ser puesta en libertad si el Estado requerido no hubiere recibido la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen, de conformidad con el artículo 91, dentro del plazo fijado en las Reglas de Procedimiento y Prueba...”.

75 Art. 92 (3) del Estatuto de Roma.

76 Véase lo dispuesto en el artículo 59 (2) del Estatuto de Roma.

aplicable; b) si la detención se llevó a cabo conforme a derecho, y c) si se han respetado los derechos del detenido⁷⁷.

Si no se cumpliera cualquiera de estos requisitos, la autoridad judicial del Estado Parte -antes de ordenar la libertad del imputado- deberá “consultar sin dilación” la situación con la CPI⁷⁸, pero no se le faculta, en caso alguno, para rechazar o dilatar la entrega, con independencia de “otras” medidas que estime pertinente adoptar.

Lo que no puede hacer la autoridad judicial del Estado Parte es “examinar si la orden de detención fue dictada conforme a derecho”, ya que el imputado sólo puede impugnar esa decisión ante la CPI.

En esa audiencia, el imputado tendrá derecho a solicitar, además, su libertad provisional.

En la eventualidad de que el imputado ya esté siendo investigado por el mismo delito en el Estado Parte, éste deberá impugnar la admisibilidad de la solicitud, solicitando que se suspenda su ejecución⁷⁹. En este caso excepcional, y considerando que se encuentra en juego el principio *non bis in idem*, los Estados Partes podrían “aplazar” la ejecución de una orden de entrega, pues en este caso el imputado tiene derecho a impugnar la solicitud ante un tribunal nacional, caso en el cual el Estado Parte deberá “consultar inmediatamente” a la CPI para que ésta determine [el Estado Parte no puede hacerlo] si ha existido o no una decisión sobre “admisibilidad de la causa”⁸⁰. Si la decisión de “admisibilidad” se encuentra “pendiente”, el Estado Parte puede aplazar la ejecución de la solicitud de entrega.

En cambio, si el imputado se encuentra investigado o cumpliendo en el Estado Parte una condena por un delito distinto, la autoridad deberá “consultar” con la CPI y ordenar su entrega⁸¹.

Libertad provisional del acusado

La solicitud de libertad provisional que el imputado pueda plantear en la audiencia judicial a la que nos hemos referido precedentemente, obligará al Esta-

77 Deberán cumplirse para estos efectos no sólo los derechos que la ley chilena le confiere a todos los imputados que se encuentran dentro del territorio de la República, sino que también los derechos especiales consagrados en los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes, así como los derechos contemplados en el propio Estatuto de Roma [arts. 66; 67; 55; 85, etc].

78 Art. 97 del Estatuto de Roma.

79 Ello deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18; 19 y 95 del Estatuto.

80 Véase lo dispuesto en el artículo 20 (3) del Estatuto, en relación con el artículo 89 (2) del mismo Texto.

81 Art. 89 (4) del Estatuto de Roma.

do Parte a comunicarla de inmediato a la CPI, quien hará “recomendaciones” para que pueda adoptarse una resolución. El Estado Parte deberá tener en consideración diversos aspectos para resolver esta solicitud, tal como la gravedad de los crímenes imputados; la existencia de situaciones urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional; y si el Estado mantiene salvaguardias efectivas que permitan garantizar la obligación de entrega.

Si la autoridad judicial decidiere conceder al imputado la libertad provisional, deberá informar periódicamente a la Sala de Cuestiones Preliminares sobre su situación a la CPI⁸².

El Estado Parte deberá tomar nota acerca del período de tiempo en que el imputado permanece detenido, y mantenerlo hasta el término del proceso seguido ante la CPI⁸³.

La “entrega” de personas solicitadas por la CPI

El artículo 91 (2 letra c) del Estatuto dispone que los requisitos que contemple la legislación interna del Estado Parte que debe resolver la “detención y entrega” de un acusado, no pueden ser “...*más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte*”. El motivo por el cual se introdujo esta norma era para que los Estados Partes establecieran procedimientos más sencillos que el de extradición para resolver las solicitudes de “detención y entrega”, y la especialidad de la Corte se encuentra definida precisamente en su naturaleza jurídica: no se trata de una solicitud emitida por un tribunal extranjero perteneciente a otro Estado. Es por eso que deben dejarse de lado muchos aspectos engorrosos de la extradición en los cuales históricamente se han fundamentado los rechazos de entrega, como lo es la nacionalidad de los imputados, incluido la procedencia de recursos en contra de la resolución nacional que ordena la entrega.

Es preciso considerar que la solicitud de “entrega” que ha efectuado la CPI ha pasado por muchos “filtros” antes de llegar a manos de los Estados Partes: a) el artículo 53 (1 letra a) dice que el Fiscal decidirá iniciar una investigación cuando “la información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte”; b) deben existir razones de fondo suficientes para que el Fiscal crea que es procedente una “orden de entrega” [art. 53 (2 letra a)]; c) El Fiscal ha descartado la posibilidad que el “enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto

82 Artículos 59 (6) y 86 del Estatuto de Roma.

83 Art. 78 (2) del Estatuto.

autor y su participación en el presunto crimen” [art. 53 (2 letra c)]; d) el Fiscal debe cumplir con el llamado “principio de objetividad”, debiendo investigar tanto las circunstancias incriminantes como eximentes [art. 54 (1 letra a)] del imputado; e) la Sala de Cuestiones Preliminares ha entendido que se justifica la detención pues existen motivos razonables para entender que el imputado cometió el crimen que se le imputa; no comparecerá voluntariamente; puede poner en peligro u obstruir la investigación y puede servir para que se interrumpa la comisión del crimen [art. 58 ER].

El artículo 89 (1) del Estatuto es bastante imperativo con los Estados Partes en el cumplimiento de las órdenes de entrega: “Los Estados Partes *cumplirán* las solicitudes de detención y entrega...”, y lo debe ser pues, finalmente, son los Estados y nada más ellos los únicos competentes para ordenar la entregar material de un acusado que se encuentra en su territorio. Tan pronto sea ordenada la entrega, el Estado Parte debe poner a la persona a disposición de la CPI “...*tan pronto como sea posible*”⁸⁴. La CPI debe asumir todos los gastos de transporte del imputado⁸⁵.

Eventuales dificultades en la ejecución de las órdenes de detención y entrega

A continuación me referiré a algunas dificultades que podrían generarse entre las disposiciones del Estatuto de Roma y algunas normas constitucionales con la cual cuentan algunos Estados Parte, respecto a la “ejecución” de las órdenes de detención y entrega de imputados:

- a) Estándar probatorio exigido por la judicatura nacional para conceder la “detención y entrega”.
- b) El principio de doble incriminación, que no se encuentra expresamente tratado en el Estatuto de Roma.
- c) La existencia de tratados como requisito para conceder la extradición, cuando la entrega es solicitada por otro Estado.
- d) Principio de cosa juzgada.
- e) Solicitudes concurrentes⁸⁶.

84 Vr. Art. 59 (7) del Estatuto de Roma.

85 Vr. Art. 100 (1 letra e) del Estatuto de Roma.

86 En los casos en que el Estado Parte en donde se encuentre la persona acusada de un crimen de competencia de la CPI, reciba simultáneamente una solicitud de detención y entrega de la CPI y de otro Estado Parte, por el mismo hecho, deberá dar prioridad a la Corte si el caso ya ha pasado el examen de admisibilidad. Si ello no ha ocurrido, la Corte debe darle prioridad a resolución; en tanto, si la solicitud proviniera de un Estado que no es parte, respecto del cual tiene “obligaciones internacionales”, tendrá el derecho a decidir si entrega a la persona a la CPI o a ese Estado, en procedimiento de extradición. En todo

- f) Conflictos con “otras obligaciones internacionales”. El caso de la inmunidad^{87, 88}.
- g) Entrega de nacionales. El Estatuto de Roma no contiene normas específicas al respecto.
- h) Entrega de imputados que deben cumplir “condena perpetua”⁸⁹.

Entendemos que los Estados Parte deben en estos casos optar por reformar sus Constituciones pues los valores que encierra el enjuiciamiento de crímenes

caso, el Estado Parte siempre debe tener en consideración para resolver estas peticiones las fechas de las solicitudes; nacionalidad del imputado y de las víctimas, etc. [véase: Artículo 90 ER].

- 87 El artículo 27 del Estatuto de Roma dispone que “1.- El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.
- 88 Muchos Estados Partes del Estatuto de Roma han ratificado la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la cual concede “inmunidad de jurisdicción” a los Estados Extranjeros; Jefes de Estado; y Oficiales Diplomáticos [art. 31]. La cuestión se produciría cuando estas personas son imputadas por alguno de los crímenes de competencia de la CPI. El artículo 98 del Estatuto no es ajena al respeto que deben dar los Estados al Derecho Internacional, y es por eso que el artículo 98 del Estatuto dispone que “1.-La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad. 2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”. En verdad, la contradicción que se generaría es sólo aparente, pues el Estado Parte debe cumplir también con las obligaciones del Estatuto de Roma -lo que se convierte en obligación internacional y que exige quitarle inmunidad a los imputados cuya entrega esté bajo su jurisdicción-, de modo tal que los nacionales de ese Estado Parte no pueden alegar ese desconocimiento de inmunidad pues se les ha quitado válidamente; y respecto de los imputados nacionales de otros Estados, deberá contarse primero con el apoyo del Estado de la nacionalidad antes de resolverse la entrega.
- 89 El artículo 77 del Estatuto de Roma dispone que “La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado...”.

graves y atroces como lo son aquellos de competencia de la Corte, no justifican que se pueda obviar el enjuiciamiento por motivos de menor valor como ocurre en estos casos.

Cuarta parte

El traslado de personas condenadas por la CPI

Considerando que la CPI no fue concebida como centro de “detención” o de “cumplimiento de condenas privativas de libertad”, y que por tal motivo no mantiene instalaciones adecuadas para cumplir con estas funciones, resultará indispensable la colaboración de los Estados Partes en esta materia. Al respecto, el artículo 103 del Estatuto de Roma no le impone a los Estados la obligación de recibir a los condenados de la CPI para que cumplan las sentencias condenatorias dentro de su territorio; sin embargo, cada Estado Parte puede ofrecerse voluntariamente a asumir esta función, permitiendo así el buen desempeño de las funciones de la CPI⁹⁰. La selección del Estado donde el condenado deberá cumplir la sentencia, se produce respetando la obligación implícita que todos tienen en esta materia, sin perjuicio de las “condiciones” que pueda acordar ese Estado con la CPI para llevar a cabo esta función.

Cooperación penal internacional y extradición en la legislación chilena. Generalidades

Existen al menos dos formas bastante claras de “implementar” en el Derecho chileno las normas de cooperación penal internacional contenidas en el Estatuto de Roma: modificando la legislación existente o dictando una ley de cooperación internacional que trate las relaciones que deberán existir entre el Estado de Chile y la CPI en estas materias.

La regulación de la cooperación internacional es muy exigua en Chile, y para su análisis debemos distinguir si se trata de solicitudes de asistencia activas o pasivas. Serán activas aquellas que solicite el Estado de Chile a los Estados extranjeros, organizaciones internacionales o a la Corte Penal Internacional. Serán pasivas, en cambio, aquellas solicitadas al Estado de Chile por cualquiera de esos sujetos de Derecho Internacional.

90 El artículo 103 (1) del Estatuto de Roma dispone que “a) La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados; b) En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte...”.

La legislación chilena contiene un solo artículo que regula, de modo general, la cooperación penal internacional pasiva: el artículo 20 bis del Código Procesal Penal, el cual dispone que *“las solicitudes de autoridades competentes de país extranjero para que se practiquen diligencias en Chile serán remitidas directamente al Ministerio Público, el que solicitará la intervención del juez de garantía del lugar en que deban practicarse, cuando la naturaleza de las diligencias lo hagan necesario de acuerdo con las disposiciones de la ley chilena”*.

Tal como lo menciona el artículo en comento, la autoridad encargada de diligenciar los requerimientos de asistencia internacional que se formulen en Chile -por delitos cometidos con posterioridad al 16 de junio de 2000- es el Ministerio Público de Chile, con independencia del Estado, Tribunal u organismo internacional del cual provengan. Regularmente estas solicitudes de asistencia penal internacional son enviadas a través de conducto diplomático, o sea, son recepcionadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores -concretamente su Dirección Jurídica-, quien debe remitirlas de inmediato al ente persecutor para que adopte las medidas necesarias para su cumplimiento. Cuando las diligencias solicitadas no involucren una perturbación, privación o restricción de los derechos que la ley chilena le confiere a sus habitantes, el Ministerio Público podrá diligenciar estas solicitudes a través de instrucciones particulares que enviará directamente a las policías. En caso contrario, deberá contar previamente con una autorización judicial concedida por el juzgado de garantía competente.

Tratándose de la cooperación penal internacional “activa”, la legislación chilena contiene algunas normas dispersas dentro del Código Procesal Penal, que regulan fundamentalmente la prueba testimonial y pericial⁹¹ que se desarrolla en el extranjero.

Por su parte, el artículo 13 del Código Procesal Penal, al tratar el efecto “extraterritorial” de las sentencias pronunciadas por “tribunales extranjeros”, dispone que *“Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales, o cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiera sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarlo seriamente.*

91 Véase: artículos 190 (citación de testigos que se encuentran en el extranjero); 192 (anticipación de prueba testimonial en el extranjero); 300 (personas exceptuadas de comparecer: los chilenos o extranjeros que gocen en Chile de inmunidad diplomática de conformidad con los tratados vigentes).

En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado.

La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes”.

En cuanto a la competencia de los tribunales chilenos, el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales dispone que “*quedan sujetos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: 8°. Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias*”.

Por su parte, la extradición activa y pasiva se encuentran regladas en los artículos 431 a 454 del Código Procesal Penal.

La extradición activa será solicitada por el Ministerio Público o por el querrelante utilizando el siguiente procedimiento: luego de formalizada la investigación -normalmente en ausencia del imputado-, el solicitante deberá argumentar ante el tribunal de garantía competente que el imputado o condenado se encuentra en país extranjero eludiendo la acción de la justicia por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, y que a su respecto se cumplen todos los requisitos previstos por la ley chilena para decretar su prisión preventiva [artículo 140 CPP]. Constatado que sea aquello, el juzgado de garantía elevará los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, quien debe resolver la procedencia del pedido de extradición y de la posibilidad de pedir a las autoridades extranjeras la “detención previa” u “otra medida cautelar” para evitar la fuga del imputado.

En contra de la resolución de la Corte de Apelaciones que se pronuncie sobre la solicitud de extradición, no procederá recurso alguno.

La extradición pasiva, en cambio, regulada en los artículos 440 y siguientes del Código Procesal Penal, trata acerca de la solicitud de detención y entrega que formulan los “países extranjeros” al Estado de Chile, respecto de individuos que se encuentran en territorio nacional imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad de duración superior a un año. La solicitud debe ser enviada al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual remitirá la petición y sus antecedentes a la Excelentísima Corte Suprema, la cual designará a un “Ministro Instructor” para que conozca de ella, fijando, desde luego, día y hora para una audiencia en que deberán concurrir el imputado, la Defensa y el Ministerio Público, en representación de los intereses del Estado extranjero.

Antes de recibirse la solicitud formal de extradición, el Ministro de la Corte Suprema podrá decretar la “detención previa” del imputado, si así lo facultara el tratado respectivo o lo solicitare el Estado extranjero, mediante una solicitud

que deberá contener, al menos, las siguientes menciones: a) la identificación del imputado; b) la existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden de detención en contra del imputado; c) la calificación del delito, y el lugar y fecha en que habría ocurrido; d) la declaración de que se solicitará formalmente la extradición.

La detención previa se decretará por el plazo previsto en el tratado respectivo o, en su defecto, por un máximo de dos meses, desde la notificación de la detención del imputado⁹².

Cualquiera de los intervinientes en este proceso de extradición puede ofrecer y producir pruebas que deberán hacerse valer en la audiencia de extradición, pero ello debe hacerse con a lo menos tres días de anticipación a la realización de esa audiencia.

Formalizado que sea el pedido de extradición, el Estado Requirente podrá solicitar la “prisión preventiva” del individuo u otras medidas cautelares personales, que se decretarán si se cumplen las previsiones del Tratado respectivo o, en su defecto, los previstos en el Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Estas medidas cautelares podrán ser modificadas, revocadas o sustituidas durante cualquier estado del procedimiento, sin perjuicio de las medidas que deberá tomar el Ministro Instructor para evitar la fuga del imputado⁹³.

La audiencia de extradición será pública y con la asistencia de todos los intervinientes. A su inicio, el representante del Estado extranjero -Ministerio Público u otro que haya sido designado hasta ese momento-, dará breve cuenta de los antecedentes que fundan el pedido de extradición, y si se tratare del Ministerio Público, además, deberá señalar todo aquello que pudiere beneficiar al imputado. A continuación se rendirá la prueba testimonial, pericial o documental que las partes hayan ofrecido, finalizando la audiencia con la declaración voluntaria que el imputado puede prestar.

92 El artículo 19 de la Constitución Política dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas: 7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia..., b) nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en *los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*”. El artículo 131 del Código Procesal Penal dispone, además, que “cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuera posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las 24 horas...”.

93 En plena concordancia con los artículos 122, 139 y 144 del Código Procesal Penal, que establecen el carácter restrictivo de la prisión preventiva, estableciendo que sólo se mantendrá cuando sea absolutamente indispensable para asegurar los fines del procedimiento y cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar el éxito de la investigación, la seguridad del ofendido y la seguridad de la sociedad.

El Ministro Instructor de la Corte Suprema debe conceder la extradición si se comprueban los siguientes tres requisitos:

- a) La identidad de la persona cuya extradición se solicitare;
- b) Que el delito sea de aquellos que autorizan la extradición conforme los tratados internacionales o los “principios de Derecho Internacional”, y
- c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen.

La sentencia se dictará, por escrito, dentro de quinto día, y para su impugnación serán procedentes los recursos de apelación y nulidad.

Ejecutoriada que sea la sentencia que concediere la extradición, el Ministro Instructor ordenará ponerlo a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el objeto de que sea entregado al Estado extranjero. La sentencia que rechaza el pedido de extradición -aún cuando no se encuentre ejecutoriada- dispondrá el inmediato cese de las medidas cautelares que se hayan dictado en contra del imputado, comunicando dicho hecho al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Si la persona cuya extradición se requiriere, luego de ser informada acerca de sus derechos, expresare ante el Ministro de la Corte Suprema, su conformidad en ser entregada al Estado extranjero, el Ministro concederá sin más trámite la extradición.

El Estado de Chile ha celebrado muchos tratados internacionales que regulan la extradición y la cooperación y asistencia jurídica internacional en materia penal -tanto bilaterales como multilaterales-, sin embargo, ellos sólo regulan las relaciones entre los Estados Parte, de modo tal que no es posible aplicarlos extensivamente a las solicitudes o requerimientos internacionales que se puedan formular recíprocamente la Corte Penal Internacional y nuestro país.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

LA ENTREVISTA FORENSE A LA VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES

Francisco Maffioletti Celedón¹

“La entrevista psicológica es, junto con la observación, el medio fundamental de valoración de los abusos sexuales a menores”

ARRUABARRENA Y DE PAUL

I. Contexto procesal penal y delito

Para el éxito del proceso penal resulta gravitante que haya personas dispuestas a denunciar las situaciones por las cuales han pasado o de las que han tomado conocimiento. Sin entrar en el debate respecto de la calificación jurídica de aquellas situaciones, ni de la tipicidad de las conductas en las que haya incurrido el imputado por el delito, lo cierto es que el punto de partida en estos casos lo constituye la declaración del propio afectado y de los testigos, en caso de que los hubiere.

Por ello, y por el impacto que podría tener en la calidad de la investigación fiscal, le daremos a la declaración inicial de la víctima un valor primordial en cuanto su riqueza permita, desde el inicio de la investigación, generar líneas investigativas diversas, plurales y bien fundadas.

En el logro del objetivo propuesto, no debemos confiarnos solamente en la voluntad de obtener la mayor cantidad de información posible de esta primera declaración, ni poder levantar de la misma todos aquellos aspectos que nos van a permitir acreditar las circunstancias en que sucedió el hecho punible y la participación culpable del imputado. Si pretendemos llevar adelante una investigación de calidad, sobretodo en el caso de los delitos sexuales, debemos tener presente que el valor de la información obtenida en este primera instancia se verá maximizado en la medida en que quien entreviste posea experticia y conocimiento en varios ámbitos que se encuentran involucrados en este tipo de procedimientos. A mayor abundamiento, Memon y Bull (1999)² señalan que “el éxito de dicha entrevista o interrogatorio va a depender de factores tales como: la pericia del entrevistador; el grado de colaboración del entrevistado; el tiempo transcurrido desde el suceso; y, evidentemente, del tipo de entrevista”.

1 Psicólogo, Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Memon, A. y Bull, R. (1999). Handbook of the Psychology of Interviewing. Chichester: John Wiley and Sons.

Al respecto, debemos asumir incluso al día de hoy que, como herederos de un sistema inquisitivo que estuvo instalado por muchas décadas y en el cual muchos de nosotros nos “formamos”, no se han dado grandes pasos para adecuar la entrevista con la víctima, diferenciándola claramente del interrogatorio del imputado. Incluso esta diferencia no está muy clara en la mayoría de los casos, forzándonos a remitirla a la finalidad que persiguen ambas entrevistas.

En el caso del interrogatorio, podríamos definirlo como una serie de preguntas sistemáticas orientadas a determinar el alcance de la participación del sujeto en un hecho que pudiese configurar delito. A diferencia de ello, el objetivo de la entrevista con la víctima o el testigo es “abrir” la situación que se comienza a investigar, de forma tal que permita la aparición de elementos o aspectos que sólo ella podría aportar.

Para los conocedores del sistema procesal penal resulta evidente que se debe hacer una entrevista a la víctima del delito, más aún cuando ésta se constituye en la principal fuente de información. Asimismo, existe meridiana consciencia de que para la víctima es mejor en la medida en que: pase menos tiempo desde la denuncia del hecho hasta la entrevista (o peritaje), disminuya el número de sesiones de las entrevistas, y éstas se realicen considerando su realidad particular.

Antes que nada debemos tener en claro que la persona de la víctima, aquella que ha sufrido una vulneración de sus bienes jurídicamente protegidos, va a responder a dicho suceso de diversas formas, dependiendo de su historia vital, del contexto en que se desarrolla el delito y de las posibilidades que le permita su estructura de personalidad³. Al respecto, la disciplina victimológica ha planteado que el delito provoca un *antes* y un *después* en la vida de la víctima, fracturando su continuo vital, marcando indefectiblemente su relación con los otros y la sociedad.

Por ello, y porque debemos asumir que el Estado tiene responsabilidad en que el delito se haya producido, se nos impone en la investigación penal de estos delitos la obligación de *evitar activamente* profundizar la victimización ya causada. Bien sabemos que en un proceso investigativo racional, la victimización provocada con ocasión del paso del sujeto por el sistema judicial (llamada victimización secundaria⁴) debe ser minimizada, y debe propenderse a un sano equilibrio entre la necesidad de la víctima y las del sistema en su conjunto⁵.

3 Para profundizar en este punto ver Marchiori, Hilda (1998). Criminología. La víctima del delito. Editorial Porrúa, México, pp. 4 y ss.

4 En el ámbito médico, se le llama *enfermedades iatrogénicas* a aquellas producidas como consecuencia directa de un tratamiento (Ej.: caída del cabello en una quimioterapia).

5 Ob. cit., Marchiori (1998), p. 27.

Por último, debemos considerar que además de nuestra evaluación o entrevista, la víctima deberá pasar por muchas otras instancias dentro del proceso investigativo, las cuales contribuirán a agudizar la ya referida victimización secundaria. En palabras de Silvia Palomero⁶, “las entrevistas y declaraciones en varias instancias -policía, hospitales, agencias de protección, cuerpos periciales, juzgados, etc.- causan un perjuicio psicológico al niño, además de dañar la credibilidad de su testimonio y la viabilidad del caso”.

II. La entrevista investigativa en el proceso penal

Si bien el proceso investigativo es amplio e incluye un sinnúmero de diligencias decretadas por el fiscal, y algunas que son oficiadas por las propias policías en su labor investigativa, no es menos cierto que en los casos por delitos sexuales el papel que desempeña una entrevista investigativa (forense) a la víctima es crucial, y en muchos casos determinante del éxito investigativo.

La entrevista a la víctima en el proceso penal es un elemento central al inicio de la actividad investigativa, ya que de la información obtenida de esta fuente primaria, el fiscal se podrá formar una visión de los hechos, las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sinnúmero de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo, y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas.

La entrevista permite básicamente la producción de elementos verbales que en su conjunto constituirán una “versión” acerca de lo sucedido, y cuando hablamos de la entrevista a la víctima de estos delitos, a menudo es la “única versión” respecto del hecho. Esto viene dado por 2 elementos, el primero es que a veces no se conoce la posible identidad del imputado, pudiendo la entrevista aportar datos significativos en la identificación del agresor y en el desarrollo de posibles líneas investigativas. Y, por otra parte, cuando se conoce la persona del posible agresor, la investigación debe ser capaz de sostenerse con independencia de su “confesión”, e inclusive de su propia versión de los hechos, ya que tiene garantizado su derecho a guardar silencio, y, en caso de abandonarlo, y decidirse a dar una versión acerca de lo sucedido, ésta la mayoría de las veces consistirá en una negación del hecho imputado, en una minimización del mismo, y en definitiva en una explicación acerca de lo sucedido que difiere de la aportada por la propia víctima, y que de no ser controvertida podría generar duda razonable en el Tribunal.

Por ello, resulta relevante que el profesional que realice la entrevista inicial a la víctima cuente con:

6 “Prevención de la revictimización en niñas y niños víctimas de abuso sexual”. Ginecóloga del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional de Argentina.

- un protocolo estandarizado,
- conocimientos especializados en entrevista a menores de edad,
- una formación especializada en el fenómeno de las agresiones sexuales y sus consecuencias,
- maneje técnicas que permitan la exteriorización de lo que al menor le sucede,
- establezca una relación de trabajo con el niño(a) y sus figuras significativas, que incluya el setting forense y un consentimiento informado acerca de lo que se va a realizar,
- conocimientos acabados de los tipos penales de los delitos sexuales definidos por el Código Penal, especialmente las circunstancias comisivas en que se producen,
- la mayor cantidad de antecedentes del caso en particular, que le permitan en una etapa final de la entrevista realizar preguntas con el fin de contrastar hipótesis, despejar contradicciones, aclarar lagunas en el testimonio, etc.,
- una visión clara de lo que se espera de su entrevista (pregunta psicolegal), y que papel juega ello en la acreditación del hecho⁷,
- disponga de suficientes recursos, como juegos, material (lápices, hojas, figuras humanas), que faciliten la “expresión” mediante la vía más natural para el menor de edad.

Para obtener información que resulte relevante en el proceso penal, dado el lugar que ocupan en el proceso evaluativo, las entrevistas con víctimas de delitos deben estar orientadas a la obtención de la mayor cantidad de información posible acerca del caso (sin sesgar las respuestas)⁸, las circunstancias en que se produjo el delito y las características de personalidad de la víctima. Evidentemente, cuando nos referimos a la información que debe poder levantar este tipo de entrevistas, corresponde poner el acento en la calidad y confiabilidad de la misma.

En este sentido, el objetivo de esta entrevista es obtener información que permita y colabore en la adopción de las 3 decisiones⁹ que se podrían tomar como resultado de la misma:

-
- 7 Resulta necesario aclarar que este conocimiento dice relación con la claridad respecto de lo solicitado, y que, en ningún caso, está vinculado a la incorporación de una visión autoconfirmatoria del caso.
- 8 Pilar de Paul Velasco (2004). En Vásquez, Blanca (coord.ª). *El Abuso Sexual Infantil, estudio de 100 casos*. Capítulo 3, p. 47. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, España.
- 9 Perona, A.; Bottoms, B. y Sorenson, E. (2006). *Directrices basadas en investigaciones para realizar entrevistas forenses a menores*. www.haworthpress.com

1. decisiones sobre la protección del menor,
2. decisiones sobre la presentación (imputación) de cargos penales,
3. decisiones sobre intervenciones terapéuticas y de apoyo.

Debemos recalcar respecto del segundo punto que el objetivo de la entrevista para el fiscal es ayudarlo a formarse una opinión amplia sobre el caso, que le permita tomar la mejor decisión jurídica posible, pudiendo ser ésta la facultad de no-inicio de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación del principio de oportunidad o, en caso de que estime hay mérito, decretar las diligencias investigativas orientadas a aclarar los aspectos relevantes del caso para seguir adelante con la investigación.

III. Necesidad de protocolizar las entrevistas

Contexto internacional

La preocupación por llevar adelante entrevistas investigativas con menores de edad, que sean menos victimizantes y que faciliten la obtención de información relevante, válida y confiable para el proceso penal, ha sido materia de preocupación en la mayoría de los países cuyos sistemas judiciales responden a una lógica que podríamos calificar de moderna.

Actualmente existen, al menos, los siguientes protocolos o guías de buenas prácticas en cuanto a la toma de declaración de víctimas y testigos de delitos:

- **Memorandum of Good Practice.** Home Office, United Kingdom (1992).
- **Entrevista Paso a Paso** de Yuille y colaboradores (1993).
- **Elaboración Narrativa** de Saywitz y Zinder (1996).
- **Entrevista Estructurada** (Memon, Holley, Wark, Bull y Koehnken, 1997).
- **Protocolo de Entrevista Forense.** Estado de Michigan EE.UU. (1998).
- **Protocolo de Investigación para Víctimas de Abuso Sexual.** National Institute of Child Health and Human Development. Israel. (NICHD, 2000).
- **Achieving Best Evidence (ABE,** 2003). Home Office, United Kingdom.
- **Entrevista Cognitiva,** versión original, revisada (Geiselman y Fisher) y Modificada (Davis, McMahon y Greenwood, 2005).

Respecto de cada una de ellas señalaremos sus principios y recomendaciones generales, con el propósito de visualizar de forma más clara sus puntos de concordancia y sus diferencias. Ahora bien, en este punto, debemos llamar

la atención en cuanto a que cada uno de estos denominados “protocolos” son generados y responden a realidades particulares de países que tienen sistemas jurídicos que pueden diferir entre ellos, e incluso en algunos casos las propuestas responden a necesidades puntuales de la realidad local.

Memorandum of Good Practice del Home Office (1992)

La Ley de Justicia Penal de 1991 en el Reino Unido posibilitó que la declaración de una víctima o testigo de delito, menor de edad, pudiese ser reemplazada en la Corte Criminal por la videograbación de la entrevista en la que se le tomó declaración. El fundamento de dicha resolución radica en que la grabación puede proporcionar valiosa evidencia al Tribunal, y sustraer al menor de edad de tener que enfrentar una situación estresante, en la cual probablemente pueda suministrar menos antecedentes respecto del hecho investigado.

En respuesta a esta posibilidad judicial, el Home Office y el Departamento de Salud británico publicaron el año 1992 un *Oficio de Buenas Prácticas* que tuvo por objeto proporcionar una guía de orientación a los policías y trabajadores sociales encargados de realizar entrevistas videograbadas a niños víctimas o testigos de delitos. Dicho documento esbozó los principios básicos que debiesen ser seguidos en este tipo de entrevistas, que eventualmente podrían ser reproducidas en la Corte con el propósito de evitar que el menor sea sometido a un examen directo.

Si bien el foco estuvo puesto en disminuir la victimización secundaria de los menores de edad y reducir los elementos intervinientes en este tipo de entrevistas, el principal objetivo de este trabajo fue pretender que el resultado de la grabación en video de la entrevista con los niños-testigo fuese aceptable en el proceso penal.

El memorandum proporcionó asesoramiento general sobre el momento y lugar para realizar la entrevista videograbada, las condiciones legales exigidas con las cuales debía cumplir, lo que debía hacerse antes de la entrevista propiamente tal, las normas jurídicas que deben observarse a fin de producir de forma aceptable la prueba, un protocolo para entrevistar niños, y las disposiciones para el correcto almacenamiento, custodia y envío de las cintas.

Es relevante señalar que desde su aparición ha surgido mucha literatura e investigaciones en torno a los menores de edad como testigos en procesos judiciales.

Entrevista Paso a Paso de Yuille y colaboradores (1993)

Los objetivos que busca este protocolo son la minimización del trauma del niño, mediante el aumento de la experticia del evaluador y la disminución de la necesidad de repetir la entrevista. Además, disminuye la contaminación del

testimonio del menor al efectuar preguntas no sugestivas, y, cuando resulta pertinente, potencia el recuerdo mediante las técnicas de la entrevista cognitiva.

Su formato global implica nueve pasos básicos:

1. Construcción del *rapport*¹⁰.
2. Solicitud de recordación de dos hechos específicos (ej: fiesta de cumpleaños).
3. Explicación al menor de edad acerca de la necesidad de decir la verdad.
4. Introducción del tema objeto de la entrevista (ej: ¿sabes porqué estas hablando conmigo hoy?).
5. Estimulación de la narración libre (sin olvidar u omitir ningún detalle).
6. Planteamiento de preguntas generales (¿recuerdas algo más sobre eso, cómo sucedía eso normalmente?).
7. Planteamiento de preguntas específicas, en caso de ser necesario (¿pasó alguna vez en un lugar distinto?).
8. Utilización de instrumentos específicos de apoyo a la entrevista, en caso de ser necesario (facilitación de dibujos o muñecos, siempre luego de terminada la narración).
9. Cierre de la entrevista. Se le agradece su tiempo y se abre la posibilidad de hacer preguntas.

Elaboración narrativa de Saywitz y Snyder (1996)

El objetivo primordial de este tipo de procedimiento es ayudar a los niños/as a suplir sus limitaciones evolutivas de memoria y comunicación. Los autores plantean que la propia naturaleza esquemática de sus declaraciones hace necesario realizar preguntas aclaratorias con el fin de ampliar la información proporcionada. Indudablemente, por los riesgos que ello implica de aparición de contenidos inoculados y sugeridos por las propias preguntas, y para evitar interferencias en el testimonio o socavar su credibilidad, este método propone que las preguntas de seguimiento se centren en clarificar la información más que en confirmar las hipótesis o suposiciones del entrevistador.

10 Refiere a la relación de trabajo armoniosa que se busca entre el entrevistador y el entrevistado, la cual permite el desarrollo de un sentido básico de confianza y colaboración que facilita el flujo de información desde el informante a su interlocutor.

Las investigaciones llevadas a cabo por los autores revelan que con este método se puede aumentar significativamente (hasta un 53%) los recuerdos de los sucesos.

En este tipo de entrevista se proporciona al entrevistado un guión sobre el que debe ajustar su relato. Éste consiste en una serie de pasos o categorías de información que el niño, niña o adolescente debe tener en cuenta al momento de proporcionar la información, siguiendo el modelo presentado a continuación:

1. Entrenamiento en la elaboración narrativa.
 - a. Se le explica al menor las razones para utilizar nuevas formas para mejorar el recuerdo.
 - b. Se le da instrucciones para que su descripción sea lo más completa y exacta posible.
 - c. Se le explica la estrategia para organizar e informar en detalle el recuerdo en base a cinco categorías (participantes, ambiente, acciones, conversación y estados afectivos, consecuencias).
 - d. Se le entregan tarjetas recordatorias (señales visuales) de cada categoría.
 - e. Se practica la estrategia con situaciones simuladas, en la cual se retroalimenta positivamente y modela las respuestas del menor.
 - f. Se le recuerdan las instrucciones antes de comenzar la entrevista.
2. Recuerdo libre, que se inicia con pregunta abierta, y se mantiene silencio hasta que el menor culmina su relato.
3. Recuerdo guiado, que le da la oportunidad al menor de elaborar el contenido de su declaración entregada, lo cual se facilita presentando de nuevo las tarjetas, al tiempo que se le pregunta si recuerda algo más.
4. Preguntas aclaratorias, debiendo hacerse sólo las que se estime oportunas.

Entrevista estructurada (Memon, Holley, Wark, Bull y Koehnken, 1997)

Fue elaborada en base a estudios de investigadores alemanes e ingleses que pretendían disminuir las dificultades de la Entrevista Cognitiva con niños. Al respecto, investigadores como Lamb y Poole (1998) señalan que en sus estudios con menores de siete años, las técnicas de repetición de recuerdos, el recordar en orden distintos o hacerlo desde diferentes perspectivas, pueden resultar problemáticas para un niño de esa edad.

La idea es utilizar los componentes de la entrevista cognitiva (sobretudo el *rapport*), disminuyendo aquellos que pudiesen implicar un cuestionamiento del relato aportado por el niño cuando se le pide describirlo de otra forma (orden o perspectiva). Asimismo, la Entrevista Estructurada pretende devolverle al entrevistado el control sobre el desarrollo de la entrevista, permitiéndole que guíe la interacción (transferencia del control al entrevistado), utilizando preguntas abiertas y estimulando múltiples intentos de recuerdo.

Protocolo de entrevista forense. Estado de Michigan (1998)

El propósito de este protocolo, desarrollado por el Grupo de Trabajo del Gobernador para la Justicia del Menor del Estado de Michigan, es preparar a los entrevistadores locales (que se formen en él) para dirigir entrevistas de calidad para menores que reducirán el trauma a los mismos, harán que la información obtenga mayor credibilidad en los procesos judiciales y proteja los derechos del acusado.

Se trata de un protocolo muy acucioso y completo, que aborda desde la preparación de la Entrevista, el número de entrevistadores, la grabación en video o audio, el entorno físico, provee pautas al examinador, define la necesidad de establecer reglas base, establece particularidades de la entrevista de acuerdo a las características del niño (preescolar, bilingüe, con deficiencia visual o auditiva, etc.), y finalmente entrega guías rápidas para enfrentar situaciones generales.

Protocolo de investigación para víctimas de abuso sexual. National Institute of Child Health and Human Development. Israel. (NICHD, 2000)

De acuerdo a lo señalado por la Dra. Dovra Horowitz¹¹, este protocolo para entrevistas de niños víctimas de delitos sexuales o violentos fue desarrollado en Israel el año 1995, conjuntamente con el NICHD, para luego ser mejorado el año 1997.

La última versión oficial revisada de este protocolo corresponde a la publicada en la revista *Child Abuse and Neglect*¹² el año 2007. Previo a ello, el año 2000 algunos de sus autores habían realizado otra investigación¹³ (y revisión) sobre su valor en la evaluación del abuso sexual infantil. De la investigación del

11 Horowitz, Dovra (2008). Seminario internacional “La debida protección del menor y el éxito de la investigación criminal”. Recuperado en: <http://www.amparojusticia.cl/seminario/documentos.php>

12 Lamb, M. E., Orbach, Y., Hershkowitz, I., Esplin, P. W. y Horowitz, D. (2007). *A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol*. Child Abuse and Neglect, Vol. 31, pp. 1201-1231.

13 Orbach, Y., Hershkowitz, I., Lamb, M. E., Sternberg, K. J., Esplin, P. W. y Horowitz, D. (2000). Child Abuse and Neglect, Vol. 24, n°6, pp. 733-752.

año 2000 y del 2007 una Unidad de la Guardia Civil¹⁴ española publicó una traducción del Protocolo al español. A esta última adaptación al español se le llamó versión 3.0, ya que supone la revisión y mejora de la anterior del año 2000, la cual a su vez mejoraba la original del año 1997.

El Protocolo se estructura básicamente en nueve apartados:

- Primero: se saluda, establece el setting y las reglas de la entrevista, y se hace la prueba de sugestionabilidad (verdad/mentira).
- Segundo: se le pide que hable sobre su familia.
- Tercero: se le pide que hable de su guardería, jardín infantil, escuela o colegio.
- Cuarto: se le pide que hable sobre sus vacaciones.
- Quinto: se le pide que cuente lo que sabe de por qué está ahí hoy.
- Sexto: se le solicita relato libre sobre el hecho puntual.
- Séptimo: se le pide profundice con más precisión en algunos hechos relatados.
- Octavo: se focaliza mediante preguntas directas (no sugestivas) en detalles cruciales o relevantes descritos acerca del incidente.
- Noveno: se comienza a cerrar la entrevista con la invitación a que el sujeto agregue alguna información no aportada espontáneamente o no preguntada. Se le da la posibilidad de que formule sus propias preguntas el entrevistador (lo cual no quiere decir que éste las contestará, pero ya la propia pregunta le proporcionará información). Se le agradece su tiempo y que haya conversado con el entrevistador, aún cuando no se le debe agradecer por el tipo o sentido de la información facilitada. Es en esta última etapa en que el entrevistador debe asegurarse de que el entrevistado se vaya en un estado objetivo y subjetivo de tranquilidad, y si así no fuese, y el menor presente un cuadro angustioso, se le puede solicitar que dibuje o juegue con el propósito de permitirle liberar en ello su estado de intranquilidad o ansiedad.

Este protocolo cuenta con un amplio reconocimiento a nivel internacional, y numerosos estudios científicos¹⁵ han estado orientados a determinar los efectos de su aplicación en las investigaciones sobre abuso sexual infantil.

14 Cristina Omaña y José Luis González (2008). Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil, España.

15 Para su mejor ilustración citaremos sólo un ejemplo de este año: Darwish, T. y Hershkowitz, I. "The effect of the NICHD interview protocol on the elicitation of

Achieving Best Evidence (ABE, 2003). Home Office's, United Kingdom

El nombre completo de este protocolo es *Achieving Best Evidence in criminal proceedings: guidance for vulnerable or intimidated witnesses, including children*. En su introducción señala que esta guía describe buenas prácticas en las entrevistas con testigos vulnerables e intimidados, adultos o niños, en orden a favorecer la entrega de la mejor evidencia en los procedimientos criminales.

El año 1998, en orden a avanzar en los compromisos gubernamentales para perfeccionar la protección a los testigos vulnerables e intimidables, el Home Office publicó un informe llamado *Speaking Up for Justice* el cual fue realizado por un grupo de trabajo interdepartamental. Dicho informe recomendó la extensión de las medidas especiales existentes para la protección de los testigos menores de edad del Memorandum of Good Practice (declaración por circuito cerrado de televisión y entrevista videograbada como evidencia) a los adultos vulnerables o intimidables.

Los primeros bosquejos de esta guía fueron escritos por un equipo de psicólogos y abogados con experticia en este campo, quienes fueron conducidos por un equipo directivo interdepartamental del Home Office. Es así como la presente guía viene a sustituir el Memorandum del año 1992, incorporando la experiencia práctica y recientes investigaciones acerca de entrevistas investigativas a niños y adultos y su respuesta a las demandas existentes desde el sistema de justicia criminal.

Entrevista cognitiva, versión original (Memon y Köehnken, 1992), revisada (Geiselman y Fisher, 1992) y Modificada (Davis, McMahon y Greenwood, 2005).

Por sus características, la aplicación de la entrevista cognitiva o de sus principios siempre supondrá un primer acercamiento al testimonio del menor en el cual se haya obtenido una versión acerca de lo sucedido basada en la declaración espontánea y completa del hecho investigado. Recién luego de ello es posible evaluar la aplicación de este tipo de procedimiento, sobretodo en casos de menores de edad, ya que de lo contrario, correríamos el riesgo de utilizar un método que podría dirigir el curso o foco del propio testimonio. Por ello, algunos autores han planteado que lo ideal es que éste tipo de entrevista se origine dentro de un proceso mixto, donde previamente haya habido una aproximación al relato por la vía de una modalidad narrativa.

De acuerdo a Memon y Köehnken (1992), la entrevista cognitiva consta de tres fases:

investigative leads in child sexual abuse investigations” paper presented at the annual meeting of the American Psychology – Law Society <not available> 2009-03-03 from http://www.allacademic.com/meta/p229302_index.html

1. Creación de un ambiente propicio.
2. Obtención de un relato libre, luego del cual se complementará la información proporcionada mediante preguntas aclaratorias no sugestivas.
3. Aplicación de técnicas de recuperación de memoria.
 - a. Reinstauración cognitiva del contexto.
 - b. Focalización del recuerdo.
 - c. Recuperación extensiva.

Posteriormente, la propia revisión de la entrevista cognitiva realizada por Fisher y Geiselman (1992) se preocupó de adaptarla al proceso judicial, donde los autores plantearon una serie de pasos muy definidos, que en la generalidad de los casos se superponen, pero que con propósitos didácticos se los daremos a conocer claramente diferenciados:

1. Presentaciones y personalización de la entrevista.
2. Establecimiento del rapport.
3. Explicación del objeto de la entrevista.
4. Reinstauración de contextos.
5. Recuerdo libre.
6. Preparación para el interrogatorio.
7. Interrogatorio compatible con el testigo.
8. Recuerdo desde diferentes perspectivas.
9. Recuerdo en orden inverso.
10. Resumen o síntesis de la información proporcionada por el testigo o víctima.
11. Cierre.

De acuerdo a los estudios realizados con adultos, tanto de laboratorio como de campo, la utilización de la entrevista cognitiva permite obtener más información que una entrevista estándar¹⁶, sin que ello traiga aparejado el incremento de información incorrecta (Cantón y Cortés, 2000). Algunos autores (Poole y

16 Según Geiselman et al. (1985, 1986), en comparación con la entrevista policial tradicional su empleo mejora entre un 20% y un 35% la efectividad. Además, no es tan sensible a los efectos perniciosos de las preguntas capciosas y, lo más importante, es que puede ser aprendida y aplicada de forma efectiva por investigadores no expertos.

Lamb, 1998) sugieren cautela en su uso con menores edad, especialmente con menores de siete años.

Consta de cinco fases:

1. Introducción.
2. Narración libre.
3. Estadio probatorio o de indagación durante el cual el entrevistador guía al entrevistado para que extraiga los contenidos de su memoria (sin recurrir a preguntas capciosas). El entrevistador debe animar al testigo para que no invente, y en ningún momento debe darle instrucciones que sugieran el uso de la imaginación o la fantasía.
4. Un estadio de revisión en que el entrevistador comprueba la exactitud de sus notas y proporciona al sujeto oportunidades adicionales para recordar.
5. Cierre de la entrevista.

La versión *Modificada* implica un entrenamiento especial al cual son sometidos los niños, donde se le piden algunos cambios de perspectiva respecto de hechos neutros o cotidianos, de forma tal de que aprendan sobre el método sin alterar su versión fidedigna sobre el hecho investigado.

IV. La entrevista investigativa

Ya sea que se le denomine entrevista de investigación, inicial, única o forense, nombres con los cuales se ha dado en llamar a este tipo de procedimientos con los menores víctimas de delitos cuando son entrevistados por primera vez y por personal altamente especializado, lo cierto es que ésta debe seguir ciertos principios que la orientan.

A) Condiciones en que se debe dar la entrevista

Por muy evidente que sea, no hay dos menores que sean iguales, incluso teniendo la misma edad cronológica y habiendo vivido experiencias similares. Es importante tener en claro este punto, no sólo porque partimos de la base de que cada menor es único y posee una personalidad y forma de enfrentar la realidad que le es particular, sino porque lo que ello implica, es decir, por muy protocolizada que sea nuestra entrevista, debemos adecuarla a la realidad del menor, y no esperar que éste responda de la forma en que esperamos que lo haga.

En este sentido, partimos también de la base de que el menor de edad que ha sido víctima, o ha presenciado un hecho delictivo como testigo, ha desarrollado altos montos de ansiedad y angustia que por su desarrollo evolutivo

no está capacitado para integrarlos adecuadamente; y por tanto, la angustia experimentada por éste debiera ser disminuida al máximo por una entrevista investigativa. Ello no quiere decir que el profesional que la lleve adelante deba incurrir en conductas complacientes para con el menor, ni ofrecer recompensas, ni prometer resultados, ni darle la falsa impresión de que todo lo que diga será asimilado sin haber sido debidamente contrastado y sometido a un juicio crítico. La contención emocional y comprensión de las complejidades por las cuales atraviesa al momento de declarar respecto de un hecho traumático, van por la línea de respetar sus tiempos, no presionarlo para obtener la información que “el proceso necesita” para seguir avanzando por sus cauces habituales.

En este orden de ideas, con un adecuado *setting*¹⁷ evaluativo forense y con un *consentimiento informado*¹⁸ del menor y sus figuras significativas, el apoyo al menor debe brindarle las condiciones óptimas para que pueda decir lo que ha ocurrido, sin ser direccionado, guiado u obligado en ese proceso.

En cuanto a su objetivo, las entrevistas forenses deben estar diseñadas para evaluar las hipótesis de trabajo más que ser orientadas a confirmar alguna de ellas en particular. Ello se ve enriquecido aún más cuando el entrevistador genera una serie de hipótesis alternativas, asentadas en los hechos fácticos conocidos y las características particulares del caso, que permitan contrastar, confirmar o refutar todas aquellas líneas investigativas que pueden contemplar desde una falsa denuncia dolosa hasta la denuncia de un hecho real bien fundada.

Debemos recordar en este punto que el Sistema de Evaluación de Credibilidad de Testimonio en casos de alegaciones de delito sexual contra menores de edad, denominado Statement Validity Assessment (SVA), contempla como parte de su metodología el *trabajo en base a hipótesis*, dentro de las cuales considera al menos cuatro posibilidades a priori en la valoración de un testimonio por este tipo de delitos, las cuales resumiremos en el siguiente esquema¹⁹:

-
- 17 Implica la existencia de una coherencia entre la necesidad de realizar la evaluación o entrevista (pregunta psicolegal que la origina) y los objetivos que se ha trazado la misma. Por otra parte, debe dejar de lado cualquier intervención que se distancie de las condiciones ante las cuales el entrevistado ha dado su consentimiento para ser evaluado, evitando activamente confundir la naturaleza de esta evaluación forense con cualquier objetivo terapéutico o reparatorio, ofrecer resultados, dar recompensas o estímulos, entre otros.
- 18 El uso de la información, supone además, del consentimiento por parte del evaluado, el que al momento de prestar dicho consentimiento, está en conocimiento que eventualmente el profesional podría prestar declaración en Juicio Oral respecto del informe a confeccionar y consecuentemente exponer verbal y públicamente frente al Tribunal Oral en lo Penal todos aquellos antecedentes que considere relevantes del caso, tanto de los datos aportados por éste, como de aquellos comprendidos en la investigación, en el entendido que tengan relación con los hechos investigados.
- 19 Tomado de Offe, Heinz (2000). El dictamen sobre la credibilidad de las declaraciones de testigos.

- La hipótesis de la incapacidad (H1):** A causa de las debilidades cognitivas o alteraciones psicopatológicas, el testigo, en general, no está capacitado para informar sobre hechos realmente vividos, ya que no puede diferenciar con seguridad (a criterio del evaluador) entre lo realmente vivido y lo imaginado.
- La hipótesis del engaño (H2):** El testigo trata conscientemente de engañar, declarando haber vivido algo que en la realidad no ha vivido.
- La hipótesis de la sugestión (H3):** El testigo declara, desde su punto de vista, sobre los hechos realmente vividos. Sin embargo, sus recuerdos están tergiversados por las influencias sociales que los hechos que cuenta no son reales o, por lo menos, no experimentados de esa manera.
- La hipótesis de la verdad (H4):** El testigo se refiere en su declaración a hechos realmente vividos o experimentados. Debemos agregar que además el testigo es exacto en su relato, ajustándose lo descrito a lo que con alta probabilidad habría sido así.

Asimismo, debemos recordar que éste no es más que un punto de partida para el trabajo forense, y que en nada altera o tensiona la misión institucional del Ministerio Público de perseguir penalmente todas aquellas situaciones que pudiesen revestir características de delito, pero, tal como se ha adelantado, nos encontramos en la primera fase investigativa, donde el fiscal, guiado por el principio de objetividad²⁰, intentará formarse la visión más amplia y realista del caso. Al respecto, se plantea que precisamente éste es el momento para “establecer tantas hipótesis de trabajo como puedan deducirse basándose en la información obtenida”²¹.

B) Edad de aplicación de la entrevista

Si bien en nuestro país hemos observado que se han levantado *teorías del caso* que han intentado por todos los medios posibles desvirtuar la declaración de

20 Artículo N°3 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

21 Ibáñez Peinado, J. (2008). *Aspectos psicológicos del testimonio en la investigación criminal*. Memoria para optar al grado de Doctor en Psicología, Universidad Complutense de Madrid, España.

las víctimas, particularmente cuando éstas son menores de edad, aduciendo problemas psicológicos profundos que llevan a que el niño/a invente una situación que en realidad no ocurrió; manifestando dudas respecto de la capacidad de la víctima para no ser influenciada por terceros (sugestibilidad); arguyendo que la capacidad de memoria se va desarrollando con los años, y que por tanto a menor edad más cuestionables son las declaraciones; aludiendo a ciertas explicaciones pseudo-psicológicas que el menor ha inventado falsamente la situación que denuncia para vengarse de su padre o conviviente de la madre; etc. Lo cierto es que todas esas situaciones hoy día están consideradas y son controladas mediante procedimientos científicos para evaluar a las víctimas y obtener una declaración lo más fidedigna posible de lo que ocurrió en realidad.

El distinguido profesor e investigador estadounidense John E. B. Myers (2007), de acuerdo a su dilatada experiencia y haciendo eco de lo revelado por otros expertos, nos plantea al respecto que “aunque algunos adultos dudan de la capacidad de memoria que tienen los menores, las investigaciones han establecido que los menores, incluyendo a los niños en edad preescolar, pueden recordar los eventos con precisión”²². En este orden de ideas, podemos afirmar que “las investigaciones modernas revelan que incluso los niños pequeños pueden ser testigos certeros cuando se les pregunta sobre eventos significativos bajo condiciones óptimas para estos relatos”²³.

Por otra parte, Raskin y Esplín (1991) sostienen que siguiendo las pautas del SVA, podrían ser entrevistados los niños entre los dos y diecisiete años; al mismo tiempo, advierten sobre las limitadas habilidades cognitivas, sociales, verbales y atencionales en los menores de cuatro años, y sobre el posible amplio conocimiento sexual de los adolescentes. Agregan que, de cualquier forma, el tercer elemento del modelo de evaluación de credibilidad de testimonio del SVA considera esas advertencias en el criterio “características individuales del entrevistado”.

C) El estado y capacidades mentales del evaluado

En cuanto a el estado mental del sujeto a evaluar, se debe tener presente que es condición para la validez de la información obtenida en la entrevista que éste se encuentre en condiciones adecuadas para ser entrevistado. Éstas dicen relación con su estado anímico, su capacidad de concentración, las condiciones

22 Myers, John E.B. (2007). *Evidence in Child, Domestic, and Elder Abuse Cases*. Aspen Law and Business, New York, p. 7.

23 Perona, Alison; Bottoms, Bette y Sorenson, Erin (2006). Directrices basadas en investigaciones para las entrevistas forenses a los menores. En: *Journal of Aggression, Maltreatment and Trauma*, pp. 81-129.

ambientales favorables, su adecuado nivel de atención y, en suma, su apropiada condición personal subjetiva para ser evaluado en ese momento. En este sentido cabe mencionar ciertas circunstancias que podrían afectar negativamente la realización de una entrevista o peritaje con la presunta víctima del delito:

- Evaluación demasiado próxima al hecho (horas) que pudiese implicar un cuadro de estrés postraumático agudo, cuadro disociativo, bloqueo mental, amnesia selectiva no intencional, estado ansioso o angustioso.
- Presencia del imputado o de algún representante de él en la evaluación (incluso peritos de la Defensa).
- Presencia de cámaras cuando en el hecho delictivo también han sido utilizadas.
- Presencia de muchas personas en la sala de entrevista.

Por su parte, en cuanto a los casos en que se observa o presume por los antecedentes previos una merma en las capacidades cognitivas o comunicacionales del evaluado, se debe tener siempre presente que esos casos requieren de procedimientos alternativos de obtención de relato. La Clínica Médico-Forense de Madrid²⁴, en los casos con menores con desarrollo verbal bajo o que carecen del vocabulario adecuado, ha optado por la utilización de muñecos con forma humana (no-anatómicos) que representan a personajes de diversas características (adultos, niños, varones, mujeres). Con la utilización de estos muñecos, y la correcta técnica de entrevista, es posible obtener representaciones que situaciones que los menores han vivido, pero que no pueden expresar verbalmente debido a inhibiciones, falta de vocabulario u otra característica propia de su edad o cuadro.

Asimismo, en los casos en que se presume que las víctimas a evaluar presentan un trastorno o perturbación mental (circunstancias asimilables al 361 N°3 ó 363 N°1 respectivamente), se precisa una metodología ad hoc para evaluar las variables evolutivas en el relato (área cognitiva, el lenguaje, la capacidad perceptiva, área afectivo-emocional) y el estado general de las funciones psiconeurológicas (mediante entrevista basada en los criterios utilizados por Mycklebust)²⁵. Resulta interesante advertir que en este tipo de casos, de acuerdo al recién citado estudio, se parte de la siguiente hipótesis “un relato creado en base a la experiencia vivida, debe mantener una relación directamente proporcional al estilo narrativo” de quien la proporciona. Lo anterior resulta sumamente relevante al considerar que las hipótesis a falsear, por la incorpora-

24 Vázquez, Blanca (2004), ob. cit.

25 Ver Patricia Pereira. *La credibilidad del relato en niños víctimas de abuso sexual que presentan handicap*. En Escaff, E. y Maffioletti, F. (2004). *Psicología Jurídica, aproximaciones desde la experiencia*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, págs. 197-205.

ción de información de terceros o inducida, implicarían una discrepancia entre el estilo narrativo de la versión del hecho investigado versus el estilo habitual del menor.

Otra situación menos común, pero que ha sucedido en un para de casos, ha sido la obtención de relato con niños o niñas derechamente con sordomudez de nacimiento o adquirida (RUC N^{os} 0100067091-6, 0300065210-4, 0300038341-3, 0500658901-6, 0600873443-5). En esos casos, se ha requerido del apoyo de un intérprete (idealmente diferente de la propia figura que acompaña al niño o denunciante), quien ha facilitado la comunicación con el menor, limitándose a transmitir lo que se le indica de la forma más fidedigna y poco interpretativa posible.

D) Los tipos de preguntas

Como ya se ha señalado, los diversos tipos de preguntas y el momento en que se utilice cada una de ellas serán decisivos en cuanto a la calidad de la información que se pueda obtener. Para graficar este punto, expondremos en orden de temporalidad los distintos tipos de preguntas, de acuerdo a como debiesen sucederse a lo largo de la entrevista propiamente tal. Al mismo tiempo, debemos recordar que en la entrevista se obtendrán “antecedentes preliminares que posteriormente serán indagados con mayor profundidad en las siguientes instancias destinadas a ello”²⁶.

Preguntas que deben hacerse:

- **Preguntas que inviten a la narración libre:** son el tipo de preguntas con las cuales se comienza el requerimiento de testimonio sobre el hecho investigado. Suelen ser vagas y ambiguas, y tienen por propósito estimular el relato libre, continuo y sin interrupciones del suceso. En ella no se debe restringir la cantidad ni tipo de información a ser proporcionada por el entrevistado, aún cuando ésta pudiese resultar irrelevante o innecesaria. Si la respuesta a este tipo de pregunta se aleja radicalmente del objetivo perseguido por la entrevista, es posible reorientar el setting y volver a repetir la(s) pregunta(s).
- **Preguntas abiertas:** similares a las “invitaciones” planteadas por otros autores, son preguntas que pretenden obtener más información de alguna *situación global* o genérica respecto del cual el evaluado ya ha hecho referencia espontánea en su relato.

26 Libro Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) Metropolitano, 16 años de experiencia (2003). Policía de Investigaciones de Chile, pág. 96.

- **Preguntas aclaratorias:** son aseveraciones que pretenden obtener más información de algún *aspecto específico* respecto del cual el evaluado ya ha hecho referencia en su relato, pretendiendo con ello mejorar la referencia incompleta.
- **Preguntas focalizadas:** en este caso son preguntas que van orientadas a aclarar un *evento particular* en el testimonio del evaluado, que por su relevancia procesal penal debe ser abordado de forma no inductiva por el evaluador una vez que el sujeto ha hecho referencia vaga a él durante su testimonio.
- **Preguntas directas:** son aquellas preguntas que aparte de ser focalizadas, su objetivo o tendencia queda claro para quien debe responderla. Por tanto, el valor de la información producida de esta forma debe ser relativizado y ponderado por el evaluador en relación a la demás información obtenida. Su propósito es hacer explícita y asentar una versión sobre un punto particular, imposibilitando cualquier interpretación alternativa a la misma.
- **Preguntas de contraste de hipótesis:** las preguntas para contrastar hipótesis son irrenunciables dentro de un proceso objetivo de evaluación de un testimonio sobre un hecho que podría constituir delito. Se dice que son irrenunciables en el sentido de que fácilmente el evaluador podría dar por respondidas y descartadas algunas hipótesis que se haya formulado con la mera declaración directa del evaluado, más la información contextual obtenida de declaraciones de terceros, pero dicha forma de trabajo autoconfirmatoria se alejaría más de lo prudencialmente deseable de una metodología que se pretende rigurosa e imparcial.
- **Preguntas sugerentes:** a diferencia de las preguntas anteriores, las preguntas sugerentes son metodológicamente inconducentes a obtener información válida desde el punto de vista valorativo. En este sentido, su objetivo es más bien diagnóstico y formal, que de fondo o contenido. De hecho, el valor de la información obtenida por esta vía es nulo, sirviendo sólo para aclarar la forma en que el entrevistado se deja llevar por información nueva o es permeable a las influencias externas o de terceros (sin necesariamente incorporar el elemento doloso de la mala fe o ánimo de engañar).

En la práctica, poco importará cómo llamemos a cada uno de los tipos de preguntas anteriormente descritos²⁷. Lo que resulta realmente relevante es que sepamos que contamos con un amplio abanico de formas de obtener la infor-

27 De hecho, existen un sinnúmero de diversas formas de llamar a los distintos tipos de preguntas, y en este apartado se han omitido otros tipos de preguntas que son las contraindicadas, tales como: *preguntas oscuras* (no entendidas por el entrevistado), *preguntas ambiguas* (que pueden ser interpretadas en varios sentidos, causando confusión), *preguntas capciosas* (formuladas con el fin de comprometer al interrogado), *preguntas con respuestas sugeridas*

mación, y que utilizemos adecuadamente para los fines de la entrevista cada una de las posibilidades descritas, en un orden lógico de mayor amplitud y libertad hasta preguntas derechamente dirigidas, respecto de las cuales posee mayor valor el sentido y modo en que son contestadas más que el propio contenido de las mismas.

Preguntas que NO deben hacerse²⁸:

- ¿Qué sentiste?
- ¿Te gustaba lo que te hacía?
- ¿Por qué no buscaste ayuda?
- ¿Por qué si te hacía estas cosas, buscabas estar con él/ella?
- ¿Por qué no lo has contado antes?
- ¿Por qué lo cuentas ahora?
- ¿Por qué piensas que te lo hacía?

E) La grabación de las entrevistas

Un aspecto que ha estado en la discusión en nuestro país hace algunos años es la necesidad, conveniencia y factibilidad de videgrabar las entrevistas con los menores de edad que alegan ser víctimas de delito.

Al respecto, luego de numerosas discusiones con los principales organismos periciales del país²⁹, hemos llegado a la convicción de que, si bien se considera muy beneficioso para el propio entrevistador (o perito) y su equipo el videgrabar las entrevistas, al examinar la realidad de la mayoría de los centros y organismos el día de hoy, lo único que podemos manifestar es nuestra aprobación a este tipo de prácticas, siempre y cuando se realicen del modo establecido. Lo anterior implica un tipo de consentimiento y setting de trabajo mucho más exigente con el entrevistado; y, por otra parte, se lo plantea no como una exigencia que implique la elevación del estándar evaluativo, sino sólo como una alternativa a la cual pueden recurrir los equipos con fines prácticos y formativos.

o inductivas (el texto de la pregunta incluye la respuesta, inductoras de relato), *preguntas dirigidas*, *preguntas coercitivas*, *preguntas cerradas*.

28 Intevi, I. (2008). *Valoración de sospechas de abuso sexual infantil*. Dirección General de Políticas Sociales del Gobierno de Cantabria, España.

29 Libro: *Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio*: documento de trabajo interinstitucional (2008). Páginas 42-46. Descargable en formato PDF en: www.ministeriopublico.cl

En este sentido, la investigadora Irene Intevi (2008)³⁰ nos grafica muy claramente las ventajas e inconvenientes de videograbar las entrevistas en el siguiente cuadro:

Ventajas	Inconvenientes
Permite un registro riguroso de las entrevistas.	El procedimiento puede resultar intrusivo, provocar temor y hacer que el niño/a o adolescente no quiera brindar información.
Permite un registro de las expresiones faciales y de los gestos del niño/a o adolescente asociados al relato verbal.	Requiere de logística y recursos técnicos que pueden resultar prohibitivos para algunos equipos de trabajo.
Constituye un documento visual y verbal que puede ser examinado por otros profesionales, aún mucho tiempo después de obtenido.	La calidad técnica de las grabaciones puede ser mala.
Reduce el número de entrevistas que, de no contar con las grabaciones, deberían llevar a cabo otros/as profesionales.	Puede perderse el material debido a fallos técnicos.
Constituye una modalidad de formación continua para el entrevistador/a que se ve obligado a usar técnicas de entrevista adecuadas.	El material puede ser usado para presionar o cuestionar al niño/a o adolescente.
Constituye una protección legal para el entrevistador/a.	Puede prestarse a que se enfoque en ciertas incongruencias del relato más que en los aspectos descriptivos de las conductas abusivas.
Constituye un elemento que puede desalentar la retractación.	En un proceso judicial, alguna de las partes puede usar fragmentos de las entrevistas fuera de contexto.
Constituye un instrumento para refrescar la memoria de las supuestas víctimas, sobretodo en las situaciones en que deben testificar en un juicio meses, o aún, años después de ocurridos los hechos.	No todos los contactos con los niños/as o adolescentes pueden ser grabados en video (ej.: comentarios hechos antes de entrar o al salir de la sala de entrevistas).
Puede ser un elemento que favorezca la confesión de la persona sospechada o acusada.	Puede ser usado para cuestionar las técnicas de entrevista dejando de lado el contenido relacionado con los comportamientos abusivos.
Es un instrumento eficaz para que el adulto no agresor termine de convencerse y/o comprenda que fue lo que sucedió.	El material puede caer en manos de gente no autorizada (ej.: los medios de comunicación), violando la confidencialidad de la información.
Puede ser utilizado por otros especialistas para dar su opinión.	

Indudablemente, la protección a la víctima es un compromiso que ha adquirido el Ministerio Público desde su creación, pero que el último tiempo ha debido asumir como desafíos de segunda generación, poniendo especial énfasis en las

30 Ob. cit.: Intevi, I. (2008). Páginas 73-74.

víctimas vulnerables. Ello se ve claramente reflejado en las recién publicadas *Guías de Santiago*³¹, las cuales manifiestan que “los niños y adolescentes son víctimas definidas por la más alta vulnerabilidad, la cual viene dada tanto por su propia condición como por el hecho que en muchas ocasiones es su propio entorno el que acoge la producción del delito”. Asimismo, las Guías también caracterizan la participación del menor de edad en el proceso penal, y junto a ello sugieren evitar la victimización secundaria mediante una serie de consideraciones y acciones tales como: acompañamiento del menor, explicación clara sobre el proceso, adecuación de circunstancias a su realidad, entre otras.

Por último, si realmente esperáramos que en pos de la no re-victimización que las entrevistas iniciales al ofendido por el delito fuesen todas ellas videograbadas, debemos generar las condiciones legales, económicas y culturales para que ello sea posible, tal como lo ha hecho el gobierno de Israel en el año 1955 con su Leyes de Evidencia³² y el gobierno de Gran Bretaña el año 1991 mediante la publicación de un Acta de Justicia Criminal³³ que permitía a los menores de edad entregar su declaración testimonial en la Corte mediante la videograbación de su entrevista.

V. La propuesta de entrevista

Luego de haber analizado nuestro marco legal y el contexto en que se desenvuelve la víctima, de haber considerado el papel de la entrevista en nuestro sistema penal, de haber estudiado los principales protocolos internacionales y las orientaciones que proporcionan en cuanto a las condiciones técnicas en que se debe dar la declaración de los niños/as y adolescentes, y de haber considerado las variables más importantes en la estructura interna de las entrevistas forenses, creemos que es oportuno plantear resumidamente nuestra propuesta en cuanto a las tomas de declaración de niños/as y adolescentes en el contexto procesal penal actual.

Para ello, diseñaremos un esquema básico de tres puntos:

- 31 Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos AIAMP. *Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos*. Elaboradas en Santiago de Chile y ratificadas en la XVI Asamblea General de la AIAMP (Punta Cana – República Dominicana), 2008. www.aiamp.net
- 32 Leyes de Evidencia - Protección del Niño (1955) es una ley única y de avanzada, incluso de acuerdo a los estándares internacionales. Promulgada para aliviar el trauma de pasar interrogatorios policiales y atestiguar ante un tribunal, la ley permite a un investigador infantil (no un oficial policial) prestar testimonio en lugar del niño. Más aun, la competencia del niño para atestiguar ante un tribunal será determinada de acuerdo al bienestar del niño y no siempre de acuerdo al bien de la investigación. Recuperado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel en: <http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/>
- 33 Davies, G. y Wescott, H. (1999). *Interviewing Child Witnesses Under the Memorandum of Good Practice: a research review*. Policing And Reducing Crime Unit: Police Research Series. Home Office, United Kingdom.

1.- Planificación de la entrevista

Para llevar adelante una entrevista resulta imprescindible que exista una adecuada planificación de la misma. Para ello, debemos contar con algunos antecedentes básicos del caso que nos permitan conocer la situación e intereses del evaluado a objeto de facilitar el establecimiento de un adecuado rapport³⁴. Asimismo, contar con antecedentes generales sobre el caso, lugar – tipo de abuso – relación con el agresor, permite al entrevistador hacer preguntas que facilitarán y guiarán mejor al menor en su relato. Y, finalmente, resulta esencial para formular las hipótesis alternativas el que el entrevistador conozca otros antecedentes, a veces periféricos, que le posibiliten contrastar y/o descartar las hipótesis alternas.

Con el propósito de poder planificar una mejor entrevista, definir sus objetivos, determinar técnicas a utilizar, decidir respecto de los participantes de la misma y quien la conduce, debemos contar con antecedentes relevantes a tener en cuenta al momento de planificar la entrevista:

De acuerdo a la fuente:

- Parte denuncia ante Carabineros, PDI u otro. Lo mínimo es que contenga una breve descripción del hecho denunciado, necesariamente en palabras del propio menor o del denunciante.
- Antecedentes de la propia víctima obtenidos de causas anteriores, que se encuentren a disposición del Ministerio Público (extracto de filiación, diagnósticos previos).
- Antecedentes del denunciado que se encuentren a disposición del Ministerio Público (certificado de antecedentes, entre otros).
- Informes médicos de urgencia, ginecológicos, de lesiones, etc., que hayan sido obtenidos previo a la entrevista.
- Entrevista telefónica con el denunciante o adulto responsable.

De acuerdo al tipo de información:

- Tipo de delito al que se aproximan los hechos.

34 Este término significa “simpatía”, “concordancia”, y en esta primera fase de la entrevista lo que se hará será, crear un ambiente de relajación para disminuir las tensiones que el entrevistado pueda tener. Puede establecerse mediante preguntas acerca de la vida cotidiana, propiciando que el entrevistado se relaje, que no este presionado o que sienta tensión, todo ello permitirá que nos proporcione información que como entrevistadores deseamos.

- Características comisivas del delito (fuerza, intimidación, existencia de prevalimiento, retraso mental en la víctima).
- Características del niño/a víctima (edad, escolaridad y posibles repitencias, capacidad cognitiva estimada, y otro antecedente relevante).

2.- La entrevista propiamente tal

Antes que nada debemos aclarar que cuando hablamos de entrevista a un menor que ha sufrido un delito sexual, previo a la entrevista y a la obtención de la autorización de los padres o encargados del cuidado del menor de edad, se debe haber explicado con detalle al evaluado el procedimiento a seguir. Ello debe realizarse en su nivel de lenguaje, con ejemplos si es necesario, abriéndole la posibilidad de que en cualquier momento pregunte lo que quiera³⁵, y asegurándonos que ha entendido el contexto en que ésta se produce.

Por otra parte, este tipo de entrevistas deben seguir los mismos pasos que las destinadas a evaluar la credibilidad del testimonio del menor víctima, por tanto, luego del establecimiento del rapport, y cuando el profesional está convencido de que el menor está en condiciones de sostener una conversación en la cual podría relatar los hechos vividos, se debe comenzar con preguntas lo más abiertas posibles del tipo ¿cuéntame por qué estás aquí?.

En este punto, debemos advertir al entrevistador que si bien ha planificado la evaluación y ha leído previamente sobre el caso y las circunstancias en que ocurrió el delito, evite mostrarse conocedor de todo aquello que el menor le va a contar, dado que lo único que favorece aquella conducta es que el evaluado se cierre o dé algunos episodios “por sabidos”.

Otro aspecto relevante es la posibilidad de grabar la entrevista, situación que en todos los casos debe ser comunicada y contar con la autorización expresa del evaluado. Lo ideal es que sea mediante audio y video, pero cuando ello no sea posible, al menos en audio, para luego poder volver sobre los dichos textuales del entrevistado. Hay que ser muy cuidadoso y receptivo a la actitud del entrevistado respecto de la grabación y de la cámara, ya que en algunos casos el delito también se ha cometido utilizando dichos apoyos tecnológicos (ej: producción de material pornográfico infantil).

Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda tomar notas y transcribir textualmente las frases más relevantes de la entrevista. El contar con unos breves *tips* de lo dicho textualmente por el evaluado nos permitirá al final de la entrevista

35 Ello no implica falta de dirección de la propia entrevista, sino el propósito de estar “abierto” en cualquier momento de la misma a recibir información nueva que pueda ser de utilidad a la hora de definir líneas investigativas.

poder volver sobre los aspectos más imprecisos o decisivos de lo dicho, utilizando sus propias palabras y no nuestras propias expresiones o interpretaciones. Incluso, los expertos recomiendan que ante contenidos específicos que el menor no pueda decir, que le dé vergüenza o no conozca las palabras adecuadas para describirlo, recurrir a facilitarle una hoja en blanco y un lápiz para que dibuje o escriba lo que no puede decir.

A tal punto llegan las recomendaciones o guías de instrucciones (*guidelines*), que se plantea que si los padres o cuidadores implican una interferencia para el menor o derechamente han coparticipado del abuso, se lleve adelante la evaluación en ausencia de los mismos. Si no es el caso, éstos se pueden ubicar en la sala contigua a la Cámara Gessel (sala de espejos), junto al fiscal u otros profesionales, quienes al final de la entrevista tienen la posibilidad de solicitar al entrevistador, mediante el uso del citófono, que éste indague sobre algunos aspectos que pueden haber quedado indefinidos o no abordados, siempre y cuando el entrevistador experto esté de acuerdo en ello.

3.- Etapas de la entrevista

La mayoría de los protocolos internacionales recomiendan seguir una determinada secuencia a la hora de llevar adelante una entrevista de esta naturaleza (Poole y Lamb, 1998)³⁶, pudiendo señalarse como pasos mínimos los siguientes:

A. Construcción del *rapport*

Éste no solamente implica el establecimiento de una relación de trabajo adecuada con el entrevistado, donde éste se sienta acogido y cómodo en la situación de evaluación, sino que también contempla una serie de cualidades que deben darse en la relación de entrevista tales como:

- El entrevistado debe tener en claro que es él quien conoce directamente los hechos, y que, por tanto, para el que lo escucha resulta de gran valor la información que pueda proporcionar a través de su testimonio.
- Estimular la participación activa del entrevistado mediante preguntas abiertas, evitar interrumpirlo, y ser paciente y tolerante cuando éste se desvíe del tema central.
- Se debe tener y comunicar empatía con el evaluado, transmitiendo interés y calidez, dado que éste al momento de la entrevista muy probablemente se encuentre aún afectado por el hecho.

36 Poole, D.A. y Lamb, M.E. (1998). *Investigative Interviews of Children, A guide for helping professionals*. Washington, DC: American Psychological Association.

- Se lo debe llamar por su nombre, y utilizar o repetir sus propias palabras cuando se intenta profundizar sobre algún aspecto de su testimonio.
- Se debe procurar que el entrevistado se sienta cómodo.

B. Suministrar instrucciones claras sobre el objetivo y las reglas de la entrevista (*setting* y luego consentimiento informado)

Debemos entender la entrevista como un espacio regulado en que una de las partes, el entrevistado o evaluado, entrega información que pudiese resultar relevante para quien la recibe o a quien éste la derive. Cuando el entrevistado renuncia a su derecho a no entregar información -víctima, imputado o testigo-, lo que hace es llegar a un contrato o acuerdo de entrega de información que va a enmarcar TODA la relación en que ambos decidan se producirá la colaboración. A este contrato de trabajo le llamamos *Setting Forense*, uno de cuyos objetivos es definir (y limitar) las condiciones y facultades de la entrevista y del entrevistador en cuanto al manejo que haga de la información obtenida.

Partimos de la base que la autorización (libre y explícita) del propio entrevistado es la llave que libera al profesional entrevistador de no tener que guardar confidencialidad, y por tanto mantener bajo secreto profesional, la información conocida o adquirida en el ejercicio de su profesión³⁷. De igual forma, el Código de Ética señala que el psicólogo está eximido del deber de guardar secreto “sólo y exclusivamente cuando sea requerido por Orden Judicial expresa. Aún así, el psicólogo/a debe procurar mantener en la más estricta reserva aquellos antecedentes no relacionados directamente en el asunto judicial”. Por tanto, al parecer en este tipo de evaluaciones debemos referirnos más bien a una *confidencialidad limitada*, queriendo señalar con ello que ésta se mantiene pero con algunas restricciones o particularidades propias del contexto en que se produce la entrevista.

Además, el propio Código Procesal Penal³⁸ obliga al profesional, que evalúa o entrevista en el contexto de una solicitud específica, que las actuaciones serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento, y que los funcionarios estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas.

Por otra parte, es importante que el entrevistador conserve y sea percibido por el evaluado como una persona *imparcial*, que no es que esté de su lado para favorecer su situación, ni en su contra en el sentido de “sacarle” información para ser usada para el propio beneficio. Sin perjuicio de ello, el entrevistado debe

37 Ver artículo N°11, numerales 5 y 6, del Código de Ética Profesional. Elaborado por la Comisión de Ética del Colegio de Psicólogos de Chile A.G.

38 Artículo N°182 CPP. República de Chile. Actualizado a enero de 2006.

conocer a priori la relevancia de su testimonio y las posibles consecuencias del mismo.

Asimismo, durante TODA la entrevista el evaluador debe hablarle al entrevistado en un lenguaje acorde a su nivel evolutivo y capacidad de comprensión, evitando la jerga psicológica, psiquiátrica o jurídica. Para asegurarnos de ello, es tan sencillo como que el entrevistador sea sensible a las conductas no-verbales que delaten la no comprensión, o que derechamente, sin ánimo cuestionador, le pregunte si ha sido claro y si es que ha comprendido. En caso de respuestas afirmativas que se puedan presumir complacientes, se puede incluso pedir al menor que explique en sus palabras que es lo que entendió.

En este punto, resulta relevante recordar que el entrevistado tiene pleno derecho a guardar silencio, a no responder preguntas que le resulten ofensivas, y a que sean respetados sus tiempos personales, en la medida en que aún cuando manifiesta la disposición a entregar elementos relevantes del hecho, en algunos casos para ello requiere tiempo.

Es importante no sólo atender a lo que el entrevistado dice, sino que también a cómo lo dice. Asimismo, si se toma notas o lleva un registro, debe procurar hacerlo de la forma más discreta posible, y siempre con la conformidad del entrevistado.

Cuando al entrevistado se le ha asegurado la confidencialidad de la información obtenida en la entrevista, y se le ha animado a expresar con libertad sus pensamientos, sentimientos y opiniones, resulta muy importante evitar las preguntas orientadoras o las reacciones emocionales intensas del entrevistador.

C. Centrarse en la obtención de una narración libre sin interrupciones por parte del entrevistador

Este punto, el más importante de toda la entrevista, sin duda va a estar determinado por las propias características del entrevistado, pero va a adquirir un gran valor procesal en la medida en que los pasos previos descritos con anterioridad hayan sido seguidos de forma cuidadosa y rigurosa por el entrevistador.

En este sentido, la narración libre acerca de lo ocurrido aún cuando quizás no incorpore los elementos esperados por el entrevistador, tendrá un gran valor por el hecho de corresponder a lo que para el propio afectado resulta relevante, desde su propio punto de vista y desde las implicancias que para él ha tenido el delito en su vida cotidiana.

Los demás elementos, los que permitirán acreditar los hechos, surgirán en el transcurso de la entrevista mediante las siguientes etapas previstas para ello, y en definitiva se verán ratificados en la investigación por otras diligencias investigativas.

D. Proceso de clarificación de puntos luego de la narración libre

Este proceso debe iniciarse de forma armónica y continua con posterioridad a que el entrevistado haya concluido su testimonio espontáneo. Resulta muy relevante que el entrevistador haga una pausa de silencio luego de concluido éste, y espere la mirada o verbalización explícita del entrevistado comunicándole que su relato ha terminado. En muchas ocasiones, el propio entrevistado vuelve a retomar el hilo de su narración o a recordar algunos aspectos que había dejado olvidados o pasados por alto en su descripción cronológica de los hechos.

Sólo una vez que tenemos certeza de que el relato ha concluido, procederemos a formular las preguntas pertinentes tendientes a aclarar lo que en la versión espontánea del sujeto no haya quedado claro o requiera mayor profundización. La lógica de esta etapa es la misma planteada con anterioridad: se procederá en un continuo desde las preguntas más abiertas hasta las más inductivas o cerradas.

En este punto debemos insistir en el valor relativo del contenido de la información obtenida por medio de preguntas directivas, focalizadas, sugestivas, inductivas o cerradas, en comparación con la información aportada en el relato libre y espontáneo. En todo caso, cualquier contenido que sea relevante, sea cual sea el modo de su obtención, deberá ser contrastado posteriormente con otros antecedentes que le asignen al menos la cualidad de probabilidad de cierto, y nunca como un hecho indiscutido ni sujeto a corroboración.

E. Cierre de la entrevista

Esta última etapa en la entrevista forense va a adquirir particular importancia en los casos en que el entrevistado sea un menor de edad, y/o que por sus características particulares haya desarrollado considerables montos de angustia en el transcurso de la evaluación.

Como habíamos señalado, por el hecho de tener que dar cuenta de un hecho vivido, organizarlo secuencialmente, recuperarlo cognitiva y mnésicamente, hacer el esfuerzo de narrarlo mediante los conceptos más idóneos o cercanos a la realidad, la tarea encomendada al menor implica un alto nivel de desgaste y energía. Lo anterior se ve incrementado cuando el contenido mismo de lo transmitido posee una carga emocional intensa, y que, en la mayoría de los casos, sobrepasa las capacidades del individuo para poder integrarlas de forma racional y emocional a su continuo vital.

Por ello, en otro documento³⁹, hemos sugerido dividir esta etapa en 2 partes, una de *recapitulación* y otra de *clausura*.

Recapitulación: consiste básicamente en que el entrevistador revise, en conjunto con el entrevistado, el contenido esencial de lo recopilado. Para ello debe utilizar la información y el lenguaje propios vertidos por el evaluado en la entrevista, evitando sustituir éste por expresiones personales que pretendan interpretar lo dicho por el compareciente.

Clausura: esta fase tiene por propósito asegurarse de que el entrevistado pueda cerrar su proceso y disminuir la angustia generada por el hecho de revivenciar el hecho traumático nuevamente. Por tanto, es pertinente agradecer la colaboración prestada, en términos del esfuerzo personal y del tiempo empleados (no del contenido de lo manifestado). Eventualmente, puede ser necesario y adecuado permitirle formular preguntas o agregar cualquier información que le permita volver a retomar el control de la situación de entrevista.

VI. A modo de conclusión

El presente artículo pretende propiciar la generación de protocolos de trabajo que permitan generar prácticas cada vez más eficaces en la lucha contra los delitos que afecten a los grupos especialmente vulnerables de la población, tales como el abuso sexual infantil, la pornografía infantil y la explotación sexual de niños/as y adolescentes.

Para ello, se hace necesaria la incorporación de *buenas prácticas* en esta área, junto con la posibilidad de unificar criterios mínimos orientados a la obtención de una mejor evidencia y disminución de la victimización secundaria, de forma tal que se acompañe a la víctima durante todo el proceso investigativo, se le brinde la protección necesaria, se disminuyan al máximo las posibles perturbaciones que pudiesen ocasionar las propias diligencias del proceso, y finalmente sea orientada y asesorada en la toma de decisiones.

Por último, queremos destacar especialmente los esfuerzos realizados por el Ministerio Público de Perú, quienes desde el año 2008 se han ocupado de capacitar a fiscales y psicólogos en la realización de una *entrevista única* a las víctimas menores de edad en los casos de delitos sexuales. Esta iniciativa se ve

39 Maffioletti, F. y Salinas, M.I. (2005). Manual Estrategias de Evaluación Pericial en Abuso Sexual Infantil. Documento que forma parte integral de la capacitación impartida a los peritos de los CTD a nivel Nacional los años 2004 y 2005. Publicado por el Servicio Nacional de Menores.

facilitada en su implementación con la aprobación de una “nueva guía metodológica para la atención de víctimas de abuso sexual que contempla un protocolo con entrevista única a los niños que sufrieron este delito”⁴⁰.

Esperamos sinceramente haber aportado con el presente artículo a la comprensión de la complejidad que implica la realización de una entrevista a la víctima que cumpla con los estándares de calidad exigibles en este contexto, y junto a ello, propiciar las iniciativas orientadas a proveer un marco legal acorde que posibilite la atención y protección integral de la víctima vulnerable.

40 www.mpfm.gob.pe/prensa-imprime.php?id=1448 recuperado el 27 de enero de 2009.

EL ÁNIMO LASCIVO COMO ELEMENTO EXTRAÑO A LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL

Francisco Soto Donoso¹

En la doctrina penal chilena se ha enquistado una interesante discusión en torno al contenido de la expresión “acto de significación sexual” del artículo 366 ter del Código Penal. En términos generales, ella se refiere a si aquél es un elemento objetivo del tipo, esto es, si en la configuración de la calidad de “sexual” del acto sólo intervienen parámetros sociales y culturales, o si derechamente se trata de la consagración de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, que en este caso llevaría el rótulo de ánimo lascivo o libidinoso.

No podemos adentrarnos en esta discusión sin antes entender el marco normativo en que actualmente se desenvuelve. La norma señalada define lo que se entiende por acción sexual para todos los tipos penales de abuso sexual contenidos en aquel cuerpo normativo, a saber, el abuso sexual calificado (artículo 365 bis), el abuso sexual de mayor de 14 años (artículo 366) y el abuso sexual de menor de 14 años (artículo 366 bis); deja fuera de su ámbito a todos los ilícitos que suponen acceso carnal (artículos 361, 362, 363 y 365), pues el legislador entiende *per se* la calidad de acción sexual de aquél. Para el artículo 366 ter acción sexual es “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado sus genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”, otorgando varios elementos de análisis normativo que rebasan nuestro interés, concentrándose el problema del ánimo lascivo precisamente en la “significación sexual” del acto constitutivo de la acción sexual.

Este sistema de imputación en materia de abuso sexual se fijó, en su estructura general, con la Ley N°19.617, de 12 de julio de 1999, derogándose el decimonónico delito de abusos deshonestos y la mayoría de las referencias excesivamente normativas propias del modelo sistemático de la moral escolástica², abriéndose, eso sí, otros importantes flancos de discusión. Hay que hacer presente que las modificaciones introducidas por la Ley 19.927, de 14 de enero de 2004, no significaron una alteración a la estructura central del sistema fijado por la Ley 19.617, por lo que el concepto de acción sexual contenido en el artículo 366 ter se mantuvo incólume.

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

2 Al respecto, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, “Delitos Sexuales”, págs. 30 y ss., Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, y BASCUNÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “Problemas básicos de los delitos sexuales”, págs. 75 y ss., Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, número especial, Valdivia, 1997.

Bajo este marco se ha desarrollado actualmente la discusión acerca del contenido de la significación sexual que reclama el artículo 366 ter para configurar el delito de abuso sexual. Así, en todos aquellos casos en que no exista acceso carnal por parte del sujeto activo, es necesario dirimir el criterio para delimitar ese contenido: ¿se trata de una tendencia interna del sujeto, de un ánimo particular que tiñe de antijuridicidad la conducta o simplemente estamos frente a un concepto que es necesario colmar con nociones sociales y culturales acerca de la sexualidad? Este dilema ha atrincherado a la doctrina chilena en posiciones contrapuestas, cuestión que se ha tornado más evidente frente a la supuesta oscuridad de la expresión “acto de significación sexual” que se implementó por el legislador a partir del año 1999.

De esta manera, para algún sector de la doctrina actual, la significación sexual está referida a la posición subjetiva del hechor, lo que se traduce en definitiva en la exigencia de un ánimo lascivo o bien en *“la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual”*³. Esta es una postura minoritaria que en Chile es defendida por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, y por GUZMÁN DÁLBORA. Los primeros señalan que *“la significación sexual está dada por el ánimo libidinoso, al igual que en el antiguo delito de abusos sexuales, aunque como en la anterior redacción, el elemento tendencial no se nombre”*; ejemplifican lo sostenido explicando que *“(…) de otro modo, los tocamientos propios de los juegos deportivos, los exámenes médicos y las caricias y correcciones de los padres respecto de sus hijos, y aun en las aglomeraciones de la vida moderna, deberían considerarse como conductas típicas sujetas a indagación sobre su antijuridicidad, lo que resulta del todo inapropiado”*⁴. El segundo, por su parte, afirma que la referencia al ánimo lascivo en el artículo 366 quater del Código Penal, al exigirse en él la excitación del deseo del otro o propio, sirve para afirmar la presencia de ese ánimo en el artículo 366 ter, pues si el legislador exige ello en una conducta de menor lesividad, con mayor razón debiera exigirlo en una de mayor lesividad como lo es el delito de abuso sexual⁵. Una postura más matizada con elementos objetivos ofrece RAMÍREZ, quien parte de la existencia de ciertos actos equívocos en cuanto a su contenido, los que no pueden ser dirimidos sólo con criterios objetivos, sino que es necesario atender en definitiva subjetividad del hechor, señalando al respecto: *“Partiendo de la premisa que la mera objetividad es insuficiente para determinar la significación sexual del acto, lo que queda de manifiesto en aquellos supuestos de equívocidad, nos parece que aún se podría presentar la*

3 RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA, “Delito de abuso sexual; actos de significación sexual y de relevancia”, pág. 8, Política Criminal, N°3, Santiago, 2003.

4 POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA, “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial”, pág. 258, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

5 En este sentido, GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS, “Apreciación y Reprobación de los delitos contra la honestidad en Chile”, págs. 160-198, 187, 188 y 189, Cuadernos Judiciales. Reforma Penal Sustantiva. En el camino hacia un Nuevo Código, N°6, Santiago, 2002.

sistematización del delito de otra manera. (...) esta expresión “actos de significación sexual” correspondería a un elemento normativo que se relaciona con el juicio de ilicitud de la conducta, ilicitud que está determinada, a la postre, por la presencia o no de un elemento subjetivo”⁶.

Al lado opuesto se encuentra la mayoría de la dogmática nacional de hoy, la que sostiene la significación sexual del acto en criterios objetivos. RODRÍGUEZ COLLAO, referente fundamental en la materia, sostiene al respecto que *“lo exigible no es que el autor del delito haya actuado efectivamente bajo el impulso de esa motivación (lúbrica), o con la intención de que la víctima experimente algún grado de satisfacción o desabogo sexual; lo que realmente interesa es que el acto sea de aquellos que los seres humanos (o una porción de éstos) generalmente realizan motivados por el instinto sexual”⁷.* A su vez, GARRIDO, frente a la actual redacción del tipo penal de abuso sexual, que dista sustancialmente de la que ostentaba el antiguo tipo de abusos deshonestos, se inclina por un criterio objetivo: *“Debería recurrirse a criterios normativos para determinar la significación sexual del hecho, considerando los criterios que existan en el medio social. Es la valoración general de acuerdo a las concepciones propias de la sociedad y del momento histórico la que deberá determinar la naturaleza o significación sexual del acto”⁸.* También en el plano objetivo, pero con componentes que involucran los efectos del acto sobre la víctima y que en cierto modo darían cuenta de la presencia de elementos subjetivos complementarios, se encuentra la posición de COX, quien en extenso sostiene: *“La significación sexual del acto viene determinada por el involucramiento que se hace de una persona en un contexto sexual. (...) Se necesita, en definitiva, que la conducta del agresor active los componentes sexuales de la personalidad del agredido. Podemos afirmar que es necesario que se genere un “ambiente sexual”, que es aquél en que la sexualidad cobra una inusitada relevancia, convirtiéndose en un factor preponderante o, al menos, relevante de la realidad inmediata de la persona, sea que ésta lo perciba así o no, en el cual participa de alguna manera en contra de su voluntad”⁹.* Por último, afirmando la vigencia absoluta de un criterio objetivo y, apoyándose para ello en jurisprudencia de los Tribunales Orales, que en su gran mayoría adopta este criterio, AGUILAR sostiene que *“el acto tiene connotación sexual, siguiendo un criterio objetivo, cuando la conducta desplegada por el hechor, sea de aquellas que los seres humanos, en base*

6 RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA, ob. cit., pág. 12.

7 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, ob. cit., pág. 200.

8 GARRIDO MONTT, MARIO, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo III, pág. 395, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

9 COX LEIXELARD, JUAN PABLO, “Los Abusos sexuales. Aproximación dogmática”, págs. 136 y 137, Primera Edición, Lexis Nexis, Santiago, 2003.

*a pautas socialmente acordadas en un tiempo y lugar determinados, catalogan como una expresión indudable del instinto sexual*¹⁰.

Ahora bien, la doctrina que se ha pronunciado en la discusión en torno al contenido del acto constitutivo de abuso sexual no ha reparado en una cuestión sistemática que, si bien no pertenece necesariamente al ámbito de la dogmática, no deja de ser relevante a la hora de interpretar el artículo 366 ter del Código Penal. Existe un problema estructural en los delitos sexuales, referido a la definición del verbo rector o núcleo del tipo penal, el que se sustenta en un principio de tipificación basado en la descripción de una acción sexual. Tanto el tipo de violación como el de abuso sexual contienen, en la regulación de sus respectivos verbos rectores, la descripción de un acto lujurioso como concepto central de la regulación¹¹. Esto supone dejar fuera del núcleo ilícito a la si-

10 AGUILAR ARANELA, CRISTIAN, “Delitos Sexuales. Doctrina y Jurisprudencia”, pág. 92, Primera Edición, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008.

11 En este sentido, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, ob. cit., pág. 81. Específicamente señala a este respecto el autor: *“El primer problema de implementación que presenta el reformismo es el de la definición del verbo rector o núcleo del tipo delictivo. La regulación de la Codificación pone el acento en la realización de una acción sexual. El caso paradigmático en el Código Penal chileno es el de la acción de yacer, que el proyecto de ley actualmente en tramitación sustituye por la acción de acceder carnalmente (manteniendo el principio de tipificación basado en la descripción de una acción sexual). Esto es consistente con la identificación del acto lujurioso como concepto central de la regulación. En el contexto del reformismo, en cambio, puesto que –como se ha visto– el elemento central de lo ilícito es el abuso, el verbo rector no puede ser el que contiene la descripción de la acción sexual, sino el que describe el acto de agresión o abuso. Así, nuestra actual violación violenta (Art. 361 N°1) resulta correctamente definida sólo cuando se la describe como la acción de “constreñir mediante violencia a una mujer a tolerar que un hombre yazga con ella”. Quien sea el que yace con ella es algo irrelevante, cuando la razón de la incriminación es el acto de coerción. (...) Esta consecuencia lleva a resultados desconcertantes. Por ejemplo, si un voyeurista constreñe mediante amenazas a dos personas a mantener relaciones sexuales en su presencia, conforme a la redefinición de la conducta típica dicho caso debería ser sancionado como concurso ideal entre violación (en contra de la mujer) y abuso sexual (en contra del hombre). Esto es desconcertante, porque el voyeurista, sin tener contacto sexual con persona alguna, es sancionado por la comisión de dos atentados sexuales. Por cierto, el desconcierto no es en sí mismo una objeción concluyente: si las consecuencias lógicas de los principios asumidos como correctos nos parecen contraintuitivos, también puede ser que debamos cambiar las bases de nuestras intuiciones (nuestros hábitos lingüísticos o categorías mentales). Además el reformismo puede replicar a la Codificación que aún más contraintuitivo resulta que el caso en cuestión resulte excluido del sistema de los delitos sexuales, ya que desde el punto de vista de la víctima –en este caso, “las víctimas”– hay un atentado coercitivo con una clara significación sexual (...) Más importante es el hecho que esta consecuencia del principio de regulación esgrimido por el reformismo abre las puertas a una gran cantidad de problemas relacionados con la distinción entre autoría y participación en la comisión del delito. En efecto, no deja de existir intuitivamente una diferencia apreciable de disvalor entre la conducta de quien pone el cuchillo en el cuello de la víctima para que otro acceda carnalmente a ella y la de quien convence a un débil mental o a un niño para que acceda a los requerimientos sexuales de otro. Esta diferencia obedece fundamentalmente a que el ejercicio de la coerción en coordinación funcional con quien realiza el acto sexual supone un grado de control de los hechos constitutivos de delito incomparablemente mayor que la persuasión del incapaz o del menor. Si queremos hacer justicia a estas diferencias, que parecieran situarse en la base de nuestra*

tuación abusiva y/o coercitiva, centrándose el legislador en la calidad del acto antes que en la agresión o abuso que hay detrás de todo delito que importe, respecto de la víctima, un involucramiento en un contexto sexual constreñido o indebido. Esta situación es denunciada por BASCUÑÁN, expresando que se trataría de un problema de implementación del sistema reformista, el cual, dentro del contexto de modificación sustancial a los cánones jurídico penales de post guerra, concibió el ataque a bienes jurídicos individuales como el único fundamento de la reacción penal. En lo que respecta al ámbito de los delitos sexuales, el autor señala que *“para la configuración de las distintas hipótesis delictivas pasa a tener prioridad sistemática la consideración del medio de ataque por sobre el objeto de la acción”*, expresando seguidamente con razón que *“para el modelo escolástico, lo crucial era obviamente la naturaleza de la acción sexual realizada (...) para el reformismo, en cambio, (...) lo esencial es la modalidad de abuso empleada, ya que ella determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro”*¹².

Esta criticable estructura del delito de abuso sexual, semejante a la del resto de los delitos sexuales, condiciona en definitiva la discusión acerca de la significación sexual del acto, ya que ésta se refiere a un elemento del verbo rector que en términos generales no hace alusión al verdadero contenido ilícito de la conducta. Visto así, el “acto de significación sexual y relevancia” es en sí inocuo desde el punto de vista penal, adquiriendo esta trascendencia sólo cuando se trate de un actuar abusivo o compelido, salvo en los casos de menores de 14 años, en que el actuar abusivo se entiende incorporado en esa misma conducta. Por ello, dicha discusión se centra en aspectos no pertenecientes a lo propiamente ilícito, sino que en aspectos fenomenológicos que sobrepasan lo penal-normativo.

Sin perjuicio de todo lo señalado, frente a la realidad normativa que nos ofrece el Código Penal, no hay más alternativa que realizar un trabajo hermenéutico respecto de la expresión “acto de significación sexual”. Para ello la perspectiva crítica señalada nos puede dar luces acerca de su verdadero contenido. Claramente, ninguna de las soluciones ofrecidas por la doctrina es enteramente satisfactoria, puesto que todas ellas se esmeran en definir la cualidad de sexual de ese acto en circunstancias que ello no es lo verdaderamente relevante desde la perspectiva de la vulneración de los bienes jurídicos protegidos por la norma. Sin embargo, si se percibe bien la crítica formulada por BASCUÑÁN, en ella

comprensión de la autoría y la complicidad como formas de participación categorialmente distinguibles, tendremos que concluir que una adecuada tipificación de los abusos sexuales requiere usar principios de tipificación distintos. En algunos casos el núcleo de la acción deberá seguir siendo de significación sexual, a pesar que en los casos paradigmáticos de atentado a la libertad no lo sea más. El reformismo trae pues consigo un grado considerable de aumento de la complejidad de la regulación”.

12 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, ob. cit., pág. 80.

se busca reemplazar el criterio normativo que defina la calidad de sexual del acto por otro criterio, también normativo, pero que permita establecer el carácter lesivo de la conducta. En ese sentido, mucho más cercano a este aspecto vulneratorio se encuentra aquel criterio que suponga una definición clara y perceptible de aquella afectación y que no implique librar dicha determinación a los “deseos” del sujeto activo. Se corre un doble riesgo al relegar a la subjetividad del agente esta definición: por un lado, es él quien define, a través de su ánimo, si hay o no lesión al bien jurídico respectivo, y, por otro, podrían presentarse situaciones en que objetivamente no se vislumbra un acto de significación sexual en que el ánimo del sujeto lo transforma en tal, asumiendo el derecho penal en este caso una función reguladora de la intimidad personal inaceptable¹³.

La determinación objetiva del acto de significación sexual en función de lo que social y culturalmente se entiende por tal, si bien, tal como se explicó, no es un criterio absolutamente satisfactorio, al menos ofrece mucha más certeza en su configuración en contraste con el criterio subjetivo. No se puede soslayar el hecho que estamos frente a elementos normativos del tipo, lo que ya es garantía de indeterminación y fuente probable de excesiva discrecionalidad judicial en la delimitación de su contorno; pero nada comparable con la incertidumbre que significaría dejar librado dicho contorno a la subjetividad del hechor. No son justificadas, por lo tanto, las aprehensiones manifestadas por RAMÍREZ en cuanto a la necesidad de contar con este elemento subjetivo para poder definir la naturaleza de aquellos actos equívocos que no presentan una clara connotación sexual¹⁴. No es necesario recurrir a elementos subjetivos distintos del dolo para poder asegurar la significación sexual de la conducta, pues siempre será indispensable que el sujeto activo realice la acción con conocimiento de los elementos objetivos del tipo y queriendo la realización de estos; o sea, el hechor debe saber que actúa en un contexto definido como lúbrico objetivamente, y además debe tener la voluntad de hacerlo, situación que no es más que el dolo propio de todo ilícito penal. Es ciertamente, esta conducta dolosa, en un contexto que se sabe lascivo, la que vulnera o hace peligrar el bien jurídico respectivo, no siéndolo la posición lasciva del sujeto.

Esta mirada crítica también puede influir en la interpretación sistemática del Código Penal en esta materia. Las argumentaciones referidas a la presencia de un elemento subjetivo distinto al dolo en el delito de abuso sexual impropio del artículo 366 quater, en relación con el concepto de significación sexual del artículo 366 ter, han obviado las consideraciones realizadas en torno a la configuración del verbo rector. Esto ha derivado en conclusiones opuestas emanadas del mismo elemento de análisis: la presencia expresa del ánimo lascivo

13 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, ob. cit., pág. 200.

14 En este sentido, RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA, ob. cit., pág. 11.

en la figura del abuso sexual impropio frente al silencio del legislador en la figura central de abuso sexual del artículo 366 ter. Por un lado GUZMÁN DÁLBORA, tal como se señaló anteriormente, afirma la existencia del ánimo libidinoso del delito de abuso sexual en el hecho que una figura de menor gravedad, como lo es la del abuso sexual impropio, contiene expresamente ese elemento subjetivo, por lo que no podría sino exigirse en una figura de mayor lesividad¹⁵. COX, en cambio, llega a la conclusión opuesta al analizar esta misma dialéctica entre los artículos 366 ter y 366 quater, señalando que “*es necesario destacar algunas consecuencias que derivan de esta decisión del legislador de exigir expresamente la concurrencia de este ánimo especial en el sujeto activo. (...) La primera de ellas se refiere a que se entrega un indicio de solución a la controversia relativa a si en las demás figuras también se requiere o no tal ánimo. En efecto, si para los casos contemplados en el artículo 366 quater - 1° se menciona expresamente tal necesidad, es dable pensar que para los demás casos (artículos 366 y 366 bis) no se exige, más aún si se tuvo una inmejorable oportunidad para hacerlo (artículo 366 ter)*”¹⁶. Sin perjuicio de esta situación curiosa que se manifiesta en la argumentación de esos autores, junto con compartir la crítica que hace el propio COX a la incorporación de estos elementos subjetivos en los tipos penales de delitos sexuales, sobre todo en virtud de las distorsiones que producen en el sistema¹⁷, también compartimos la conclusión a la que arriba RAMÍREZ en cuanto al verdadero sentido de la expresión “para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro”, la cual señala que el artículo 366 quater amplía el ámbito de aplicación del antiguo delito de corrupción de menores, concebido en su oportunidad para sancionar actividades lúbricas con el objetivo de “satisfacer los deseos de otro”, incluyéndose hoy también la excitación del propio sujeto activo, tratándose sólo de señalar los límites de la punición y no de establecer la materia de la prohibición¹⁸.

La contraposición de opiniones entre COX y GUZMÁN DÁLBORA, a propósito del ánimo lascivo presente en la figura del artículo 366 quater, es sólo una muestra de las distorsiones que producen los elementos subjetivos distintos del dolo en la configuración de los delitos sexuales en general. Por ello la posición de RAMÍREZ respecto de la función que cumple aquel elemento en el artículo 366 quater nos parece más acorde con una sistemática de los delitos sexuales que prescinde de ellos y que se centra en aspectos lesivos más importantes para la reacción penal. Lo expresado no hace más que corroborar que el ánimo lascivo es un elemento extraño a la configuración de la sistemática del abuso sexual, el cual, en definitiva, trastoca dos de los grandes pilares del derecho penal moderno: la protección de bienes jurídicos individuales y la proscripción de la reacción penal basada en meras motivaciones del agente.

15 En este sentido, GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS, ob. cit., en nota anterior.

16 COX LEIXELARD, JUAN PABLO, ob. cit., págs. 196 y 197.

17 En este sentido, COX LEIXELARD, JUAN PABLO, ob. cit., págs. 118 y ss.

18 En este sentido, RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA, ob. cit., pág. 10.

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

HACIA LA CREACIÓN DE UN MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE

Antonio Segovia Arancibia¹

1. Introducción

La discusión sobre la incorporación o no, en nuestro ordenamiento jurídico, de un estatuto de responsabilidad penal para las personas jurídicas, constituye un debate técnico y político-criminalmente complejo. Lo anterior se debe en gran medida a la necesidad de conciliar los principios y normas penales actualmente vigentes con un modelo de imputación de responsabilidad que supondría apartarse de los mismos. Sin embargo, y siguiendo una tendencia que se ha venido dando de manera constante desde a lo menos los últimos 50 años en el derecho comparado, el Ejecutivo presentó recientemente un proyecto de ley que establece, en ciertos supuestos, la responsabilidad de las personas jurídicas². Con dicha iniciativa legal, la máxima “*societas delinquere non potest*”, tan arraigada en nuestra tradición y legislación penal, y que ratifica el principio de imputación individual, es puesta al centro de un debate que remece en cierta medida las bases mismas de un sistema punitivo en el cual resulta sumamente difícil insertar armónicamente el principio opuesto: “*societas delinquere potest*”.

Los problemas que plantea la discusión parlamentaria del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo es variada y profunda, e incluye a lo menos cuestiones doctrinarias fundamentales de derecho penal (por ejemplo, la vigencia o transformación del principio de culpabilidad), derecho procesal penal (por ejemplo, la representación en juicio y defensa) y política criminal (expansión del derecho penal sin un contrapeso desde el punto de vista de las garantías y derechos fundamentales). Sin embargo, el debate constituye un importante desafío en el cual, en esencia, se plantea la necesidad y conveniencia de adaptar el derecho penal a las demandas de un mundo en constante transformación.

El presente artículo sólo se referirá a uno de los tantos aspectos de la discusión acerca de la conveniencia y factibilidad dogmática y práctica de establecer un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, y

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Mensaje N°018-357, de fecha 16 de marzo de 2009, con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. A pesar de que el mensaje del Ejecutivo habla de responsabilidad “legal” de las personas jurídicas, creemos que se trata sin duda de responsabilidad penal de las mismas.

que consiste en los problemas derivados de su aparente contradicción con los principios y normas que conforman un derecho penal basado en la imputación individual de personas naturales. Para ello, se comenzará presentando de modo sucinto los principales aspectos del proyecto de ley, en particular del modelo concreto de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, para luego pasar a confrontarlo con los principios y normas que, en nuestro sistema punitivo, conforman la imputación de responsabilidad individual. Posteriormente, se revisarán ciertos criterios político-criminales que abogarían a favor del establecimiento de un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas, y se concluirá señalando algunos argumentos finales que permitirían justificar, en el marco de nuestro actual sistema penal, la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Aspectos generales del proyecto de ley

Por razones de espacio no entraremos a calificar o pronunciarnos críticamente acerca de los fundamentos y ámbito de aplicación del modelo propuesto por el Ejecutivo, sin perjuicio que nos parece relevante mencionarlo como antecedente general y necesario para enmarcar de mejor manera la discusión sobre el modelo mismo de atribución de responsabilidad, que sigue a continuación.

El Proyecto se encuentra contenido en el Mensaje N°018-357, de fecha 16 de marzo de 2009. Sus fundamentos principales pueden dividirse en dos: en primer lugar, se citan los compromisos internacionales asumidos por Chile, vale decir, la firma y ratificación de diversas Convenciones Internacionales, en particular la Convención contra la Corrupción de Naciones Unidas y la Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros, de la Organización de Cooperación para el Desarrollo (OCDE), las cuales indican a los signatarios de las mismas la necesidad de que en sus ordenamientos jurídicos internos se contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas³.

Además de los fundamentos político-criminales, el proyecto señala que el establecimiento de responsabilidad para las personas jurídicas servirá como “aliciente” para que éstas adopten medidas de autorregulación, logrando de esta forma “...armonizar los principios de libertad empresarial y económica, con el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público”⁴. En este sentido, el proyecto plantea sancionar a las personas jurídicas cuando éstas intervienen en la comisión de delitos relevantes a nivel internacional, y que justamente por su participación se ven expuestos a lesión, en mayor medida,

3 Se agrega la necesidad de cumplir con este requisito para poder acceder a la membresía plena de la OCDE.

4 Mensaje N°018-357, de fecha 16 de marzo de 2009.

los bienes jurídicos colectivos que se protegen por los delitos en los que el proyecto contempla la responsabilidad⁵.

El modelo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas sólo está contemplado respecto a los delitos de lavado de dinero (tipificado en el artículo 27 de la Ley N°19.913), financiamiento del terrorismo (previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N°18.314) y los delitos de cohecho a funcionario público nacional y cohecho a funcionario público extranjero (tipificados respectivamente en los artículos 250 y 250 bis A del Código Penal). Asimismo, esta responsabilidad “legal” sólo se aplica a personas jurídicas de derecho privado y a empresas del Estado. Por último, el proyecto contiene un catálogo de sanciones aplicables, y establece como tribunal competente a aquellos con competencia en materia penal, estableciendo asimismo una serie de normas procesales que permitan la “actuación” de la persona jurídica en el proceso.

3. El modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas propuesto en el proyecto

Los artículos 3°, 4° y 5° del proyecto contienen las normas en virtud de las cuales se puede atribuir responsabilidad legal a las personas jurídicas, y que en general, siguiendo el modelo italiano, se funda en el incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión.

El artículo 3° establece que las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° de la misma ley (lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros), *“cometidos en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, así como por personas que realizan, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica, siempre que la comisión del delito se haga posible por el incumplimiento por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”*⁶.

El inciso segundo dispone que bajo los mismos supuestos enunciados en el inciso anterior serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de alguno de los sujetos mencionados anteriormente. Los deberes de dirección y supervisión se entenderán cumplidos cuando antes de la comisión del delito la persona jurídica haya adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir el delito cometido. Previene la norma que si el delito hubiere sido cometido por alguna de las personas naturales

5 Ibid.

6 Mensaje, ob. cit.

mencionadas en el mismo precepto en exclusiva ventaja propia o a favor de un tercero, la persona jurídica no será responsable.

El artículo 4° prescribe que será un Decreto Supremo expedido por el Ministerio de Hacienda el que contendrá el diseño y supervisión de los modelos para prevenir los delitos, el cual establecerá estándares y procedimientos para prevenir y detectar el delito, el ejercicio de una supervisión eficiente, entre otras medidas.

Por último, el artículo 5° dispone que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona natural y subsiste en 3 hipótesis:

1. La responsabilidad penal individual se haya extinguido conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal.
2. No haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales.
3. Concurrieren respecto de la persona natural alguna de las eximentes contempladas en el artículo 10 del Código Penal.

La norma, en su inciso final, previene que si concurrieren las circunstancias de los números 1° y 9° del artículo 10 del Código Penal (casos de exención de responsabilidad penal por locura, demencia o haber actuado privado totalmente de razón, y por obrar violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable), se excluirá asimismo la responsabilidad legal de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera podido y debido evitar su aparición.

En consecuencia, para poder atribuir responsabilidad a una persona jurídica se requiere que uno de sus dueños, controladores, responsables, etc. hubiera cometido alguno de los delitos previstos en la ley, en provecho o beneficio de la persona jurídica, y ésta hubiera incumplido sus deberes de dirección y supervisión. ¿Contradice este modelo los principios y bases de nuestro sistema punitivo? ¿Es contrario a las normas de atribución de responsabilidad penal en Chile? Analizaremos brevemente esta y otras interrogantes en lo sucesivo.

4. Responsabilidad individual y personas jurídicas

4.1. Personas físicas, personas jurídicas y Derecho Penal

El inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal señala: *“La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.”* Como ya se apuntó, esta norma es una expresión de la postura tradicional de nuestra legislación y doctrina penal,

que ha hecho suya la máxima *“societas delinquere non potest”*. El debate, a nivel doctrinario, se centra en la pregunta sobre si las personas jurídicas pueden ser objeto del reproche y sanción que conlleva la aplicación de una norma de naturaleza penal.

Para Cury, el carácter de personalísimo del derecho penal implica que la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, no en las jurídicas. Sigue en este sentido la teoría de la ficción, enunciada por Savigny y Windscheid, según la cual la persona jurídica es un ente ficticio al que el derecho atribuye características propias de la personalidad por razones prácticas. Para esta teoría, no se le puede dirigir a la persona jurídica un reproche de culpabilidad, *“...pues los actos que realiza no son el producto de su voluntad -de la cual, en rigor, carece, sino de la de las personas que la dirigen y administran (ejecutivos) o constituyen la mayoría en sus órganos de decisión (directorios, consejos, juntas de accionistas)”*⁷.

Etcheberry, por su parte, opina que la responsabilidad de las personas jurídicas debe limitarse al campo civil y administrativo, *“pues la falta de una real voluntad contraria a la norma hace que a su respecto no pueda concurrir el dolo, elemento esencial del juicio penal”*⁸. Garrido Montt pareciera seguir también esta corriente de opinión al señalar que el elemento substancial de la “acción”, como elemento del delito, es que se trate de un comportamiento humano. La naturaleza del injusto es un *“...comportamiento del hombre merecedor de sanción”*⁹. En la misma línea se pronuncian Politoff, Matus y Ramírez, quienes parten reconociendo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es recomendada por organismos internacionales y aceptada en sistemas anglosajones y en algunos países europeos, aunque señalan que en países como el nuestro, más influenciados por la dogmática alemana y de tradición hispana, se niega esta posibilidad bajo el argumento de que las personas jurídicas son incapaces de acción en sentido penal¹⁰.

La opinión de los autores citados es categórica: la manera en que entendemos el delito es incompatible con formas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Éstas son incapaces de realizar una acción culpable. La

7 Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Séptima Edición Ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 90.

8 Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Tercera Edición Revisada y Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 176.

9 Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, Parte General. Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Cuarta Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 36.

10 Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 163.

amenaza comunicada a través del derecho penal sólo puede ser recepcionada por personas naturales, capaces de entender dicha comunicación y de actuar conforme a la norma o exponerse a la sanción que trae aparejada obrando en contrario. El problema no es menor, si se piensa que el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría contravenir de manera sustancial las bases mismas del sistema punitivo como lo entendemos. Sin embargo, han surgido posturas que intentan conciliar las categorías dogmáticas clásicas con el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para Silvina Bacigalupo, la falta de capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas como argumento en contra de que éstas sean imputables penalmente, se enfrenta con el hecho de que en la determinación del concepto de acción se define lo que es un sujeto y lo que se entiende por acción¹¹. Para la autora, sólo se considera sujeto del derecho penal al individuo, pero en ninguna parte está previsto expresamente que la constitución físico-psicológica del mismo sea la única posible. Sin embargo, el sujeto del derecho penal clásico, el individuo, no se adecua y es insuficiente para responder a la comisión de delitos en la sociedad moderna, especialmente en el ámbito de la delincuencia económica, delitos medioambientales y otros. *“La distribución de competencias dentro de una organización compleja, como tiene una persona jurídica, impide en la mayoría de los casos imputar el injusto a un sujeto concreto. Por lo tanto, ese sujeto insuficiente debe ser reestructurado para poder dar una explicación a los injustos penales cometidos por personas jurídicas en el tráfico jurídico de la sociedad moderna”*¹².

Bacigalupo concluye señalando que si aceptamos a las personas jurídicas como sujetos del derecho penal, se debería ampliar el ámbito de imputabilidad que abarca desde el individuo hasta una persona jurídica, lo cual no significaría renunciar a los principios fundamentales de un derecho penal garantista¹³. En el mismo sentido se pronuncia Zúñiga, para quien el modelo de imputación de responsabilidad penal seguido por los países del sistema euro-continental de tradición germánica no serviría para imputar aquellos comportamientos realizados en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo empresarial, en las cuales, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones, su delegación, la existencia del deber de obediencia, el principio de confianza, y otras, se produce una fragmentarización de la decisión y de la ejecución de las actividades, frente

11 Bacigalupo, Silvina. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998, p. 31.

12 *Ibíd.*, p. 362.

13 *Ibíd.*, p. 364.

a las cuales no puede responder un modelo de imputación penal diseñado a partir de un injusto y una culpabilidad construidos bajo los paradigmas de una persona física dotada de voluntad¹⁴. Concluye la autora señalando que “...*el sistema de responsabilidad individual es insuficiente para solucionar los supuestos en que se realizan lesiones graves a bienes jurídicos (injustos penales) en el seno de organizaciones complejas*”¹⁵.

En concreto, las soluciones que a nivel legislativo han dado diversos países son variadas. Como apunta Enrique Bacigalupo, las condiciones establecidas en los distintos países para extender a las personas jurídicas las consecuencias de las acciones punibles o sancionables cometidas por sus órganos son diferentes aunque no parecieran haber oposiciones insalvables. El principio de culpabilidad y la responsabilidad personal no aparecerían como un impedimento decisivo para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque en aquellos países en los cuales se reconoce constitucionalmente (por ejemplo Alemania, Portugal, Grecia), debiera ejercer una cierta influencia en la configuración de los criterios de imputación a la persona jurídica de las infracciones cometidas por quienes obran en su nombre. En este punto se podría aplicar derechamente el concepto de culpabilidad de la organización¹⁶.

Otras soluciones de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas se basan en aspectos de prevención general positiva, en donde habría que afirmar la existencia de culpabilidad y la necesidad de imponer una pena cuando así lo exija el restablecimiento de la vigencia de la norma. En cada caso concreto, en consecuencia, habría que comprobar “...*la existencia de un injusto, la existencia de un autor competente, la motivación del autor y también los especiales elementos de culpabilidad que tengan que ver con la competencia del imputable*”¹⁷. En materia de culpabilidad, la discusión se centra en “...*determinar la imputación subjetiva, es decir, si se trata de una responsabilidad derivada de una persona física (caso francés), o una estricta responsabilidad de la propia empresa (modelo últimamente desarrollado en los Estados Unidos)*”¹⁸.

Zúñiga propone un doble sistema de imputación: a) mantener el de la responsabilidad individual, para sancionar a los sujetos que se aprovechen de la cobertura de la empresa para realizar delitos; b) diseñar un sistema de imputación análogo para las personas jurídicas, en el caso que se presente un injusto de la empresa misma, es decir, “... *que produzca una dañosidad social evitable y que ésta*

14 Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad a las Personas Jurídicas. Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 188.

15 *Ibíd.*, p. 241.

16 Bacigalupo, Enrique (*director*). Derecho Penal Económico. Editorial Hammurabi SRL, 2000 (reimpresión febrero 2005), Buenos Aires, p. 88.

17 Bacigalupo, Silvina, *ob. cit.*, p. 399.

18 Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen, *ob. cit.*, p. 133.

sea imputable a toda la organización". Una de las bases de este sistema está, para Zúñiga, en que si la culpabilidad es la relación funcional entre un injusto penal y un sujeto, y el injusto penal es concebido como una dañosidad social evitable, esto es, realizado con conocimiento (dolo) o por error evitable (culpa), es perfectamente concebible que las personas jurídicas cometen delitos¹⁹.

4.2. Argumentos Político-Criminales

La discusión técnica acerca de la conveniencia y flexibilidad de las categorías dogmáticas como las conocemos hoy, en donde el único sujeto del derecho penal parece ser la persona física, debe en el ámbito de la inclusión de un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, considerar argumentos político-criminales.

El desarrollo y crecimiento económico de los países, la aparición de nuevas y más complejas formas de organizarse para hacer negocios y actuar en general en la vida pública, social y económica, la llamada "globalización" y sus efectos en la eliminación de fronteras, al menos a nivel virtual, han desencadenado un fortalecimiento de las personas jurídicas o *fictas*, de las grandes y pequeñas corporaciones y en general de todo tipo de sociedades, como la forma de aparecer y actuar en una serie de materias, en especial de connotación económica. Dicha evolución ha generado la creación de un nuevo tipo de criminalidad asociada justamente a la empresa, y que las legislaciones europeas de posguerra intentaron evitar regulando la materia, para lo cual dejaron de lado las discusiones dogmáticas y obraron esencialmente con criterios pragmáticos²⁰.

Se trata, de alguna manera, de tratar el problema con seriedad y desde el punto de vista de la realidad. Como hemos visto, los impedimentos dogmáticos para la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son insalvables, y permiten una reflexión sobre el fin, las funciones y la estructura del derecho penal. Si ello es así, entonces la adopción de un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas aparece como una forma adecuada para enfrentar la macrocriminalidad, que asume características específicas y en los cuales la lesión de bienes jurídicos se produce en contextos complejos, en los que intervienen una serie de nexos causales y en los cuales muchas veces las víctimas son indeterminadas²¹.

En este contexto, el proyecto de ley iniciado por mensaje del Ejecutivo da un paso significativo en la creación de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque ciertamente perfectible, al menos sienta las bases

19 Ibid., pp. 242-3.

20 Ibid., p. 66.

21 Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen, ob. cit, p. 241.

de un debate en el cual podría erigirse un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas necesarios para enfrentar escenarios de criminalidad compleja como la de los delitos en las cuales se propone.

5. Conclusiones

El establecimiento de un estatuto de responsabilidad penal para las personas jurídicas, actualmente en tramitación parlamentaria, aparece como una fórmula novedosa y quizás arriesgada para enfrentar un tipo de criminalidad compleja en la cual las personas jurídicas ocupan un rol central. El proyecto, de seguro, no estará exento de debate, el cual aparece como un sano ejercicio que permitirá reflexionar sobre los fines, funciones y estructura del derecho penal como lo conocemos y aplicamos hoy.

En este contexto, la discusión sobre la aplicabilidad de las categorías dogmáticas tradicionales de la teoría del delito (acción, culpabilidad, etc.) puede derivar en una productiva reformulación de las mismas que permita, sin vulnerar garantías ni derechos fundamentales, aplicarlas a nuevas formas de criminalidad para las cuales esas viejas categorías ya no aparecen como suficientes.

Desde esta perspectiva se cumplen objetivos político-criminales fundamentales, que en general tienen que ver con la necesaria adaptabilidad que el derecho penal debe tener frente a nuevas formas de comisión de delitos, lo cual en definitiva importa la creación e implementación de un sistema jurídico que cumple funciones sociales reales ante un mundo en constante transformación.

ALGUNOS COMENTARIOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE, LA SALUD PÚBLICA Y EL PATRIMONIO CULTURAL

Manuel Zárate Campos¹

1. Antecedentes

Con ocasión de la reciente designación realizada por el Fiscal Nacional de un grupo de fiscales adjuntos para que asuman de modo preferente la investigación de los delitos relacionados con el medio ambiente, la salud pública y el patrimonio cultural ocurridos en el territorio jurisdiccional de sus respectivas Fiscalías Regionales², parece pertinente referirse brevemente a la normativa actual que tipifica los ilícitos que afectan dichos bienes jurídicos, como también a las principales características de los proyectos de ley en actual tramitación relacionados con estos nuevos objetos de protección para el derecho penal.

Como punto de partida, una definición útil del derecho penal del medio ambiente³ lo identifica como el *“conjunto de normas que regulan los atentados contra el medio ambiente y sus consecuencias jurídicas, el cual se basa en la protección jurídica del medio ambiente como interés público que, en cuanto merece, necesita y es susceptible de protección, elevamos a la categoría de “bien jurídico”*. En este sentido, se propone un concepto *“amplio” de medio ambiente, comprensivo, por tanto, de la calidad de vida, los recursos naturales, la protección de la flora y fauna, la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico*⁴.

En este contexto, el medio ambiente ha sido considerado como *“una de las principales parcelas de actuación del “moderno Derecho Penal”, en donde, según la doctrina, más se ponen de manifiesto las exigencias del perfeccionamiento de nuevas*

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Resoluciones FN/MP N°2324/2008 de 17 de Octubre, y N°2527/2008 de 10 de noviembre.

3 Entendido por un importante sector de la doctrina comparada como parte integrante del denominado derecho penal económico, el derecho penal del medio ambiente ha debido enfrentar y dar adecuada solución a muchos de los problemas transversales que ha supuesto legislar en el ámbito de la criminalidad económica. En este sentido, Bacigalupo señala que: *“Los nuevos ámbitos de criminalización en el derecho penal moderno -delitos económicos y ecológicos- se caracterizan por que la amenaza penal tiende a reforzar el cumplimiento de normas administrativas que imponen deberes de hacer y obligaciones de omitir”*. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. Editorial Hamurabi. Buenos Aires, 2005, pág. 363.

4 MARTOS NUÑEZ, Juan. *Derecho Penal Ambiental*. Exlibris Ediciones. Madrid 2006, pág. 17.

*formas de tutela, debido a las particularidades del bien jurídico protegido y de la forma de comisión de los más graves ataques a la naturaleza*⁵.

Uno de los primeros ámbitos de debate que surge respecto de la conveniencia de un derecho penal protector del medio ambiente, es el referido a su justificación y legitimidad. En la doctrina comparada, autores como Schunemann⁶ y Corcoy⁷ destacan por defender la pertinencia y legitimidad de acudir a la norma penal como clausura de la protección administrativa del medio ambiente. En nuestra doctrina, una opinión similar es planteada por Matus⁸.

Por el contrario, una visión más bien crítica de la existencia de un derecho penal del medio ambiente, es sostenida por varios autores alemanes adscritos

5 GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Págs. 54 y sgtes. También publicado en *Revista electrónica Política Criminal*, nº2. R7, pp. 1-27.

6 “*El primer nivel de control estará constituido, desde luego, por la Administración, pero es indispensable que esté seguido de un nivel de control adicional y eficiente, que sólo podrá ser asumido por el Derecho penal. La vieja pregunta acerca de quien vigila a los vigilantes, quisiera responderla muy brevemente con las siguientes palabras: el Derecho Penal*”. En SCHUNEMANN, Bernd. *Sobre la Dogmática y la Política Criminal del Derecho penal del medio ambiente*. Publicado en *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Editorial Tecnos, 2002. Pág. 223.

7 “*Desde una perspectiva político criminal la necesidad de la intervención penal se justifica por el hecho de que la realidad nos prueba que las contaminaciones y destrucciones del medio ambiente más graves se cometen en el seno de personas jurídicas y, en mayor o menor medida y de una forma u otra, está implicada la Administración. En este sentido, la función preventiva de la intervención penal se fundamenta en la mayor eficacia disuasoria de la intervención penal porque las sanciones administrativas, generalmente pecuniarias, pueden ser integradas en los costes, no afectando de forma directa y personal a los responsables*”. En CORCOY, Mirentxu. *Protección penal del medio ambiente: Legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de Medio Ambiente*. Publicado en *Derecho Penal de la Empresa*. Ediciones Universidad Pública de Navarra, 2002. Pág. 629.

8 “*La preocupación por los peligros que para el medio ambiente y la salud de las personas de las actuales y futuras generaciones representan ciertas actividades de gran potencial contaminador propias de nuestro estadio de desarrollo económico y social, sumada a la existencia de concretas obligaciones en materia de derecho penal medioambiental, la ya decantada práctica y doctrina en el derecho comparado acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y las insuficiencias en la regulación penal de la materia en el derecho nacional, justifican con creces las iniciativas parlamentarias que, desde diferentes puntos de vista, han propuesto establecer sanciones propiamente penales a quienes realizan hechos que podemos caracterizar como de grave contaminación ambiental (o peligro de la misma)...*”. En MATUS, Jean Pierre y otros. *Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile*. Revista Ius et Praxis v. 9 n. 2. Talca. 2003.

a la denominada Escuela de Frankfurt⁹, en España por Silva Sánchez¹⁰ y en Chile por Ossandón Widow¹¹.

2. La normativa penal ambiental actualmente vigente

Sin perjuicio de esta discusión relativa a la justificación y legitimidad del derecho penal ambiental o incluso del surgimiento de opiniones proclives a tipificar como delito determinadas conductas frente a la periódica ocurrencia de graves daños al medio ambiente en nuestro país, es importante señalar que en nuestro derecho penal actualmente vigente, ya se encuentran previstas sanciones penales a determinadas conductas que atentan contra el medio ambiente¹² (o más precisamente que afectan elementos que según la ley forman parte de el), la salud pública o el patrimonio cultural.

Lo anterior resulta especialmente necesario de explicitar, pues junto con afirmar acertadamente que en el derecho chileno no está tipificado el delito con-

9 En términos simples y generales, la Escuela de Frankfurt reivindica la necesidad de volver a un “derecho penal básico”, caracterizado por su carácter de última ratio y de intervención mínima. Entre sus principales representantes destacan HASSEMER, NAUCKE y LÜNDERSSEN.

10 A propósito del tipo penal previsto en el artículo 325 del Código Penal español de 1995, el autor señala que: “*El Derecho penal del medio ambiente se aleja del modelo tradicional de imputación jurídico-penal en cuatro pasos: anticipa un llamado bien jurídico intermedio (Zwischenrechtsgut), cuya relación con el bien jurídico final es puramente estadísticas y temporalmente indeterminada. En cuanto a los tipos de delito estima suficiente la puesta en peligro potencial o incluso hipotética-cumulativa en relación con este bien jurídico indeterminado. Asimismo, construye la imputación mediante accesoriedad en relación con otro sector del ordenamiento jurídico y de un modo expresamente normativo. Finalmente, la materia regulada obliga a una problemática elección de responsables individuales en el seno de relaciones de división del trabajo, lo que, según el principio de responsabilidad, propiamente tendría que tener como consecuencia una descarga de responsabilidad para los intervinientes individuales*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *¿Protección penal del medio ambiente? texto y contexto del artículo 325 del código penal*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N°3, 1997. Págs. 1714 a 1725.

11 OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. *Eficiencia del derecho Penal. El caso de los delitos contra el medio ambiente*. Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXIV. Valparaíso, 2003. Págs. 379 a 394.

12 Artículo 2 letra ll) Ley de Bases Generales, Ley n°19.300: “*Para todos los efectos legales, se entenderá por: ll) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; m) Medio Ambiente Libre de Contaminación: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*”.

tra el medio ambiente propiamente tal o delito ecológico¹³, resulta evidente igualmente que tanto el Código Penal como diversas normativas legales sancionan penalmente algunas conductas lesivas contra los bienes jurídicos antes indicados.

Entre dichas disposiciones es posible destacar los delitos contra la salud animal y vegetal como también los que afectan a la salud pública, ubicados en los párrafos noveno y décimo cuarto del Título relativo a los Crímenes y Simples Delitos contra el Orden Público y la Seguridad Públicos cometidos por Particulares en el Código Penal; los previstos en la Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura (LGPA); los incluidos en la Ley N°19.473 de Caza; los contemplados en la Ley de Bosques (Decreto Supremo N°4.363) y en el Decreto Ley N°701 sobre fomento forestal; los tipificados en la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales; el delito contemplado en la Ley N°20.096 referida al control aplicable a las sustancias agotadoras de la capa de ozono; e incluso los delitos previstos en la Ley 18.802 sobre Seguridad Nuclear, entre otros.

Bajo la vigencia del proceso penal, muchas de estas disposiciones penales han sido invocadas por los fiscales, planteamientos que han sido acogidos por buena parte de la jurisprudencia, situación muy distinta a lo ocurrido bajo la aplicación de la antigua justicia del crimen.

Así por ejemplo, en materia de delitos contra la salud pública, recientemente tres imputados fueron condenados en procedimiento abreviado como autores del delito previsto en el artículo 315 del Código Penal¹⁴. Innumerables son los fallos dictados con ocasión del delito tipificado en el artículo 139 LGPA, especialmente aquellos dictados en concurso con el delito de comercio clan-

13 En este sentido, lo afirmaba el actual Ministro de la Excm. Corte Suprema y profesor don Carlos Künsemüller, al señalar que: “en el Código Penal chileno, no se contienen, al igual que ocurre con la mayoría de las legislaciones, preceptos orientados específicamente a la protección del medio ambiente. Si bien hay tipos delictivos a los cuales desde una perspectiva actual puede atribuirse alguna connotación ambiental, ellos fueron instituidos para defender primordialmente otros bienes jurídicos”. KÜNSEMÜLLER, Carlos. *Protección Legal del medio ambiente: que enseñar, que investigar*. En Gaceta Jurídica, año XIII, n°85, 1987, pág. 6. De modo similar, Castillo Sánchez, quien señala que: “En Chile, no existe lo que pudiera denominarse con propiedad “delitos contra el medio ambiente” o “delitos ecológicos”, los que aparecen más bien como una necesidad política criminal, de lege ferenda. Sin embargo, de lege lata, tanto en el Código Penal como en leyes especiales es posible encontrar numerosas disposiciones que sancionan penalmente algunas conductas lesivas para el medio ambiente o sus elementos, produciéndose una protección parcial por vía “indirecta” o por una acción “refleja”. Pero hay que dejar en claro que al momento de su dictación no había en la mente del legislador un propósito deliberado de proteger el medio ambiente o un espíritu “ecologista”, sino más bien necesidades de otro orden: la salud pública, el derecho a la vida, el patrimonio, la vida en comunidad, etc”. CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo. *Régimen Jurídico de Protección del Medio Ambiente*. Ediciones BLOC. Santiago 1994, pág 104.

14 Sentencia del Juzgado de Garantía de San Bernardo, de fecha 15 de diciembre 2008. RUC n°0800061012-8.

destino¹⁵. En materia de los delitos previsto en la Ley de Caza¹⁶ es posible destacar fallos dictados en concurso con el contrabando que supone por ejemplo el ingreso ilegal de especies protegidas por CITES¹⁷. También se ha condenado por los delitos previstos en la Ley de Bosques¹⁸ y en la de monumentos nacionales¹⁹. Incluso se ha condenado por un delito previsto en la Ley de Seguridad Nuclear²⁰, como también fue decretada una Suspensión Condicional del Procedimiento respecto de imputados por el delito previsto en el artículo 136 de la LGPA, estableciéndose inéditas condiciones de reparación ambiental²¹.

Sin embargo, la existencia de esta incipiente jurisprudencia -dictada sobre la base de disposiciones plenamente vigentes- no impide visualizar los evidentes problemas que a futuro podría incubar la inexistencia de una regulación penal sistemáticamente dictada para la protección de los bienes jurídicos indicados al inicio de estos comentarios, cobrando una incómoda relevancia diversas dificultades dogmático penales y procesal penales que hasta ahora han estado relativamente ausente de las discusiones en tribunales.

No siendo precisamente este el espacio para desarrollar cada una de las inconsistencias que pudieran surgir a propósito de estos delitos, ni menos para proponer soluciones de *lege ferenda*, resulta útil al menos identificarlas, especialmente teniendo presente que a continuación nos referiremos brevemente a los diversos proyectos de ley en actual tramitación en el Congreso Nacional.

Tratándose de las principales dificultades dogmático penales que suelen indicarse como obstáculos para una adecuada y eficiente legislación penal en materia ambiental, resulta posible destacar la necesaria determinación del bien

15 A modo ejemplar, citemos sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, de fecha 29 de enero 2004, RUC n°0300035831-1; en procedimiento abreviado, Juzgado de Garantía de Punta Arenas, de fecha 13 de junio 2008, Ruc n°0700848294-7; Juzgado de Garantía de Antofagasta, de fecha 19 de agosto 2008, Ruc n°0610001240-3.

16 A modo ejemplar, citemos sentencia del Juzgado de Garantía de Pozo Almonte, de fecha 8 de septiembre 2005, Ruc n°0500420847-3; Juzgado de Garantía de San Bernardo, de fecha 14 abril 2006, Ruc n°0600257883-0.

17 Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de la Fauna y Flora Silvestre, Decreto Ley 873 de la año 1975.

18 A modo ejemplar, citemos sentencia del Juzgado de Garantía de Lautaro, de fecha 1° de agosto 2008, Ruc n°0700246962-0; Juzgado de Garantía de Chile Chico, de fecha 6 de diciembre 2004, Ruc n°0300214822-5.

19 A modo ejemplar, citemos sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta, de fecha 2 de agosto 2006, RUC n°0510011205-3, y del Tribunal Oral en Lo Penal de Iquique, de fecha 1° de octubre 2006, RUC n°0500103432-6; Juzgado de Garantía de Isla de Pascua, de fecha 7 de diciembre 2006, Ruc n°0600853570-K.

20 Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Chillán, de fecha 29 de marzo 2007, RUC n°0500665561-2.

21 Juzgado de Garantía de Talcahuano, resolución de fecha 8 de abril 2008, Ruc n°0700398348-4.

jurídico penalmente protegido y la ubicación del delito en el Código Penal o en leyes especiales; definir claramente las conductas típicas punibles; asegurar adecuadamente el respecto a los principios limitadores del *ius puniendi* (legalidad, proporcionalidad, intervención mínima, *non bis in idem*); resolver si se opta por criminalizar sólo las conductas dolosas o por el contrario reservar la sanción penal también para algunos casos calificados de imprudencia; incluir las necesarias precisiones acerca de la autoría y participación, especialmente considerando la situación de los sujetos que actúan al interior de una persona jurídica, entre otras.

Desde la perspectiva procesal penal, las dificultades que resulta posible avizorar dicen relación por ejemplo con la procedencia de salidas alternativas o las dificultades en la investigación y sobre todo en la generación de prueba suficiente acerca de la ocurrencia y participación en estos delitos.

3. Proyectos de ley en actual tramitación en el Congreso Nacional

Cuatro son los proyectos de ley presentados y actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, iniciativas legislativas formales a las cuales hemos también querido sumar en lo pertinente el articulado propuesto por el Foro Penal constituido para elaborar un nuevo Código Penal.

3.1. Proyecto que tipifica el delito ambiental (Boletín N°2177-12)

Este proyecto ingresó a la Cámara en junio del 1998, por moción de los Diputados Bustos, Pérez y Elgueta, entre otros. Actualmente el proyecto aún se encuentra en primer trámite constitucional, pendiente el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Constituyendo el primer proyecto que sistemáticamente aborda la pertinencia de tipificar un delito contra el medio ambiente, a juicio de los redactores del mismo resulta conveniente contemplar la sanción penal para aquellos casos especialmente graves, tal como lo hacen las legislaciones de países con similar cultura jurídica a la nuestra, toda vez que en ellos *“se observa una reciente evolución hacia la más rigurosa penalización de las normas ambientales”*²².

Entre los aspectos relevantes del proyecto destacan la tipificación exclusivamente de delitos de acción penal pública; el empleo de elementos normativos (conceptos de norma primaria y secundaria de calidad ambiental de acuerdo

22 Moción de los Diputados señores Aníbal Pérez, Juan Bustos, Luksic, Elgueta, Sánchez, Encina, Ojeda, José Pérez, Mora y Rincón.

la definición prevista en la Ley 19.300); la consideración general de tipos dolosos, contemplando sólo de modo excepcional la punición de determinadas conductas imprudentes; y la compatibilidad de sanciones penales con la aplicación de otras sanciones de naturaleza distinta e incluso con reparaciones de distinta naturaleza que contemple la legislación vigente a propósito de las mismas conductas.

3.2. Proyecto que sanciona los delitos contra el medio ambiente cometidos por personas jurídicas (Boletín N°4256-12)

Este proyecto fue presentado en junio de 2006, por moción de los Diputados Accorsi, Bauer, Jiménez, Pacheco, Pascal, Sepúlveda y Vallespín. Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional, a la espera del primer informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados.

El Proyecto identifica la existencia del fenómeno delito-empresa, el cual no permite que las personas naturales ejecuten en forma total y directa infracciones penales a causa de la concurrencia de actividades. Para combatir esto, se propone un nuevo modelo de imputación jurídico penal, en el cual se pretende hacer responsable no sólo a quienes materialmente hayan ejecutado el hecho, sino también a sus dirigentes o a aquellos que hayan autorizado el acto.

En este sentido, se propone incorporar al Código Penal los delitos relativos al medio ambiente, los cuales pueden ser cometidos tanto por persona naturales como jurídicas, proponiendo para esto último una modificación al artículo 39 del Código de Procedimiento Penal (sic)²³.

Según la propuesta legislativa, la sanción penal queda reservada para graves y fácilmente comprobables actos de contaminación (daño ambiental en los términos de la Ley N°19.300) o peligro de contaminación, proponiendo una sanción proporcional y racional a quien ha causado una grave contaminación o ha puesto gravemente en peligro la comunidad, excluyendo así del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela producto de la actividad diaria de las personas, cuyo control sólo puede estar entregado a las autoridades administrativas.

23 Sin perjuicio de lo señalado en el texto de este proyecto de ley, a la fecha de su presentación la situación de las personas jurídicas se encuentra regulada por el Código Procesal Penal, el cual en su artículo 58 inciso segundo señala que: "La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare".

Finalmente, este proyecto de ley propone sancionar excepcionalmente la modalidad culposa de las conductas indicadas anteriormente, estableciendo penas proporcionalmente menores.

3.3. Proyecto que establece delitos contra el medio ambiente (Boletín N°5654-12)

Este proyecto ingresó a tramitación vía moción de los senadores Ávila, Girardi, Navarro y Ominami en diciembre del 2007, encontrándose actualmente en primer trámite constitucional, pendiente el informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado.

Este proyecto reconoce como fuente de inspiración el trabajo investigativo titulado: “*Derecho Penal del Medio Ambiente. Estudios y propuesta para un nuevo derecho penal ambiental chileno*”²⁴, proponiendo la dictación de una ley especial que expresamente tipifique los delitos contra el medio ambiente, distinguiendo delitos de grave contaminación ambiental, delitos contra los recursos naturales, delitos contra el patrimonio ambiental y cultural, y delitos que afectan el correcto funcionamiento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental.

Algunos aspectos relevantes del proyecto son el hecho de identificar como bien jurídico penalmente protegido el concepto de medio ambiente definido en la ley 19.300; considerar el empleo de tipos penales de resultado, de peligro y de mera actividad; sancionar tanto a sujetos comunes (*El que sin la competente autorización; El que, sin título o autorización...*), como también en otros casos a sujetos calificados (*El responsable de una fuente emisora...*); proponer la aplicación de las penas previstas para el delito de prevaricación al funcionario público en general que incurre en irregularidades en el otorgamiento de autorizaciones ambientales; establecer respecto de las personas jurídicas un régimen paralelo de sanciones de carácter administrativo, aplicables por el tribunal que conoce del delito ambiental respectivo, consistente en multas, clausura temporal o definitiva en caso de reincidencia, entre otras; y en materia de prueba, se establecen presunciones simplemente legales en virtud de las cuales, acreditada la emisión de contaminantes en el ambiente, resulta posible vincular causalmente a dicha emisión la producción del daño o peligro que exigiría el tipo penal.

3.4. Proyecto que tipifica el delito de ofender al medio ambiente (Boletín N°6048-07)

Este proyecto ingresó a tramitación vía moción de los diputados Enríquez-Ominami, Escobar, Farías, Girardi, Jaramillo y Jiménez en septiem-

24 MATUS, RAMÍREZ, CASTILLO. Editorial Jurídica. 2004.

bre del 2008, encontrándose actualmente en Primer Trámite Constitucional, pendiente el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara.

Sin pretender una reforma sistemática en la materia, el proyecto pretende enfatizar en el ámbito de los delitos que ofenden el medio ambiente, un tipo que recoge una especial modalidad de contaminación que dice relación con el grave daño ambiental producto de emisiones contaminantes de gases a nivel industrial y vehicular en situaciones de pre-emergencia y emergencia ambiental. En estos casos se contempla la combinación de las sanciones tradicionales, innovando en la multa y clausura del establecimiento tratándose de personas jurídicas.

3.5. Anteproyecto Foro Penal

Por último, mención especial merece el Anteproyecto de Nuevo Código Penal²⁵, el cual incluye expresamente un párrafo de delitos relativos al medio ambiente, incluido en el título de los delitos de peligro común, sistematizando a continuación los delitos relativos a la caza, la pesca y la salud animal y vegetal, como también los delitos de incendios, los relativos a la energía nuclear y otros estragos.

25 Secretaría Técnica, Comisión Foro Penal. Ministerio de Justicia. Santiago, Noviembre de 2005.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

CONCEPTO DE INSERCIÓN, INCLUSIÓN O INTEGRACIÓN SOCIAL EN EL CONTEXTO DE LA LEY 20.084

Miguel Morales Dahmen
Roberto Rodríguez Manríquez¹

Resumen

El presente documento analiza el concepto de inserción social, o integración social, aludido en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Se interpreta la integración social del adolescente como uno de los componentes centrales del derecho a sustitución de pena junto con el de responsabilización, entendida como el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades de las demás personas. A partir de este enfoque, se trata el dilema de la sustitución de pena al joven A.D.V.M., condenado por homicidio calificado ocurrido en octubre de 2006, y cuya sustitución se revisó en marzo de 2009. Se enfatiza la doble finalidad de la Ley 20.084, cual es la responsabilidad de los adolescentes por los hechos cometidos y su integración social a partir de una intervención socioeducativa.

Concepto de inserción - inclusión - integración social

*“Toda agresión que no se niegue,
y por la que es posible aceptar responsabilidad personal,
puede utilizarse para fortalecer los intentos de reparación y restitución...”
“Las raíces de la agresión”.*

D.W. WINNICOTT

Desde el ámbito psicosocial es útil definir la “reinserción social” desde diferentes dimensiones, con el propósito de no simplificar o reducir el estado global del adolescente a un solo aspecto, por ejemplo, el individual o el familiar. Es preciso fijar una mirada sistémica que tome en cuenta las condiciones individuales del adolescente, así como la rearticulación y/o fortalecimiento del vínculo con su familia y las instituciones sociales de su comunidad. De esta manera, las dimensiones principales a tomar en cuenta serían de índole individual, familiar y social comunitaria.

Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), la voz “inserción” alude a la acción y efecto de insertar, lo cual significa incluir o introducir. A su vez, “integración” apunta a la acción y efecto de integrar o integrarse a un

¹ Psicólogo y Trabajador Social, respectivamente, de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

todo, a completar un todo con las partes que faltaban, o pasar a formar parte de un todo. Así, es posible deducir que las ideas de inserción social e integración social son significados de la misma noción.

Pues bien, para comprender mejor el concepto de integración social, resulta útil enfocarse desde el margen opuesto, describiendo el concepto de “exclusión”. La exclusión social enfatiza la multidimensionalidad de las desventajas sociales de grupos sociales que van quedando marginados de los procesos de desarrollo y que pueden definirse según factores de riesgo social como la dificultad de acceso al trabajo, al crédito, a los servicios sociales y a la educación; la pobreza, el aislamiento territorial, la discriminación por género o edad, la discriminación política, etc. (Saracosti, 1995).

Raya, E. (2004) menciona que hasta finales de los setenta se hablaba de integración social en referencia a los elementos que permiten la cohesión entre los miembros de una determinada sociedad, donde cada cual tiene su lugar. La extensión de los procesos de segmentación e individualización en sociedades cada vez más complejas provocaron el abandono del término y su reemplazo por el de inserción.

Con el mismo vocablo, en la década de los ochenta y comienzos de los noventa, se revela un cambio en cuanto a la obligación de la persona para integrarse en el medio social, es decir, ya no era la sociedad la responsable de ubicar al sujeto en el entramado de relaciones sociales, sino que correspondía a aquél integrarse, participando del intercambio real y simbólico de bienes materiales y valores culturales de su entorno. Ello evidencia una tendencia al individualismo imperante. Siguiendo a esta autora, este era un mecanismo para atribuir responsabilidad a quienes eran incapaces de insertarse en los procesos de desarrollo.

Raya, E. (2004) agrega que el concepto de exclusión es más amplio que el de pobreza, al no considerar únicamente la dimensión económica del problema, sino también la pérdida de los vínculos sociales o colectivos. Este concepto expresa una manera de estar en la sociedad, que no viene definida por lo que la persona es (identidad), sino por lo que carece, por lo que ha perdido, o nunca ha tenido.

Así, la exclusión pone de manifiesto la relación de desigualdad entre el sujeto y el resto de la sociedad, derivada de la carencia, o no acceso a determinados derechos sociales, particularmente los relacionados con la protección de riesgos, que empujan a la persona a vivir al día o a sobrevivir en los márgenes de la sociedad. La exclusión social pone de manifiesto la “instalación en la precariedad” de una parte de la población.

Finaliza Raya, coincidiendo con otros autores (Castel, R. 1997, Xiberras, M. 1993, Pérez De Arce, F. 2003), resaltando que la causa principal de la exclusión

social no puede buscarse en el desinterés de las personas excluidas, sino en el fenómeno de desafiliación o pérdida de vínculos sociales. Visto lo anterior, en la literatura de ciencias sociales revisada, no se problematiza acerca de la obligación o el mérito que tenga el sujeto para ser incluido o incorporado a la sociedad.

Sin embargo, en el momento actual de desarrollo de un sistema penal de adolescentes en Chile, es substancial diferenciar planos entre las ciencias sociales y las ciencias jurídicas penales, sin restringir la posibilidad de que ambos dominios puedan retroalimentarse. Es así como el concepto de inserción social, proveniente de las ciencias sociales, puede adoptar distintos alcances en el marco jurídico, como ocurre las veces en que es aplicado en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que es lo que a continuación intentaremos demostrar.

El concepto de inserción o integración social de la Ley N°20.084, visto como único argumento para sustituir la pena, parece falto de sentido debido a que permitiría interpretar que todo sujeto condenado menor de edad sería susceptible de optar a reemplazar su condena por una menos gravosa si se presentara algún antecedente que parezca favorable para su integración social. Dicho de otro modo, resulta poco razonable que cualquier intento por fortalecer al joven en su dimensión individual, familiar, y/o social-comunitaria sea argumentado como suficiente para basar una solicitud de sustitución de condena. Tan incoherente podría llegar a ser que, en ejemplos, pudiera alegarse una sustitución de condena al día siguiente de que el joven fuese condenado si éste expresara -y bastaría sólo con ello- que ha surgido una nueva figura “positiva” en su familia o entorno significativo, que tiene posibilidad de estudiar o trabajar, que se integrará a una organización de su comunidad, o que exterioriza un deseo de conversión religiosa que lo insta por un cambio.

Planteamos que lo dicho sobrevalora la restitución de derechos individuales, en desmedro de la idea de responsabilidad entendida como respeto por los derechos y libertades de los demás, resultando contradictorio con el sentido común ubicarse sólo en la lectura del concepto de inclusión, inserción o integración social, como único elemento para valorar el derecho a sustitución de la pena en condenados por la Ley N°20.084.

Para descubrir, definitivamente, el sentido global y armónico del concepto de inserción o integración social que pudiere leerse en el artículo 53, inciso primero, de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente², consideramos que hay que superar la definición de la psicología social priorizando un criterio

2 Artículo 53.- Sustitución de condena. El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento.

teleológico, siendo indispensable indagar en la discusión parlamentaria de la ley, con el fin de rescatar los elementos de la discusión que precisen las causas finales del término.

En la historia de la Ley 20.084 se indica que las respuestas penales contenidas en esta ley tienen por finalidad “*sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social*”³. En consecuencia, se considera que las penas tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora. Enfatizando el Proyecto de Ley en su Artículo 75, sobre revisión de condena, “*que el tribunal competente que ordenó la condena podrá revocarla o sustituirla si considera que ya produjo sus efectos, es innecesaria o afecta gravemente el desarrollo, la dignidad o la integración social del adolescente*”⁴. Se desprende así el afán responsabilizador de la norma y la intrínseca relación entre responsabilidad del adolescente por sus actos y el respeto por su integración social.

Por su lado, el Primer Informe de la Comisión de Constitución, respecto de la determinación del tribunal competente para efectuar la revisión o revocación de la condena, señala que “*la lógica de la actuación es verificar el nivel de satisfacción de los objetivos buscados con la aplicación de la medida, en lo relativo a la resocialización alcanzada*”⁵, derivándose de ello que el tribunal debe constatar que los objetivos de la sanción impuesta han sido debidamente alcanzados previamente a sustituir la condena, siendo oportuno indicar que los objetivos de toda sanción en este ámbito serán, como se dijo, que el condenado se haga responsable e incorpore la noción de respeto por los derechos de los demás. Todo lo anterior, como parte integral de la resocialización.

Siguiendo la historia de la ley, la fundación Tierra de Esperanza, en la discusión acerca de la sustitución, connota que el objetivo del sistema de sanciones de la Ley de Responsabilidad Penal adolescente “*es la responsabilización efectiva y no la pena*”, proponiendo “*que en la audiencia en que se trate la sustitución de la condena participe la víctima, estableciéndose la obligación de citarla. Se sostuvo que su presencia, por la dinámica de dicha audiencia, será un incentivo para que la defensa proponga medidas que aseguren una efectiva reparación*”⁶. En este contexto, poca trascendencia tiene una sustitución que no incorpora esta beneficiosa

3 Historia de la Ley N°20.084. Página 13 de 1207. Primer Trámite Constitucional. Mensaje Presidencial, 2 de agosto de 2002. Biblioteca del Congreso Nacional.

4 Historia de la Ley N°20.084. Página 32 de 1207. Primer Trámite Constitucional. Mensaje Presidencial, 2 de agosto de 2002. Biblioteca del Congreso Nacional.

5 Historia de la Ley N°20.084. Página 174 de 1207. Primer Trámite Constitucional. Primer Informe Comisión de Constitución, 8 de junio de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional.

6 Historia de la Ley N°20.084. Página 778 de 1207. Segundo Trámite Constitucional. Segundo Informe Comisión de Constitución, 22 de agosto de 2005. Biblioteca del Congreso Nacional.

reparación de la víctima (o un intento efectivo de hacerlo) como elemento integral de la responsabilización e integración social. En el mismo sentido, el Diputado Juan Bustos sostuvo que *“el propósito de esta legislación es el resguardo del desarrollo e integración social del adolescente, en tanto se dirija hacia el fortalecimiento del respeto por sus derechos como para el de las demás personas”*. Complementariamente, señala que, para otorgarse beneficios, *“debía atenderse a la finalidad buscada por el sistema cual es la inserción social y que para estos efectos, la observación de buena conducta no constituía un indicador satisfactorio porque bien podía ser una demostración de adaptación a la privación de libertad”*⁷. Siendo aún más claro en su argumento cuando en Discusión de Sala se refiere a que la finalidad de la Ley 20.084 es *“la protección del desarrollo e integración social del adolescente y el fortalecimiento de sus derechos”*. Recalcando que *“se entendió que el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades de las demás personas abarcaba de manera más amplia y más clara, desde el punto de vista de un estado de derecho, la idea de la responsabilidad”*⁸.

A su vez, consta en la historia de la Ley que representantes del grupo de trabajo que reunió a una serie de organizaciones no gubernamentales e instituciones vinculadas al tema de los menores, propuso una redefinición de los fines de las sanciones. Sostuvo que *“no parece pertinente hablar de que la sanción va a fortalecer el respeto por los propios derechos del adolescente”* enfatizando que *“la sanción, en el caso de los jóvenes, debe tener una doble finalidad: responsabilizadora y de reinserción”*⁹.

Es así como el concepto de reinserción, más allá de las distintas concepciones teóricas va cobrando relevancia empírica para la legislación penal adolescente en Chile, quedando demostrado, a la luz de las discusiones parlamentarias citadas, que los legisladores de las distintas bancadas optaron por una comprensión de la sanción que incluye el efecto responsabilizador para favorecer la sustentabilidad de la reinserción del adolescente, tal como se debatió en la solicitud de sustitución del caso A.D.V.M., en donde la Defensa esgrimió argumentos que enfatizaban que el joven ya estaba inserto socialmente y que la modificación de su sanción de régimen cerrado a semicerrado beneficiaría su desarrollo psicosocial ya que continuaría sus estudios universitarios. Sin duda, pero se dejaba postergado el segundo elemento fundamental de la finalidad de la sanción penal adolescente: la responsabilización, cuestiones a los que hace referencia el fallo de la Ilustre Corte de Apelaciones de Copiapó que se comentará.

7 Historia de la Ley N°20.084. Página 174 de 1207. Primer Trámite Constitucional. Primer Informe Comisión de Constitución, 8 de junio de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional.

8 Historia de la Ley N°20.084. Página 351 de 1207. Primer Trámite Constitucional, Discusión en Sala, Cámara de Diputados.

9 Historia de la Ley N°20.084. Página 615 de 1207. Segundo Trámite Constitucional Senado. Segundo Informe Comisión de Constitución.

Integración social en la sustitución de condena del caso A.D.V.M.

A continuación, se revisará el pronunciamiento judicial a raíz de la solicitud de sustitución de pena para el caso A.D.V.M. poniendo especial atención en el modo en que son significadas las ideas y conceptos psicosociales de integración social, según lo que entiende la literatura revisada por inserción, inclusión o integración social.

A.D.V.M. permanecía integrado socialmente previo a la comisión del delito, puesto que era parte de un contexto que le otorgaba sustento: pertenencia familiar, escolar y comunitaria, pudiendo proyectar incluso un promisorio proceso educativo, acorde con su realidad socioeconómica tal como los señalan autores examinados que se refieren al concepto de integración social (Castel, R. 1997, Raya, E 2002, Xiberras, M. 1993, Pérez De Arce 2003). Por lo mismo, no puede ser examinado este caso, en exclusiva, desde la exclusión social, ya que cualquier limitación al acceso de educación de A.D.V.M., siendo la educación un factor tan elemental en la integración social, podría considerarse una grave des-integración del sujeto. Si sólo observamos la sustitución desde el prisma de la exclusión social, llegamos al absurdo de que A.D.V.M. hubiese estado en posición de solicitar sustitución de la condena al día siguiente de haber sido notificado de la sanción judicial.

Así, la fundamentación de sustitución de la condena de A.D.V.M. basada únicamente en la integración social resulta, ciertamente ilógica y contradictoria con el espíritu de la norma, amén de hacer vacuo e irrelevante todo el procedimiento investigativo, acusatorio y sancionador llevado por el aparato de justicia penal.

Es fundamental hacer notar, en el caso de A.D.V.M., que su proyecto personal de continuar los estudios -argumento expuesto para razonar sobre la integración social y su derecho a sustitución de condena- no se observa relacionado con la responsabilización, es decir, con una reflexión interna sobre la conciencia de sus actos y con la reparación de la víctima.

Coincidente con este razonamiento es la Resolución de la Ilustre Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 13 de abril de 2009, que se pronuncia revocando la resolución de Juez de Garantía, que diera lugar a la solicitud de sustitución condicional de la pena de internación en régimen cerrado por la internación en régimen semicerrado. La Corte se hace cargo, expresamente, del argumento del abogado defensor en orden a que el Art. 53 de la Ley 20.084 tomaría en cuenta para sustituir la pena, exclusivamente, el factor “integración social del condenado”. Con respecto a ello, señala que tal interpretación constituiría un “absurdo sistemático, lógico y jurídico”, puesto que habilitaría al Juez de Garantía a alterar el sistema sancionatorio de la ley, y con ello su finalidad (retribución y prevención especial, establecidos en la sentencia definitiva).

En el mismo tenor de lo señalado por la mentada resolución¹⁰, consideramos primordial que el sujeto que postule a la sustitución de la condena deba haber realizado un proceso personal de cambio trascendente que se verifique a través de su acercamiento a los fines de la sanción que se le impuso. En este marco, es del todo insuficiente la sola consideración del instante u oportunidad de inserción o integración social del condenado como único y exclusivo requisito para la concesión de la sustitución.

Para proceder a la sustitución, agrega la Corte, es necesario que se justifique en el caso concreto, a través de antecedentes posteriores, un “cambio efectivo de los patrones de conducta del condenado”. De este modo, es sensato esperar que el adolescente haya tomado conciencia del acto delictivo cometido y del daño provocado, manifestando una genuina reflexión interna y una real disposición a reparar a la víctima, en cuanto ello sea posible, todo lo cual coincidiría con los fines de responsabilización que plantea la norma. Complementariamente señala la Corte que, para ilustrar este cambio de conducta, no será suficiente el cumplimiento de las actividades asignadas al condenado y la observación de la disciplina del centro de internación, puesto que ello puede no ser más que la acomodación de conducta a las condiciones de internamiento y, por tanto, una demostración de la adaptación a la privación de libertad. Al respecto, los informes de sustitución emanados de SENAME no describen si el joven se ha hecho responsable por el delito que protagonizó, si manifiesta un cambio evidente en su conducta, o si es capaz de proveer a la familia de la víctima de una efectiva reparación. Y consideramos que estos son, efectivamente, los aspectos que falta demostrar si están presentes en el proceso de A.D.V.M. para dar cuenta que el joven se encamina al cumplimiento de los objetivos de la sanción impuesta, haciendo pertinente una sustitución de la condena.

En cuanto a los informes de sustitución de condena que confecciona SENAME, a partir de su análisis y de las directrices de ese organismo¹¹, consideramos oportuno referirnos nuevamente a los conceptos de responsabilización y de reparación, a propósito del informe preparado por SENAME utilizado en la solicitud de sustitución de A.D.V.M.

Antes, precisar que la resolución de la I. Corte de Apelaciones de Copiapó indica que los términos del informe SENAME emitido al efecto no fundamentan la asunción de responsabilidad por parte del condenado. En este reporte técnico sólo se alude a que la muerte de la víctima fue calificada por el hechor

10 (...) que toma en consideración a la hora de revocar, el análisis “global e integrado de la necesidad de reinserción social con la totalidad de principios, fines y criterios que, en el caso concreto, justificaron la imposición de la pena”. Vale decir, vincula a la sustitución, los criterios tenidos a la vista en la sentencia definitiva para determinar la pena original.

11 Sistema nacional de atención socioeducativo para adolescentes infractores de ley. Período 2006 – 2010. SENAME, marzo 2007.

como un evento “trágico”, sin ahondar en un proceso de toma de conciencia, sino, al contrario, graficando un importante conflicto del condenado con su responsabilización.

Para salvar las dificultades descritas en este caso, nos parece que el instrumento técnico que debe emitir SENAME en las solicitudes de sustitución de condena debieran enfocarse desde una óptica descriptiva de los componentes cognitivos y conductuales que reflejaran la forma en que está operando la responsabilización en el adolescente. Desde el ámbito cognitivo, informar si el joven ha asimilado la creencia o convicción sobre responder por el mal causado a un tercero, en especial, si incorpora en su aparato psíquico a la persona-víctima y sus derechos, así como también informar sobre la forma en que el adolescente ha incorporado la idea de responsabilidad y si tiene coherencia para él responder por el acto cometido. Sobre el componente conductual de la responsabilización, debieran dar cuenta de los actos o gestiones concretas efectuadas por los adolescentes para responder a la víctima o a la comunidad que evidencie una responsabilización trascendente ligada a acciones de reparación acordes a las historias de vida y procesos de madurez de cada caso.

Sobre el componente reparación, los informes de SENAME ponen su acento en las necesidades del adolescente, es decir, se refieren a áreas individuales susceptibles a una intervención socioeducativa. Pero, de este modo, no resulta una comprensión útil para la evaluación de la presencia o no de una actitud reparatoria hacia la víctima que pudiera ser compensatoria por el daño o trauma ocasionado a partir del delito cometido. Sería más conveniente que los informes describieran cómo el joven ha generado empatía y solidaridad con el dolor de la víctima, informar por ejemplo si cree que es capaz de hacer algo por ella que intente reparar el daño, y cómo puede llevar a cabo estas acciones.

Finalmente, coincidimos con el fundamento básico que subraya la ICA de Copiapó hacia el final de su resolución sobre el caso, en el sentido de la necesaria verificación de que en el sujeto que solicita sustitución de la condena haya operado ese “cambio, objetivo, concreto de los patrones de conducta”, que llevaron al condenado a cometer el delito.

Referencias bibliográficas

- Biblioteca del Congreso Nacional, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, publicación de fecha: 07.12.2005.
- Castel, Robert (1997), *Las Metamorfosis de la Cuestión Social. Una crónica del salariado*, Buenos Aires, Paidós.
- Pérez De Arce, Fernando (2003) *Dimensiones sociales y psicosociales de la Exclusión. Investigación para optar al DEA*. Departamento de Psicología Social. Madrid: UCM.

- Resolución Rol Corte N°71-2009, de la Ilustre Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 13 de abril de 2009.
- Saracostti, Mahia. Los(as) jóvenes jefes de hogar: principales características de sus trayectorias laborales, formas de exclusión y estrategias de solución. Santiago de Chile: Escuela de Trabajo Social, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.
- Xiberras, Martine. (1993) Les théories de l'exclusion, Paris, Meridiens Klincksieck.
- Raya Díez, Esther (2004) Exclusión social y ciudadanía: claroscuros de un concepto. Aposta: Revista de ciencias sociales, ISSN 1696-7348, N°9.
- Raya Díez, Esther (2002) Estudio de la exclusión social desde una perspectiva subjetiva. Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política, ISSN 0214-7912, N°32, pags. 107-120.
- Winnicott, Donald (1990) Deprivación y Delincuencia. "Las raíces de la agresión", pág. 112. Buenos Aires, Paidós.

DECISIONES JUDICIALES ACERCA DEL CONCEPTO “CONVIVENCIA”

María José Taladriz Eguiluz¹

La Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar incorporó al conviviente y exconviviente como posible sujeto pasivo de los delitos de violencia intrafamiliar y, específicamente, al conviviente en el delito de parricidio, sin que este concepto, ni la relación de convivencia, fueran definidos por el legislador, pero reconociéndose una realidad acorde con la evolución social de la familia².

No obstante, no se estableció en la ley si la convivencia comprende parejas del mismo sexo, así como tampoco un período mínimo de duración de la relación de hecho, ni otra característica temporal, debiendo corresponder a los tribunales de justicia determinar bajo cuáles circunstancias, un lapso concreto de tiempo, puede llegar a constituir y dar cuenta de una situación de convivencia.

Si bien la historia de la Ley N°20.066 deja constancia que el legislador puso énfasis en la permanencia y estabilidad de la relación y que no puede darse el sentido literal del Diccionario de la RAE, “vivir en compañía de otro u otros”³, sino que debe tratarse de una relación homologable a la idea de matrimonio, durante la discusión parlamentaria del precepto, que pasó a ser artículo 5° de la Ley N°20.066, que se refiere a quienes pueden ser sujetos pasivos de violencia intrafamiliar, “...*la Comisión acordó dejar constancia, para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, que no hace falta agregar una frase alusiva al “progenitor del hijo común”, pues dicha hipótesis queda cubierta por la disposición, que alcanza a quien tenga o haya tenido una relación de convivencia con el ofensor, toda vez que la ley no fija un mínimo de tiempo para tal convivencia, la que, por lo tanto, puede haber sido efímera*”⁴.

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Sobre la evolución social de la familia puede revisarse, entre otra, la siguiente bibliografía: ROCA GIRONA, J. Ni contigo ni sin ti: Cambios y transformaciones en los roles de Género y las formas de convivencia. Revista Sexualidad, Género, Cambio de roles y nuevos modelos de familia. Universidad Miguel Hernández. España, 2008; BECK, U. BECK-GERNSHEIM, E. El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2001; y SORIANO RUBIO, S. Parejas del mismo sexo en NAVARRO GÓNGORA, J., PEREIRA MIRAGLIA, J. Parejas en situaciones especiales. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- 3 Opinión del Senador Viera-Gallo del que da cuenta el Informe de la Comisión Mixta, del Segundo Trámite Constitucional, Boletín N°2.318-18, pág. 8.
- 4 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificacio-

En consecuencia, no es posible exigir requisitos a la convivencia, que no se desprenden del tenor literal de la Ley, ni de su espíritu.

Se agrega a lo anterior, que pese a que con anterioridad a la Ley N°20.066⁵, la legislación penal ya había incorporado la expresión “conviviente” en una serie de disposiciones, ninguna de ellas definió los términos “convivencia” o “conviviente”, así como tampoco estableció los supuestos que debe reunir una relación para ser jurídicamente calificada como convivencia, ni los que deben concurrir en una persona para ser calificada de conviviente⁶.

En este documento se pretende dar a conocer algunas decisiones judiciales sobre el alcance y los elementos del concepto “convivencia” que han sido planteadas ante diversos tribunales y Cortes de Apelaciones del país como consecuencia de la investigación de los delitos de maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N°20.066) y de parricidio (artículo 390 del Código Penal), a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°20.066 el 07 de octubre de 2005, y que resultan relevantes a la hora de determinar la aplicación del estatuto de violencia intrafamiliar a un caso en particular.

1. La convivencia alcanza tanto a parejas heterosexuales, como a aquellas del mismo sexo

1.1. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de 8 de enero de 2007, Rol Ingreso Corte N°373-2006

Fiscal: Cristian Alfonso Durruti
Ruc N°: 0600284381-k
Delito: Maltrato Habitual

El tema fue zanjado ante los tribunales de la IV Región. Primeramente el Juzgado de Garantía de Combarbalá, por sentencia de 14 de noviembre de 2006,

nes en la Ley N°19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, Boletín N°2318-18, pág. 34.

- 5 A diferencia de la Ley N°19.325, la Ley N°20.066 regula no sólo la violencia intrafamiliar de carácter civil, sino también a aquella constitutiva de delito. Por ello, además de establecer como sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar a quienes tengan o hayan tenido una relación de convivencia con el ofensor (artículo 5 de la Ley N°20.066), modifica el artículo 390 del Código Penal y la 4ª circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 del mismo código, para incluir al conviviente (letras a) y b) del artículo 21 de la Ley N°20.066).
- 6 Es el caso, entre otras, de la Ley 19.617, de 12 de julio de 1999, que introdujo un nuevo inciso 2º al artículo 259 del Código Penal y de leyes que introdujeron modificaciones en materia de delitos sexuales (Ley 19.874, de 13 de mayo de 2003 que modificó el inciso 4º del artículo 369 del Código Penal, y Ley 19.927, de 14 de enero de 2004 que modificó el artículo 367 bis del Código Penal), además del Código Procesal Penal, de 12 de octubre de 2000, que incorporó la expresión “conviviente” en la letra c) del inciso 2º de su artículo 108 y en el inciso primero de su artículo 302.

condenó al imputado como autor de dos delitos de maltrato habitual, tratándose de convivientes del mismo sexo, en que uno de ellos ejerció violencia física y psicológica habitual en contra del otro y violencia psicológica habitual en contra del hijo de éste. El fallo hace extensivo su alcance a las personas del mismo sexo, en los siguientes términos:

Considerando quinto:

“QUINTO: Que los antecedentes singularizados en el motivo primero, unidos al reconocimiento de responsabilidad hecho por el imputado en la audiencia, todos coincidentes con la descripción de hechos efectuada en el requerimiento del ministerio público, resultan bastantes a esta juez para tener por acreditado que durante los meses de noviembre de 2.005 a abril de 2.006, el requerido Honorino Esteban Muñoz Tapia convivió con don Manuel Eduardo del Tránsito Iglesias Aguilar en la propiedad de este último, ubicada en calle Libertad N°572, Combarbalá y ha tenido a su cuidado al hijo de éste, llamado Manuel Alejandro Iglesias Rojas, quien padece de un retardo mental, época durante la cual, en el interior del citado inmueble, en reiteradas oportunidades profirió insultos y propinó golpes en diversas ocasiones a Manuel Alejandro Iglesias Rojas y Manuel Eduardo del Tránsito Iglesias Aguilar.

Que los hechos descritos son constitutivos de dos delitos de maltrato habitual, previstos y sancionados en el artículo 14 de la ley 20.066, en relación con el artículo 5 del mismo cuerpo legal, en grado consumado, en los que le ha cabido participación al requerido en calidad de autor.

Con respecto a la solicitud de recalificación hecha por la defensa es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 20.066, según el cual la violencia intrafamiliar se puede dar respecto de “quien” tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de “convivencia” con él. En primer término, nuestro legislador utiliza la voz “quien” sin distinción alguna, queriendo referirse a una persona, sin distinción de sexo y, por otro lado, la palabra convivencia quiere significar la cohabitación entre personas unidas por un vínculo afectivo y que goza de cierta estabilidad, sin importar el sexo de sus integrantes. Por lo demás, es preciso tener presente la evolución de la normativa sobre violencia intrafamiliar existente en nuestro país que ha debido ir abriéndose paso a la realidad, ampliando enormemente el ámbito dentro del cual es posible estar frente a un acto de esta naturaleza, así, la ley 19.325 consideraba que sus disposiciones sólo eran aplicables a aquellos casos en que los involucrados tenían entre sí cierto grado de parentesco o eran cónyuges, siempre que vivieran bajo el mismo techo. Con la ley 20.066 se amplió su ámbito de aplicación, haciéndola extensiva a un sinnúmero de otras situaciones y relaciones, entre las lógicamente se encuentra la convivencia entre personas de un mismo sexo. Esta magistratura estima que de acogerse la tesis planteada por la defensa se produciría una odiosa e inconstitucional discriminación y se dejaría en desprotección a quienes siendo convivientes de un mismo sexo sean víctima de violencia intrafamiliar.

Con respecto a la alegación subsidiaria de la defensa en el sentido que en este caso se configura únicamente un delito de maltrato habitual y no dos como lo ha esgrimido el fiscal, esta magistratura la desestimaré, toda vez que aún cuando para la configuración de un delito específico de maltrato habitual hay que atender al número de actos ejecutados con independencia de la persona sobre quien haya recaído, ello no es óbice para que se puedan configurar dos o más delitos de esta naturaleza respecto de personas distintas, siempre que respecto de todos ellos se verifiquen los requisitos de la violencia intrafamiliar, esto es, que exista una agresión verbal o síquica que afecte la integridad física o síquica del ofendido con quien se tenga una de las relaciones que contempla el artículo 5 de la ley 20.066. A mayor abundamiento, hay que tener presente que normalmente los actos de violencia intrafamiliar, aunque dirigidos a diversas personas, afectan la integridad de todos los miembros de una familia, pero ello no obsta a que se puedan verificar mediante diversos actos malos tratos habituales contra personas distintas, en la medida que lo que se haya pretendido sea precisamente la afectación de la integridad de esas diferentes personas, que es lo que se ha producido en este caso, pues de las declaraciones de los ofendidos, testigos e incluso del propio imputado queda de manifiesto que se produjeron actos destinados indistintamente a menoscabar la integridad física y síquica de ambos ofendidos, así, respecto de Manuel Iglesias Rojas, normalmente éstos iban destinados a denostarlo síquicamente burlándose de su discapacidad mental, en tanto que respecto de don Manuel Iglesias Aguilar principalmente había una vulneración de su integridad física en una relación de poder entre quienes constituyen pareja...”

La Defensa interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por la Juez de Garantía de Combarbalá, por la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al aplicarse erróneamente lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del artículo 5 de la Ley N°20.066.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena concuerda con el razonamiento expuesto en el considerando quinto del fallo en alzada, por lo que concluye que la sentencia se encuentra ajustada a derecho, toda vez que el concepto “conviviente” incluye en forma extensiva a aquél unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar, y en consecuencia rechaza el recurso de nulidad deducido por la Defensa⁷.

El fallo sostiene en su considerando tercero:

“TERCERO: Que la calificación de si es o no es convivencia, para los efectos del artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la que puedan mantener parejas del

⁷ Dictada con el voto en contra del abogado integrante don Santiago Augusto Cabrera Cifuentes, quien estuvo por acoger el recurso de nulidad interpuesto.

mismo sexo, es una cuestión valórica, como acertadamente lo manifestó en la vista de la causa el propio defensor del imputado.-

En consecuencia, si tal determinación es una cuestión de interpretación o valórica de los hechos, mal puede el juez de garantía haber incurrido en una errónea aplicación del derecho, toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infundado, como se desprende, en particular, de la lectura del considerando quinto del fallo impugnado, máxime si la formalización fue por el mismo delito del artículo 14 de la Ley N°20.066 en relación con el artículo 5 del mismo cuerpo legal.

En síntesis, la jueza a quo, al establecer que sí existió convivencia de connotación familiar o afectiva entre Honorino Esteban Muñoz Tapia y Manuel Iglesias Aguilar, ponderó los hechos y aplicó el derecho según su leal saber y entender, y a este respecto es preciso tener presente que, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, a las Cortes de Apelaciones, conociendo el recurso de nulidad a que se refieren los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, les está vedado alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia, en este caso, del Juez de Garantía; si lo hicieran, señala tal opinión, resultaría que magistrados que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el juicio oral (en este caso, procedimiento simplificado), estarían modificando hechos de los que sólo toman un conocimiento mediato, con lo que se arruinaría lo que ha sido uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la nueva reforma procesal penal, como es el principio de la inmediatez.

Además, resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valórico sobre un tema jurídico en conflicto, máxime en este caso, en que la resolución de la jueza a quo señala pormenorizadamente los antecedentes, incluso constitucionales, que la convencen para su decisión”.

Finalmente, el considerando sexto del fallo, agrega a las razones contenidas en el considerando quinto del fallo en alzada, “... que la ley no distingue si “quien” tenga o haya tenido la calidad de conviviente con el autor del maltrato familiar ha de ser una persona de distinto sexo del ofendido, o puede ser del mismo sexo, por lo que no corresponde al intérprete desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu”.

Lo resuelto por la Juez de Combarbalá y por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, no sólo resulta acorde con el deber de protección a víctimas y testigos que tiene el Ministerio Público, consagrado a nivel constitucional y legal (artículos 5 inciso 2º, 19 N°3 y 83 Constitución Política del Estado; artículo 1º de la Ley N°19.640 y artículos 6º, 78, 109, 289, 308 y 322 del Código Procesal Penal), sino especialmente con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley N°20.066, que al referirse a “una relación de convivencia”, no ha establecido como requisito de la misma, el que esta relación se lleve a cabo entre personas de distinto sexo.

Una decisión en otro sentido hubiese implicado una decisión arbitraria y desajustada a la realidad de parejas homosexuales, en las que pueden darse las mismas dinámicas de poder, control y manipulación que en las heterosexuales⁸.

2. Elementos y cese de la convivencia

La jurisprudencia revisada, da cuenta que para determinar si una situación en particular corresponde o no a una relación de convivencia entre dos personas, supone el análisis de elementos o circunstancias que pertenecen necesariamente al plano de lo fáctico. Así los sentenciadores han establecido como elementos de la misma: la existencia de un proyecto en común o intencionalidad de actuar unitariamente, permanencia en el tiempo y notoriedad de la relación. No obstante, en algunos casos se ha discutido como requisitos de esta relación, el vivir bajo un mismo techo, así como también la mantención de la calidad de convivientes respecto de quienes interrumpen la cohabitación y de quienes mantienen una relación de cohabitación paralela.

2.1. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, de 28 de marzo de 2008, Rol Ingreso Corte N°235-2008

Fiscal: Héctor Ávila Zamora

Ruc N°: 0700167516-2

Delito: Parricidio

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, por sentencia de 17 de febrero de 2008, condenó al acusado a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, sin costas, como autor de un crimen de parricidio en grado de consumado.

Considerando decimosegundo:

“DUODÉCIMO: Que, en el mismo sentido, para dar por justificado el vínculo requerido en el artículo 390 del Código Penal, para castigar a título de parricidio el presente crimen, se tuvo presente lo expuesto por la testigo Silvana Pisani Cárdenas, en razón de cuyo testimonio y los medios de prueba que pasaran a exponerse, estos sentenciadores pudieron constatar que efectivamente el acusado al momento en que acaeció el hecho punible y con anterioridad a éste, tenía la calidad de conviviente de

8 El informe de los National Institutes of Health del año 2000 estableció que “los convivientes del mismo sexo registraron una violencia con la pareja íntima significativamente mayor que los convivientes de sexos opuestos”. El 39,2% de las lesbianas declaró haber sido agredida físicamente, acosada o incluso violada por su pareja del mismo sexo. Entre los varones homosexuales, un 15,4% admitió haber sufrido estas actividades (Estos datos se obtuvieron en ForumLibertas.com, en nota de 21 de marzo de 2007).

Juana Melín Paillalí, esto es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, fuente a la que debe acudirse dado la falta de una definición legal del concepto, que era una de las personas con quien comúnmente vivía, o lo que es lo mismo, cohabitaba, es decir, con quien hacía vida marital, toda vez que del invocado atestado quedó claro que los hijos de la ofendida Gustavo y Lientur Melín Melín estaban al tanto de la mentada situación, considerando que el primero de los nombrados –el mayor, quien no supera los trece años de edad–, le dijo a esta testigo, que la relación entre la víctima y el agresor comenzó a mediados del 2005, la que desembocó derechamente en una convivencia a finales del citado año, cuando Huircaleo Maril llevó su ropa a la casa, unión que era de conocimiento de los tíos y que se prolongó hasta que se desencadenaron los hechos, añadiendo que el encausado quería tomar el control de la familia, mandar, hacerse el jefe de hogar y tomar el poder para disponer del dinero, llegando permanentemente a dormir al inmueble. El testimonio en comento fue apoyado de forma consonante por el de Hernán Melín Paillalí en lo concerniente a que el acusado vivía cerca de dos años y medio con su hermana Juana en la casa de ella, con la que trabajaban juntos en el campo, manteniendo ropa en el lugar, no siendo aceptado por el resto de la familia. En el mismo sentido, por el de los carabineros Ismael Figueroa Araya y Alexi Sobarzo Martínez, quienes dieron cuenta que practicaron en diferentes horarios, 5 a 7 notificaciones judiciales por pensión alimenticia al enjuiciado, las que llevaron a cabo desde el año 2005 en el domicilio de la víctima, individuo que se encontraba dentro de la casa o en las inmediaciones del predio, el que acudía al interior del inmueble a buscar su cédula de identidad. Asimismo, el funcionario Wolrradino Muñoz Caamaño indicó que el acusado al momento de prestar declaración a la medianoche del día en que se cometió el ilícito reconoció que hacía vida de pareja con la ofendida, lo que acontecía desde el año 2006. Por último se tuvo en cuenta el informe de análisis de ADN N°D-1023/07 al D-1025/07 el que en su parte conclusiva señala que la muestra de contenido vaginal tomada desde el cuerpo de la ofendida, según se consignó en el informe B606-613/2007, al que la perito Riquelme Zornow hizo referencia en su exposición, presenta un perfil genético masculino que coincide con un 98,5% de probabilidad, con el perfil de la muestra correspondiente a Romualdo Huircaleo.

Así las cosas, de los medios de prueba invocados aparece que Romualdo Huircaleo Maril y Juana Melín Paillalí, mantenían desde al menos un año y medio aproximadamente una relación permanente y estable en el tiempo, que son los atributos principales que en opinión de estos jueces deben ser exigidos para dar por establecida una vinculación de convivencia, cuyo es el caso que nos ocupó, ya que compartían un mismo techo –el inmueble de propiedad de la afectada–, situado en la comunidad Melín Paillalí, en donde interactuaban de manera normal y común, no sólo entre ellos, sino con los hijos de Juana Melín, teniendo un proyecto de vida conjunto, atendida la conducta desplegada por el acusado en cuanto a asumir responsabilidades de jefe de hogar, de manera de conformar una familia de acuerdo a los cánones social y generalmente aceptados, rigiendo el destino de todos los habitantes de la casa, existiendo además una comunión afectiva y material, como lo demuestra el examen de

ADN invocado en el párrafo anterior, el que testimonia al amparo del conocimiento científicamente afianzado, que ambos tuvieron un encuentro sexual horas antes de consumarse el delito, lo que es propio del actuar de dos personas que mantienen una unión bajo un mismo techo, circunstancias y razonamientos que informan y dan sentido a la valoración realizada por el Tribunal, que sustentan la convergencia del citado elemento del tipo penal parricidio, que permiten estimar que se está en presencia de, empleando terminología de derecho comparado, un “asesinato”, atendido el mayor disvalor que el legislador penal asigna a esta conducta, la que atenta sustancialmente contra el orden de la familia, reconociéndose y amparándose de este modo una realidad -la convivencia-, que cada día está más presente en la sociedad”.

La Defensa recurrió de nulidad solicitando la invalidación de la sentencia de conformidad a lo dispuesto en los artículos 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, esto es, el principio del “non bis in idem”, y como por considerar conviviente al imputado como sujeto activo del tipo penal de parricidio. Declarándose inadmisibles, la primera de estas causales, por resolución del mismo día de la vista.

En cuanto a la segunda situación de nulidad, fundada en haberse considerado conviviente al imputado en circunstancia que según la recurrente no lo sería, fundándose en lo establecido en el considerando décimo segundo, de la misma sentencia, ya transcrito.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa, estableciendo lo siguiente:

Considerandos primero y segundo:

“1.- Que los fundamentos del fallo para determinar la calidad de conviviente del encausado son cuestionados por la recurrente, expresando que no basta para determinar tal condición recurrir a la definición del Diccionario de Real Academia de la Lengua, sino que deben tomarse en cuenta todos los elementos que asimilen la convivencia a vida marital, calidad que niega la relación que existió entre víctima y victimario. Afirma la recurrente que el sentenciador asimila el convivir a cohabitar, entendido como hacer vida marital, lo que no viene sino a fortalecer la teoría de la defensa en orden a que no se configuran los elementos para poder asimilar la situación fáctica a una convivencia, pues esta a su vez debe ser asimilable a una vida marital o lo que es lo mismo, a la calidad de cónyuges, con los derechos y deberes que implica esta calidad.

Agrega, que el tribunal no determinó los requisitos que a su juicio se cumplan para establecer la calidad de conviviente, debió ser más riguroso porque pretendía probar la calidad de “cónyuges”, señalado por el propio sentenciador. Y la defensa, por su parte realizó una exposición detallada y pormenorizada de los requisitos que se debían cumplir para determinar la calidad de conviviente o no, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina. Cuestiona que la ofendida no reconoció ante carabineros la

calidad de conviviente en los actos de notificaciones y a estos no les constaba que el encausado viviera en el domicilio. Señala que no existe claridad en la fecha de inicio de la supuesta convivencia. Hace ver que no está presente en la relación de pareja, la idea de formar una familia, el enjuiciado tenía otra relación, con Judith, la hija de la machi, con la que se quedaba varios días, y lo reconoce la sentencia en el considerando décimo séptimo. No concurre la sociabilidad, nunca fue presentado a la familia ni aceptado por la familia de la víctima. No existía igualdad económica, los ingresos los ponía la víctima. Por último, argumenta que la furtividad de las relaciones sexuales existentes entre víctima y victimario, no pueden asimilarse en ningún caso a la calidad de conviviente.

2.- Que la sentencia recurrida en su considerando décimo séptimo, se hace cargo de “los alegatos destinados a desechar la concurrencia del elemento convivencia en la decisión adopta, tampoco pueden prosperar en atención a los argumentos planteados en el motivo duodécimo, en que estos jueces abordaron los razonamientos y medios de prueba que se tomaron en cuenta para dar por justificado el tipo penal contemplado en el artículo 390 del Código sustantivo y no otro, teniendo a la vista que si bien el acusado pudo tener otra relación sentimental, ella no fue óbice para perturbar el vínculo de cohabitación que mantenía con la afectada Melín Paillali, en la forma que se dio por justificado en el motivo reseñado;

2.- Que, ha sido precisamente el considerando doce que cita la parte que recurre que le ha servido de fundamento para impugnar la sentencia, centrándose la cuestión en que la sentencia no concluye estableciendo todos los elementos propios de la convivencia, que la asimila a vida marital y ésta a matrimonio con todos sus derechos y obligaciones.

Si fuere como lo sostiene la recurrente la vida marital sería equivalente absolutamente a matrimonio, cuando la realidad jurídica y la experiencia nos enseña que una corresponde a vínculo legalmente contraído mediando el contrato matrimonial y la otra es una relación de hecho. Los jueces de fondo a la relación sentimental existente entre víctima y victimario, teniendo en cuenta que vivían bajo un mismo techo, trabajaban juntos y cohabitaban concluyeron que el hecho de la convivencia estaba acreditado, aspecto en que son soberanos los jueces para determinarlo. Y si se estimare que el concepto de convivencia es una cuestión de orden jurídico, los elementos de juicio ponderados por los jueces de fondo, la establecen porque, como se ha dicho, la convivencia es una relación interpersonal distinta al matrimonio y los jueces recurridos claramente la configuraron. Por último, puede existir a matrimonio sin convivencia, puede haber un cónyuge ausente y pueden ocurrir diversas situaciones en dicha relación jurídica. En cambio, la convivencia la determinan los hechos y son los jueces quienes deben en definitiva configurarla...”

De la lectura de esta sentencia, se concluye que:

- La convivencia es una cuestión de hecho, y en definitiva, son los jueces quienes deben determinar los hechos a partir de los cuales es posible con-

figurarla, analizando las circunstancias que envuelven cada caso en particular. Dentro de los supuestos que determinan la existencia de este tipo de relación, es posible considerar el vivir bajo un mismo techo víctima y victimario, trabajar juntos y cohabitar.

Sobre este punto, la historia de la Ley N°20.066 establece que el H. Senador Chadwick indicó que matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge, con lo cual la norma del parricidio queda acorde con las disposiciones de este proyecto, agregando que, en todo caso, como *la convivencia es una situación de hecho* que no está definida legalmente, su existencia y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia⁹.

- No es posible asimilar la relación de convivencia a la vida marital, ya que no resulta equivalente absolutamente al matrimonio, pues mientras la convivencia es una relación de hecho, el matrimonio implica un vínculo legalmente contraído mediante el contrato de matrimonio regulado en el artículo 102 del Código Civil, con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva. En consecuencia, no resulta equiparable la convivencia al matrimonio, pues se trata de una relación interpersonal distinta, pudiendo existir un matrimonio sin convivencia, como ocurre cuando se ausenta uno de los cónyuges.
- Por último, en cuanto a la posibilidad de mantener una relación de convivencia con alguien que mantiene una relación sentimental paralela, ello puede ser posible, si dicha circunstancia no perturba el vínculo de cohabitación que mantenía con la víctima.

2.2. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, de 9 de agosto de 2007, Rol Ingreso Corte N°71-2007

Fiscales: Patricio Llancamán Nieto y Enrique Rodríguez Casanova

Ruc N°: 0500667758-6

Delito: Parricidio

Una Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique dictó sentencia con fecha veintiocho de mayo del 2007, condenando al acusado a la pena de presidio perpetuo simple y accesorias legales por su responsabilidad como autor del delito de parricidio. La Defensa dedujo recurso de nulidad, fundada en la existencia de la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e), y en subsidio, en aquella contemplada en el artículo 373 letra b), ambos del Código Procesal Penal.

⁹ Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en Segundo Trámite Constitucional, Boletín N°2318-18, pág. 49.

La Defensa sostuvo que el concepto de convivencia se habría elevado a la categoría de concepto jurídico-legal, por lo que correspondería su definición a la ciencia del derecho con preeminencia de otra ciencia social. Argumentando que la sentencia no se conforma a derecho, pues, si bien, en los fundamentos respectivos se habría establecido la existencia de la convivencia, a partir de la estabilidad del vínculo y de la unión afectiva entre el sentenciado y la víctima, no se habría dado razón alguna para concluir por qué un período de 9 meses es suficiente para estimar que la relación es permanente y estable, en circunstancias que tanto la legislación comparada, como la jurisprudencia han señalado plazos superiores a aquél para considerar una relación de convivencia. El recurrente cita como ejemplo de ello, el proyecto de ley, de fecha 12 de abril de 2006, que establece la regulación para las uniones de hecho, fijando un período no inferior a tres años para acogerse a dicha ley¹⁰.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, en el mismo sentido que la Corte de Temuco, rechazó el recurso interpuesto.

Considerando quinto:

“Quinto: Que en primer término, cabe tener presente la naturaleza del recurso de nulidad, vale decir que se trata de uno de derecho estricto, de lo cual se sigue que atendidas sus características este Tribunal cuenta con una competencia limitada para la revisión del fallo, y por ende no constituye una instancia en la que se puedan analizar los hechos establecidos en el juicio, sea para modificarlos o alterarlos. Luego, en la medida que por su intermedio se pretenda cambiar la situación de hecho que los jueces del fondo, en el ámbito de sus atribuciones propias y exclusivas, han tenido por acreditada y respecto de la cual efectuaron su calificación jurídica, dicho recurso debe ser desestimado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe también señalar que la determinación sobre la calidad de conviviente que tenía la víctima respecto del imputado, para los efectos de establecer una correcta calificación del delito, es una cuestión de hecho que, por mandato legal, ha quedado entregada a los sentenciadores, quienes, en el caso en comento, actuaron en uso de sus facultades y con el conocimiento que de los antecedentes tuvieron de manera directa e inmediata, fundamentando adecuadamente sus conclusiones, por lo que mal puede atribuírseles una errónea aplicación del derecho, toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infundado, como se desprende, en particular, de la lectura del considerando séptimo del fallo impugnado.

En efecto, conforme a la modificación introducida al Código Penal, a través de la ley 20.066, de fecha 7 de octubre de 2005, por medio de ella se incorporó como posible sujeto pasivo del delito de parricidio al conviviente. Ahora bien, tal como lo anota el recurrente, el legislador no definió en este caso el concepto de conviviente, sin embargo

10 Boletín N°4153-18.

debe tenerse que el mayor desvalor asignado a este delito radica en que con él se atenta contra el orden de las familias, por lo que se ha equiparado, para efectos penales, el vínculo de convivencia al del matrimonio, reconociendo una realidad que era posible advertirla con nitidez en la evolución social de la familia”.

Considerando sexto:

“Sexto: Que por lo anterior, es perfectamente posible, tal como ha sido sostenido por el Tribunal recurrido, que para que una relación de hecho pueda tener el mismo trato que el matrimonio ésta deba cumplir una serie de características, basadas principalmente en la estabilidad del vínculo y la unión afectiva existente entre el sentenciado y la víctima, razonamiento con el cual esta Corte concuerda. En esa misma línea, atendido a que el legislador tampoco estableció un periodo mínimo de duración de la relación de hecho, ni fijó algún plazo u otra característica temporal, corresponde a los jueces determinar bajo qué circunstancias un lapso concreto de tiempo pudo llegar a constituir y dar cuenta de una situación de convivencia, lo cual, a la luz de los fundamentos contenidos en la sentencia recurrida, aparece establecido en armonía con otros elementos de hecho, los que de manera inequívoca condujeron a dicha conclusión, según fuera ponderado, analizado y manifestado debidamente en ella”.

2.3. Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 30 de mayo de 2007

Fiscales: Felipe Sepúlveda Araya y Álvaro Pérez

Ruc N°: 0600074784-8

Delito: Parricidio

Esta sentencia, al igual que las que se mencionan en el número 2.4. de este documento, resulta muy interesante a la hora de analizar si el cese de la cohabitación implica o no el término de la relación de convivencia.

En este fallo se condena al autor de los hechos por el delito de parricidio, sosteniendo que la ausencia del hogar común durante tres días, por parte de uno de los convivientes, no le quita el carácter de tal, pues obedece a un estado reciente y contingente.

Considerando séptimo:

“...3º En cuanto a la concurrencia del presupuesto fáctico de la convivencia, la prueba debe ser analizada bajo el prisma que ésta se estructura en base a la existencia de una vida en común ligada a una relación de familia que se equipara a la relación conyugal, lo que requiere la existencia de un proyecto en común -intencionalidad de actuar unitariamente- y como es una comunidad de hecho deben concurrir, además, ciertos caracteres de facticidad, que son: una vida en compañía o bajo un mismo techo, notoriedad y una relación íntima que se prolonga en el tiempo, lo que otorga caracteres de permanencia y estabilidad a la unión entre un hombre y una mujer, esto es, la proyección en el tiempo para desarrollo de proyecto común. De este modo se

concluye que los requisitos son existencia de un proyecto unitario, residencia en común y prolongación y permanencia de esa residencia y proyecto unitario.

En cuanto al elemento material de residencia física común permanente y que es precisamente la alegación de la inexistencia de una convivencia, es opinión de estos jueces que ésta se mantenía, no obstante que los testigos Carolina Andrea Fuentes Soto, Francisco Javier Fuentes Soto Eva Nelly Fuentes Fuentes; hermana acusado, Enrique Muñoz Roa; cuñado de acusado, Paula Ingrid Muñoz Fuentes, sobrina acusado. Patricia de la Paz Fuentes Fuentes, hermana, refrendados por el Cabo Segundo de Carabineros José Arriagada Gutiérrez; dijeron que el acusado ya no vivía en el domicilio en que habitaba la víctima, pues también de estos mismos relatos también se asienta que esta era una situación no definida.

Que lo primero a destacar a este respecto es que si bien los citados deponentes dicen que el acusado habitaba en otro domicilio, no existe coincidencia en cuanto al la fecha en que habría salido del hogar común, resultando para estos sentenciadores el testimonio mas relevante el de los hijos, por ser aquellos que cohabitaban con víctima y victimario, quienes a este respecto si bien dicen que el padre no estaba en la casa, Francisco Fuentes al referirse a las personas que vivían con él, nombra a su padre y Carolina Fuentes sólo habla de tres días de ausencia, lo que ya expresa un estado reciente y contingente.

Que esta conclusión se refrenda por los dichos del acusado Fuentes Fuentes en tanto expuso que salió del hogar común que tenía con Victoria Soto en el mes de enero, mismo en que le dio muerte, pero que sin embargo le rogaba y le suplicaba volver, que convivió con la víctima por más de 16 años, viviendo en el domicilio de Ezequiel González Cortés, al que iba todos los días para llevarle el dinero a sus hijos y que el fin de semana anterior al de la muerte de Virginia Soto habían departido un fin de semana juntos –igual como lo dijeron sus hijos y otros testigos– incluso la hermana del acusado Eva Nelly Fuentes Fuentes; habla de que después de volver de la playa se veían todos los días cuando le iba a dejar las cosas y supo que habían tenido un encuentro sexual un día sábado y por su lado la sobrina Paula Ingrid Muñoz Fuentes, manifestó que ellos se separaban por peleas y después volvían a vivir juntos, resultando de este modo inconcuso que la cohabitación no había cesado.

Que de los mismos testimonios referidos precedentemente se asienta además que era una relación notoria y prolongada, siendo en este punto relevante además lo expuesto por el hermano de la víctima que cohabitó con ellos alrededor de tres años Gerardo Segundo Soto Olea, quien manifestó que su hermana vivía con Ricardo Fuentes y convivieron 15 años más o menos...”

2.4. Sentencias del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, de 30 de agosto de 2007; de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, de 10 de octubre de 2007, Rol Ingreso Corte N°517-2007, y del Tribunal de Juicio Oral de Talca, de 24 de junio de 2008

Fiscal: Grace Salazar Barra

Ruc N°: 060054072-6

Delito: Homicidio/Parricidio/Homicidio

En cuanto a las sentencias de los tribunales de la VII Región, la recaída en el primer juicio oral condena a su autor por homicidio simple, al señalar que al ocurrir los hechos, ya no existía una relación de convivencia, toda vez que la víctima decidió, unilateralmente, ponerle término, verbalizando dicha voluntad y exteriorizando conductas que fueron claras en tal sentido: abandonar el hogar común, cesar toda relación afectiva con el acusado y los hijos comunes e iniciar una nueva relación amorosa en otro domicilio.

Considerando octavo:

“OCTAVO: Que la tipificación jurídica del hecho como parricidio, propuesta por el Ministerio Público y la querellante, requiere de cierta calidad respecto de los sujetos activo y pasivo, cual es la de “conviviente”, que es la que interesa en este caso, concepto que no se encuentra definido por la ley y por ello corresponde a los sentenciadores conceptualizarlo, para lo cual debe atenderse a las reglas de interpretación que en ella se establecen, como acontece con todos los elementos que contienen el tipo penal y no fueron debidamente explicitados por el legislador.

Al efecto, se debe considerar que la Ley 20.066 de violencia intrafamiliar introdujo en el artículo 390 del Código Penal al conviviente como sujeto pasivo del delito de parricidio, lo que implica darle reconocimiento a una situación de hecho que se asimila al matrimonio, sin que exista tal vínculo formalmente, y que tiene una gran incidencia en nuestro país. Por tal motivo, la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no comprende el sentido y alcance que nuestra idiosincrasia confiere a la expresión convivencia, por lo que es a este último uso general al que se debe atender, unido a la circunstancia de que en materia penal la interpretación debe ser restrictiva. Así las cosas, la calidad de conviviente implica la existencia de una relación similar a la de aquellos que se encuentran unidos por el vínculo matrimonial; es decir, que dos personas, unidas por una relación afectiva de pareja, decidan libremente llevar una vida en común, ejercer con el otro del mismo modo su sexualidad; brindarse ayuda y protección mutuas, proyectarse en común y cierta estabilidad en el tiempo, de tal modo que dicha situación permita ser asimilada a una familia e implica que se sientan y sean percibidos como cónyuges.

En la especie, la prueba rendida en juicio lleva a la convicción que entre víctima y victimario existió ese tipo de relación familiar, puesto que se sintieron, desarrollaron roles y fueron reconocidos como una pareja similar a la formada por cónyuges por

sus familiares y entorno social. Sin embargo, a juicio de estos sentenciadores, dicha relación de convivencia terminó, formalmente, el día 20 de julio de 2006, fecha en que la víctima decidió, unilateralmente, ponerle término y abandonó el hogar común, llevándose sus pertenencias personales, pues, por tratarse de una unión consensual de hecho, su inicio y término debe ser examinado de acuerdo a las circunstancias de cada caso y, en el que se enjuicia, la víctima no sólo verbalizó dicha voluntad sino que exteriorizó conductas que fueron claras en tal sentido; a saber, abandonar el hogar común, cesar toda relación afectiva con el acusado y los hijos comunes e iniciar una nueva relación amorosa con un tercero en el domicilio de su madre, manifestando que deseaba irse a radicar a la ciudad de Santiago. No obsta a esta conclusión que el acusado eventualmente estuviera dispuesto a reiniciar dicha relación de pareja y que hubiera temas pendientes entre ambos, como por ejemplo, si la ofendida, continuaría relacionándose con sus hijos, así como la solución de obligaciones económicas adquiridas durante la convivencia que se extienden más allá del término de ésta.

En consecuencia, no concurriendo uno de los elementos del tipo penal materia de la acusación, cual es que existiera una relación de convivencia entre la víctima y el acusado al momento de perpetrarse el hecho, se desestima la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público y la querellante particular, toda vez que el principio de reserva legal impide considerar que se pueda extender al ex conviviente la figura del parricidio, ya que si el legislador así lo hubiese querido, lo habría explicitado al introducir la modificación legal al artículo 390 del Código Penal a través de la Ley 20.066, como lo hizo en el artículo 5º del citado cuerpo legal, el que no cabe interpretar analógica ni extensivamente, conforme al principio ya aludido”.

Por su parte, la sentencia de la Corte de Apelaciones acogió el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y anuló la sentencia de 30 de agosto de 2007, sosteniendo que los jueces recurridos han vulnerado el verdadero sentido y alcance del artículo 390 del Código Penal, toda vez que al momento de interpretar el sentido de “convivencia” a que alude la referida norma, debió tenerse presente la Ley N°20.066, ya que en ella se establece que la violencia intrafamiliar se ejerce sobre una persona “con la cual se tenga o haya tenido” la calidad de cónyuge o una relación de convivencia.

Considerandos quinto, sexto y séptimo:

“QUINTO: Que los jueces en el apartado octavo reconocen que debe asimilarse la convivencia al vínculo matrimonial, pero arriban a la conclusión, conforme al mérito de los antecedentes del juicio, que en este caso, la víctima puso término unilateral y formalmente a dicha convivencia el día 20 de julio de 2006, cuando abandonó la casa, por lo que no existiendo relación de convivencia no hay parricidio.-

SEXTO: Que el artículo 390 del Código Penal incorpora al conviviente entre los sujetos pasivos del delito de parricidio, asimilándolo al cónyuge, como lo reconocen los propios jueces recurridos. Dicha norma no hace exigible a la convivencia un tiempo de duración determinada para considerar como parricidio la muerte de la pareja,

como tampoco una especie de “caducidad” para dejar de considerar que hubo convivencia, de allí que no resulta ajustado a derecho la interpretación que de la norma citada hacen los jueces recurridos sino que mas bien un arbitrio judicial, tanto más cuando el componente que sustenta este tipo de delito es la existencia de una relación afectiva que se ve alterada por diversas circunstancias, entre ellas, los celos o la exacerbación posesiva del hombre sobre la mujer, conductas que pueden darse durante el matrimonio o convivencia y prolongarse mas allá del término de una u otra, sin olvidar que parte de los miembros de la sociedad optan – en lo cual puede o no estarse de acuerdo– en una convivencia sin sujetarse a las reglas escritas del matrimonio, pero si a sus derechos y obligaciones.–

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, la decisión a que arriban los jueces recurridos la hacen con errónea aplicación del derecho, específicamente, al artículo 390 del Código Penal y a la ley n°20.066, ley esta última que debió tenerse presente al momento de interpretar el sentido de “convivencia” a que alude el artículo del código penal sustantivo citado, ya que en ella se establece que la violencia intrafamiliar se ejerce sobre una persona “con la cual se tenga o haya tenido” la calidad de cónyuge o una relación de convivencia.

A juicio de estos falladores los jueces recurridos han vulnerado el verdadero sentido y alcance del artículo 390 del Código Penal que sirvió de sustento para la dictación de la sentencia recurrida y ese error tuvo un efecto trascendente y concreto para la pretensión de los recurrentes...”.

No obstante lo resuelto por la Corte de Talca, la sentencia recaída en el segundo juicio oral condena al agresor como autor del delito de homicidio, para lo cual se funda en la manifestación de voluntad de la víctima, que pone término a la relación, y en la conducta desplegada por ella, con el fin de materializar su decisión, lo que evidencia que su actuar no obedecería a una mera crisis de pareja.

El fallo señala que si bien la convivencia, al igual que el matrimonio, requiere de un acuerdo de voluntades para su inicio, admite la posibilidad de término por decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes, como también lo admite el matrimonio, al consagrar el divorcio vincular por decisión unilateral. Sin embargo, el inicio y término de una convivencia, a diferencia del matrimonio, no requiere formalidad alguna.

Considerando octavo:

“OCTAVO: Que conforme a lo establecido en la letra A) del considerando quinto, la ofendida puso término a la convivencia y comunicó tal circunstancia al acusado, en época anterior a la perpetración del hecho; situación que estos jueces estiman suficiente para considerar que a la fecha de este último evento, ellos no tenían la calidad de convivientes. En efecto, Carmen Gloria Farías, además de retirarse del hogar común y llevarse consigo toda su ropa, fijó su domicilio en un lugar diverso, cortó

todo vínculo con sus hijos y el padre de éstos e inició una nueva relación sentimental. En consecuencia se desestima la tesis de la Fiscalía en el sentido que la separación de ambos, obedecería a una mera crisis de pareja.

Siendo la convivencia una situación de hecho, que al igual que un matrimonio, requiere de un acuerdo de voluntades para su inicio, también lo precisa para mantenerse en el tiempo; sin embargo, es posible ponerle término por decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes, sin que sea menester la aquiescencia del otro para que surta efectos; como también lo admite nuestra legislación respecto del matrimonio, al consagrar el divorcio vincular por decisión unilateral. Finalmente, cabe señalar que el inicio y término de una convivencia, a diferencia del matrimonio, no requiere formalidad alguna.

Queda por dilucidar si el artículo 390 del Código Penal, extiende su aplicación a quien dejó de tener la calidad de conviviente, a la luz de la Ley de Violencia Intrafamiliar, según lo sostiene el Ministerio Público; al efecto, es necesario tener presente que en materia penal la interpretación legal es restrictiva y por ende, no puede transgredir el principio de reserva legal. Al parecer de estos sentenciadores, la norma en estudio es clara, pues exige que el sujeto activo conozca la relación que lo une al sujeto pasivo, empleando al efecto la expresión “las relaciones que los ligan”, es decir, utiliza una forma verbal en tiempo presente, lo que excluye aquellas que se hubiesen finiquitado.

De otro lado, en materia penal, cuando el legislador ha querido complementar una norma lo hace mediante remisión expresa a otra explicativa, como ocurre por ejemplo en el robo con intimidación; cuestión que no ha acontecido en este caso respecto de la Ley de Violencia Intrafamiliar, quedando vedado al Tribunal hacer una interpretación analógica en perjuicio, como lo sostiene la Fiscal.

A mayor abundamiento el artículo 5° de la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar está referido a relaciones actuales entre ofensor y víctima, con la única excepción de quien haya tenido la calidad de cónyuge; tanto es así, que actualmente se tramita en el Congreso una modificación legal a dicho texto que extiende dicha protección a relaciones pasadas, al proponer en su artículo único agregar el siguiente inciso final al mencionado artículo quinto “se considera además violencia intrafamiliar la cometida por la pareja, actual o pasada, cuando esta actúe motivada por dicha relación, debiendo el Tribunal apreciar según el mérito de los antecedentes, la existencia de ella, o el plazo de protección posterior al cese de ésta”. A lo anterior se suma el hecho que también se encuentra en tramitación en la Honorable Cámara de Diputados un proyecto que modifica el artículo 390 del Código Penal, en el mismo sentido.

Así las cosas no es posible sostener que la muerte de Carmen Gloria Farías, causada por quien había sido su conviviente, se encuadre en la hipótesis fáctica que protege el tipo penal de parricidio. En consecuencia, faltando uno de los elementos del tipo penal materia de la acusación, se desestima la calificación jurídica propuesta por los acusadores; quedando por resolver si las agravantes de alevosía y premeditación, ale-

gadas por aquéllos, se han configurado en la especie, lo que se analizará con ocasión del homicidio”.

No obstante lo resuelto por los tribunales en cuanto al cese de la convivencia, de prosperar el proyecto de ley sobre femicidio¹¹, en los términos ya aprobados por la Cámara de Diputados, el tema de la ex convivencia quedaría resuelto por el legislador, específicamente para el delito de parricidio. Por cuanto, si bien se amplía el parricidio incorporando a ex cónyuges, ex convivientes y a progenitores de un hijo común, se faculta al juez para no aplicar la pena de dicho delito cuando hayan transcurrido más de tres años desde el cese de la convivencia, salvo que existan hijos comunes¹².

2.5. Sentencia de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de 29 de abril de 2009

Fiscal: José Miguel Subiabre Tapia

RUC Nº: 0 800 933 344 -5

Delito: parricidio frustrado

Se amplía el margen de protección en la convivencia para no discriminar a personas que por circunstancias socioeconómicas no pueden vivir bajo un mismo techo. Restringir la convivencia a ese requisito, implica volver a la hipótesis anterior a la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. Además, se establecen como elementos para determinar la convivencia los siguientes: vida en común, notoriedad del vínculo y la prolongación de la relación en el tiempo.

Considerando décimo:

“DÉCIMO: Calificación jurídica.- Que, conforme a la valoración que se ha hecho de todas las probanzas rendidas en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo 297 del citado Código, es posible dar por establecido los hechos ya referidos en el considerando séptimo y tal como se adelantó en el veredicto condenatorio, los hechos antes descritos, en concepto de este Tribunal, configuran el tipo penal del delito de parricidio a que se refiere el artículo 390 del Código Penal, en el carácter de frustrado toda vez que se ha acreditado que Héctor Fernando Soto Acevedo convivía con doña Rosa Muñoz Antinopai, desde hacía cinco años a la fecha de estos hechos, a quien no le causó la muerte, por causas ajenas a su voluntad como lo fue la oportuna atención médica, no obstante haberle propinado heridas cortantes, mortales, esto es una

11 El proyecto de ley sobre femicidio tuvo su origen en una moción parlamentaria de la H. Diputada Adriana Muñoz, Boletín N°4937-18. No obstante, durante su discusión, la H. Diputada M^a Antonieta Saa presentó otra moción, Boletín N°5308-18, que fue vista conjuntamente con la anterior. El proyecto se encuentra actualmente en el Segundo Trámite Constitucional.

12 El plazo a que se refiere el proyecto de ley, corresponde al plazo establecido en la Ley de Matrimonio Civil para demandar unilateralmente el divorcio.

puñalada en la espalda y otra en el tórax y en el abdomen ya que las heridas corto punzantes ocasionadas a la víctima nombrada según el médico legista, se ubicaban en el tórax, abdomen y produjo entre otras patologías hemoneumotórax y perforación vesicular, en consecuencia eran necesariamente mortales, sumado al hecho acreditado de la relación de convivencia que los unía.

Que como se viene razonando el acusado Héctor Soto Acevedo convivía con la afectada Rosa Muñoz Antinopai, hacía ya cinco años, a quien no le causó la muerte, después de haberle propinado diversas heridas cortantes y penetrantes con un arma blanca, por causas ajenas a su voluntad como lo fue la pronta atención en el servicio de urgencia, ello sin desconocer el autor, la relación de convivencia que los unía, cumpliéndose así con el verbo rector de la figura típica en comento, dado que la acción en este delito, consiste en dar muerte a una determinada persona que está precisamente relacionada con el autor, en este caso puntual por una relación de convivencia de varios años.

Que la defensa negó la calidad de conviviente entre agresor y víctima fundado en que a su juicio vivían en distintos domicilios no cohabitaban en un techo común, argumentos que estos jueces rechazan con los dichos de la afectada, en cuanto aseguró que eran convivientes a la fecha de los hechos vivían al lado del restaurante “Don Carlos”, lugar donde recibió las estocadas punto ratificado por los funcionarios policiales quienes manifestaron que la mujer, Rosa Muñoz al llegar a la unidad policial pidiendo auxilio, dijo que las lesiones se las había causado su conviviente, el “loco Soto” y por el camino a la Unidad de Urgencia dijo incesantemente que su marido la había lesionado. Sobre este punto es menester considerar tal como lo señala el señor fiscal que la agregación de la voz “conviviente” en el delito de parricidio fue establecida por la Ley N°20.066, de cuya historia fidedigna sólo podemos rescatar los siguientes conceptos primeramente que con la Ley 20.066 se amplió el margen de protección para el tema de la convivencia para no discriminar a personas que por circunstancias socioeconómicas no pueden vivir bajo un mismo techo. La víctima y el acusado reconocieron la circunstancia de vivir juntos cinco años, tienen una hija en común, y otra hija fue reconocida por Héctor Soto y dijo el acusado que esta hija se llama Chantal. Dijo la víctima que de repente él se iba a la casa de su madre cuando las circunstancias económicas no les permitían vivir juntos, y cuando si se podía, lo hacían. Este es el elemento central que el legislador exige y que la jurisprudencia ha recogido como un segundo elemento para vivir, para establecer la convivencia, vivir juntos, no bajo el mismo techo común, porque restringirla a ese requisito o circunstancia significa volver a la hipótesis anterior de la Ley Sobre Violencia Intrafamiliar. Cuando se comete algún delito de este tipo serán sancionados agravando su participación y por eso el legislador lo estableció de esa manera. Un tercer elemento que establece la jurisprudencia para poder entender la existencia o no de este vínculo es la notoriedad, esto es, que sean percibidos como pareja, precisamente la víctima y los funcionarios aprehensores han reconocido y establecido en sus declaraciones que al entrevistar a los testigos ellos eran reconocidos como pareja, es más, la declaración del segundo funcionario aprehensor habla de que los testigos que estaban en el local “Don Carlos” hablaban del marido, por lo que con estos antecedentes se acredita esta

circunstancia de que eran reconocidos como pareja, la misma víctima declara a la pregunta del fiscal de que efectivamente todo el mundo los conocía como pareja, por lo tanto ese elemento de notoriedad existe en este caso. Y el cuarto elemento que la jurisprudencia ha reconocido es que la relación se prolongue en el tiempo. En efecto, aquí existió una prolongación de esa circunstancia de a lo menos cinco años, es por lo tanto suficiente para entender que esta circunstancia, en este caso, también resultó acreditada, ambos señalan que fueron convivientes cinco años, circunstancias todas que permiten establecer la convivencia en el presente. Este hecho además lo reconoció el acusado en estrados. En suma con las declaraciones de los funcionarios aprehensores y de la víctima podemos dar por acreditada la convivencia que existía entre agresor y la afectada al momento de los hechos. En efecto, los requisitos o condiciones anotados, han quedado de manifiesto con los dichos de la afectada Rosa Muñoz y los funcionarios policiales que le escucharon a ella referirse a Héctor Soto. Angelo Muñoz dijo que Rosa lo mencionó como su conviviente y Cuellar por su parte señaló que el testigo presencial Faúndez había identificado al “loco Soto” como el marido de la víctima Rosa Muñoz, ello sumado al hecho de que ambos señalaron que tenían una hija en común de nombre Rosita y otra propia de la madre y reconocida por Soto, de nombre Chantal, lo que se da por acreditado con los dichos de ellos, aún cuando no se acompañaron los respectivos certificados de nacimiento de las menores que acreditaran esta aludidas filiaciones.

En cuanto a dolo en este delito, como el tipo del parricidio consiste simplemente en matar a alguna de las personas mencionados en el artículo 390 del Código Penal, debe existir dolo de matar o dolo homicida, animus necandi, que es lo mismo, existirá aquél no sólo cuando hay intención precisa de matar, sino también cuando el resultado de muerte no se haya producido, basta que sea previsto como posible y se haya aceptado, el resultado, muerte, no importándole al hechor que el deceso se produzca, este es el llamado dolo eventual. Por ello sostenemos que en este caso, que existió dolo directo, desde que el acusado tomó un arma blanca apta para dar muerte a una persona, pues sacó un cuchillo desde sus vestimentas y le dio a Rosa Muñoz una estocada por la espalda y cuando ella se dio vuelta, le dio una segunda estocada en el abdomen, para luego huir del lugar. Las heridas como ya se dijo eran mortales, esto es capaces de provocarle la muerte, según expuso el doctor Valenzuela, quién a las preguntas aclaratorias del tribunal expuso que la lesión al pulmón es mortal, se trata de una lesión de la pleura, más bien se ve dañado el pulmón en forma secundaria y éste es un órgano vital. En cuanto a la lesión en el abdomen comprometió la vesícula y este órgano no es vital, pero la lesión con bilis peritoneo es decir la salida de bilis dentro de la cavidad peritoneal es causal de muerte de una persona por una septicemia, que obviamente acarrea la muerte”.

En relación con la exigencia de vivir bajo un mismo techo, creemos que no obstante esta circunstancia puede constituir uno de los elementos claves a la hora de determinar la existencia de una relación de convivencia, no constituye un requisito sine qua non de la misma, por cuanto al sustituirse el actual concepto de violencia intrafamiliar por el previsto en el derogado artículo 1° de la

Ley N°19.325, se quiso ampliar el ámbito de aplicación personal de esta ley especial, precisamente a familiares que no viven bajo el mismo techo. Tanto es así, que la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N°20.066¹³ hizo presente que para solucionar los inconvenientes de la Ley N°19.325 era necesario ampliar la definición del artículo 1° para incluir a los familiares y otros similares no contemplados y definir mejor los grados de violencia¹⁴.

Así, la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, aprobó la norma que contiene la definición de violencia intrafamiliar, señalando a continuación de los sujetos activos y pasivos de los actos de violencia intrafamiliar, la oración “sea que viva o no bajo la misma morada y cualquiera que sea la edad o condición del afectado”. Por su parte, el Senado, durante el segundo trámite constitucional, hizo exigible el requisito de vivir bajo la misma morada, exclusivamente al adoptante o adoptado, modificación que la Cámara de Diputados rechazó en el tercer trámite¹⁵, eliminando definitivamente dicha exigencia en el artículo 5° de la Ley. De este modo, si bien la convivencia exige una relación fáctica estable, tratándose de personas vinculadas sentimentalmente, no unidas por matrimonio, no puede imponerse como requisito de la misma el vivir bajo un mismo techo, cuando las condiciones socioeconómicas de los convivientes no lo permiten. Un proyecto de vida no convencional no significa por ello que deje de ser un proyecto de vida común, permanente y estable.

Desconocer la calidad de convivientes en estas circunstancias, implicaría discriminar arbitrariamente a las personas en razón de su condición socioeconómica, lo que resulta repudiable a la luz de crímenes tan aberrantes.

3. Conclusión

El hecho que el legislador haya omitido incorporar una definición de los conceptos “conviviente” y “convivencia” en el Código Penal y en la Ley N°20.066, revela que su propósito fue que estos fueran desarrollados por la jurisprudencia, permitiendo, de este modo, su evolución de acuerdo con los propios cambios sociales y culturales que ha experimentado y experimenta el país.

En consecuencia, resulta de gran importancia el estudio y seguimiento de las decisiones judiciales sobre esta materia en particular, como asimismo, resultará ineludible atender a los cambios en la sociedad para determinar la extensión del concepto “convivencia”.

13 Moción de las Diputadas señoras María Antonieta Saa y Adriana Muñoz.

14 Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones en la Ley N°19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, pág. 6, Boletín N°2.318-18.

15 Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la Ley N°19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, págs. 6 y 7, (Boletín N°2.318-18).

SENTENCIA DE CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ QUE REVOCÓ SUSTITUCIÓN DE CONDENA. ROL 71-2009

María Cecilia Ramírez Guzmán¹

Resumen:

Sentencia de 13 de abril de 2009 que revoca el fallo del Juzgado de Garantía de Copiapó que aprobó la sustitución de condena de 7 años de Régimen Cerrado por la de Régimen Semicerrado por el saldo de condena, con el objeto de favorecer la reinserción social del condenado.

Comentario:

Con fecha 13 de abril de 2009, la Corte de Apelaciones de Copiapó (Rol N°71-2009) revocó la resolución dictada por la jueza de ejecución, en virtud de la cual se sustituía condicionalmente la pena a A.V. de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, por la de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social. La pena impuesta en la sentencia de juicio oral, corresponde a siete años de internación en régimen cerrado por el delito de homicidio calificado del joven A.I.V.(s. de 30.10.07 del 3° TOP de Stgo, RUC N°0600764824-1).

Dos son los aspectos que nos interesa destacar la resolución de la Corte de Apelaciones. Por una parte, establece la necesidad de un análisis integrado del régimen de sustitución de pena con los criterios tomados en consideración al momento de establecer la pena original. Por otra parte, concreta los elementos que permiten dotar de contenido, en el caso específico, a la necesidad de reinserción social, fundamento de la sustitución.

En efecto, refiriéndonos al primer aspecto, el considerando segundo de la sentencia señala que para los efectos de proceder a la sustitución de la pena por una menos gravosa, no se puede prescindir de los “objetivos, principios y criterios que justificaron la imposición de la pena”, quedándose, si así fuera, únicamente con la integración social del condenado. Tal prescindencia supone “un absurdo sistémico, lógico y jurídico” (C. 2°). Para la determinación de la pena, en el juicio, se evaluaron todos los elementos del caso, los principios que rigen la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y los objetivos de sus sanciones, a saber, “retribución y prevención especial positiva” (sic); y además, la proporcionalidad y necesidad de las mismas, y los criterios de determinación de la

1 Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

pena del art. 24 (C.1°). Siendo así, y teniendo presente este complejo procedimiento, concluye la Corte, que sólo la existencia de antecedentes posteriores a la sentencia definitiva justificaría la sustitución, y que estos antecedentes deben estar referidos especialmente a un cambio “en los patrones de conducta del condenado” (C. 2°).

Ahora bien, con respecto al segundo aspecto destacado, la Corte de Apelaciones evalúa los elementos tomados en consideración por la resolución de la jueza de ejecución para otorgar la sustitución. Básicamente, los circunscribe a uno: la falta de ofertas educacionales en la comuna. Y aquí el Tribunal de Alzada hace un notable ejercicio para determinar si, en el caso concreto, esa sola posibilidad es suficiente para afirmar el cambio de los patrones de conducta del condenado. El lector atento podría pensar que ello representa una oportunidad en la vida de todo ser humano, y, sobre ello, podríamos estar todos de acuerdo. Pero no basta ese principio general, puesto que lo que se analiza es la situación específica de una persona con relación a sus necesidades de integración social. Siendo así, ¿cuáles fueron los factores considerados por la Corte para estimar insuficientes esa sola oportunidad?

Pues bien, el propio imputado se puso - al solicitar el traslado desde la ciudad de Santiago- en la imposibilidad de acceder a los programas de educación que invoca en esta oportunidad. A ocho meses que se materializara el traslado solicitado, pide la sustitución de la pena, lo que para la Corte “resulta desde todo punto de vista inaceptable” (C. 3°). La imposibilidad de continuar estudios superiores, agrega este tribunal, es consustancial al régimen de encierro, por lo que no es un antecedente nuevo que acredite la integración social del condenado o sus cambios de conducta. Se argumentó, además -en aquel entonces- para pedir el traslado, el cambio de residencia de toda la familia, desde Santiago a una nueva localidad, cosa que no ocurrió efectivamente. En cuanto al cumplimiento del programa al que ha estado sometido el condenado, y la mera observancia de la disciplina interna, no justificarían por sí solos la sustitución. De acuerdo con el pronunciamiento de la Corte, no acreditan el cambio de conducta, porque, y se cita al diputado Bustos “bien podría ser una demostración de la adaptación a la privación de libertad” (C. 4°). Se requiere, por tanto, algo más. Nuevamente aquí entra a tallar el razonamiento del Tribunal de Alzada, engarzando los hechos con los objetivos de las sanciones de la ley: el condenado no ha asumido la responsabilidad por sus acciones. De acuerdo con el informe de sustitución de condena, el condenado califica “el hecho como algo trágico” (C. 5°), cuestión que la Corte rechaza como elemento para justificar la asunción efectiva de esa responsabilidad, a pesar que dicho informe se conforma con esa oración. Más aún existe, según el propio informe, conflicto con esa faceta. La existencia de una demanda ante tribunales internacionales y la justificación que da su padre complica, de acuerdo a lo que sostiene el informe, ese aspecto. Por otra parte, y haciéndose cargo de los antecedentes aportados por el fiscal que alegó el recurso, la Corte hace presente que el condenado tiene

una multa impaga por otro delito, la indemnización civil y las costas de esta condena. Tales incumplimiento reflejarían, a juicio de la misma, su falta de responsabilización por los hechos.

En atención a esas consideraciones, la Corte revoca la resolución de la jueza de ejecución.

Los argumentos sustentados por la Corte de Copiapó, la forma como va concatenando los principios de la ley, los objetivos de ella con la sucesión de hechos -los antecedentes- representan un paso adelante en cuanto a la forma de abordar el problema de la sustitución de las penas en fase de ejecución. Deja de lado la mera retórica, dando cabida a una argumentación que permite contrastar los asertos fácticamente. Por otra parte, valida la sentencia definitiva, como referente necesario, a la hora de ponderar la sustitución de la pena. No es indiferente lo decidido en esa etapa, prescindiéndose completamente de sus criterios, porque equivaldría a sostener que la condena original está demás. Si fuera así, no tendría sentido determinarla, bastaría con establecer el hecho punible, y si el condenado contase con familia y redes de apoyo que le brindasen la oportunidad para pagar los estudios, nunca conocerían la privación de libertad. La última ratio del sistema penal estaría reservada sólo a aquellos jóvenes sin recursos socioeconómicos a quienes por su origen se les privaría de antemano de cualquier oportunidad.

Sentencia:

Copiapó, trece de abril del año dos mil nueve.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que con fecha treinta de octubre del año dos mil siete, se condenó a A.V.M., entre otras penas, a la de siete años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, como autor del delito de homicidio calificado.

Dicha pena, luego, se entendió que era la adecuada para el delito de que era responsable conforme a los principios que rigen la responsabilidad penal adolescente, entre otros, el carácter de último recurso de la privación de libertad y el interés superior del adolescente; en segundo término,

por los objetivos de las sanciones de la ley: retribución y prevención especial positiva; las exigencias de las mismas: proporcionalidad y necesidad; y, por último, por el contenido de los baremos del artículo 24 de la Ley N°20.084.

De modo especial debe considerarse que, conforme al criterio de la letra f) del artículo 24 de la Ley N°20.084, necesariamente la sentencia definitiva consideró que la internación en régimen cerrado era la sanción idónea para fortalecer el control del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

SEGUNDO: Que cuando el artículo 53 de la Ley N°20.084, permite la sustitución de la condena por una menos gravosa, en tanto ello parezca

más favorable para la integración social del infractor, no permite soslayar, como lo pretende el señor abogado defensor, los objetivos, principios y criterios que justificaron la imposición de la pena, para remitirnos exclusivamente a la integración social del condenado pues, pudiendo disponerse la sustitución de la condena desde el primer día de cumplimiento de la misma, de seguirse la opinión del señor abogado, llevaría a la conclusión que el juez de ejecución podría alterar el sistema sancionatorio de la ley, y con ello su finalidad, exclusivamente pretextando el fin antes señalado, lo que constituye un absurdo sistémico, lógico y jurídico.

Por el contrario, la sustitución de pena que consagra la ley, no puede, sino, efectuarse considerando un análisis global e integrado de la necesidad de reinserción social, con la totalidad de principios, fines y criterios que, en el caso concreto, justificaron la imposición de la pena y, en atención a que constituye una alteración de lo resuelto mediante sentencia definitiva, dictada, ciertamente, con todos los elementos del caso, sólo en la medida que ello se encuentre plenamente justificado, necesariamente por medio de antecedentes posteriores que lo acrediten, particularmente de un cambio efectivo de los patrones de conducta del condenado.

TERCERO: Que sin perjuicio de lo señalado, debe indicarse que la resolución recurrida, luego de indicar que se han cumplido los fines preventivos y resocializadores de la pena -al haber participado el condenado en actividades socioeducativas, de for-

mación de vida laboral y de desarrollo personal-, al ser egresado de la enseñanza media, justifica la sustitución de la pena en la circunstancia de que no es posible garantizar la continuidad de sus estudios por no existir en esta comuna oferta educativa que se lo permita.

El informe elaborado por el equipo técnico al efecto pone énfasis en el cumplimiento por parte del condenado en las distintas actividades organizadas, como también que no ha merecido reproches en el aspecto disciplinario.

De este modo, como se ve, para la señora Juez de cumplimiento, la justificación de la sustitución de la condena está dada en la falta de ofertas educacionales en esta comuna para el régimen cerrado.

Sin embargo, debe tenerse presente que fue la propia defensa del imputado quien solicitó su traslado a esta ciudad, argumentando que su familia también lo había hecho. Luego, y sin perjuicio de la efectividad del traslado de la familia del condenado a esta ciudad, como quiera que el propio informe de sustitución de condena indica que ha mantenido los vínculos familiares y sociales mediante comunicaciones a distancia, telefónicas, lo que no se condice con el supuesto traslado familiar, como asimismo, por la circunstancia no desmentida en la audiencia por el señor abogado defensor, en orden a que la madre del acusado no pudo ser ubicada en esta ciudad para efectos de ser notificada de una demanda civil presentada por los mismos hechos y que en el domi-

cilio que proporcionó se indicó que era persona no conocida, lo concreto es que fue el propio imputado, a través de su defensa, al solicitar el traslado a esta ciudad, quien se puso en la situación de carencia que hoy día le sirve de excusa para solicitar la sustitución de su condena, por lo demás sólo a ocho meses de su traslado, lo que resulta desde todo punto de vista inaceptable.

En todo caso, sostener que la condena de internación en régimen cerrado puede afectar la continuidad de estudios superiores constituye una obviedad, y en ningún caso un elemento nuevo que de cuenta de la integración social del menor y de cambios conductuales efectivos.

CUARTO: Que, además, la circunstancias que el condenado haya cumplido con el programa y no presente problemas disciplinarios no constituye elemento que permita y menos justifique la sustitución de la condena.

En efecto, como quedó constancia en la historia legislativa, la sustitución de la condena, requería un análisis integral, referido a los cambios de comportamiento del menor, señalando el Honorable Diputado señor Juan Bustos, que debía atenerse a la finalidad buscada por el sistema, cuál es, la inserción social y que para dicho efecto: “la observación de buena conducta no constituía un indicador satisfactorio porque bien podría ser una demostración de la adaptación a la privación de libertad.” (Primer Informe de la Comisión de Constitu-

ción, Cámara de Diputados, Boletín 3021-07).

Por lo mismo, la resolución impugnada resulta también inadmisibles en cuanto pretende sostener que se han cumplido los fines preventivos y socializadores de la pena por la mera circunstancia de participar el condenado de las actividades que se le indicaron, sin contener otro fundamento en el cual asilarse.

QUINTO: Que en otro orden de ideas, el informe denominado de sustitución de condena señala que el condenado es capaz de asumir la responsabilidad de las acciones que generaron posteriormente la muerte del joven I., calificando el hecho como “trágico” (sic).

Salvo tal información, nada en el informe permite justificar que ello sea efectivo, desde luego, ya por la calificación que el condenado da acerca del hecho, como por cuanto el propio informe sostiene que éste mantiene un punto de conflicto importante con su responsabilización, al mantener abierto el conflicto ante tribunales internacionales, al tiempo que la justificación excesiva de los hechos por parte de su padre: “podrían perjudicar una toma de conciencia más profunda del joven acerca del ilícito que cometió”, como también que: “ha sido necesario trabajar con el joven y su familia en la disolución de los mecanismos defensivos asociados a la negación, en el sentido de asumir que la privación de libertad como consecuencia de una sanción impuesta por una infracción de ley, interfiere por sí misma en la regularidad del

desarrollo y sólo es posible aminorar el impacto que la aplicación de la privación de libertad genera.”

Pero, además, como indicó el señor Fiscal en estrados, el imputado no ha pagado la multa impuesta en la sentencia definitiva por la comisión de otro delito, tampoco la indemnización civil a que fuera condenado, ni siquiera, las costas de la causa, todo lo cual resulta demostrativo de su actitud respecto de la resolución de la justicia.

SEXO: Que, en fin, ni la resolución impugnada ni el informe en que la misma se sostiene, siquiera ensayan si ha operado en el condenado un cambio objetivo, concreto y sustentado en antecedentes e informes técnicos, de los patrones de conducta que lo llevaron a cometer el asesinato por el cual fue condenado, todo lo cual no puede, sino, llevar a concluir que no se dan los supuestos para la sustitución de la condena originalmente

impuesta y, por lo mismo, esta debe ser mantenida.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 53 de la Ley N°20.084 y 352 y 370 del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la resolución dictada en audiencia de veinticuatro de marzo del año en curso, por la Juez de Garantía de Copiapó, doña Fresia Ainol Moncada, por medio de la cual sustituyó condicionalmente la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, impuesta a A.V.M., por la de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, y en su lugar **SE DECLARA** que no se hace lugar a dicha sustitución, debiendo mantenerse la pena en los términos originalmente impuestos.

Regístrese y comuníquese.

Redactada por el Ministro Dinko Franulic Cetinic.

Rol Corte N°71-2009

VALORACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES NO CONSTITUYE DOBLE VALORACIÓN PROHIBIDA, NI ADMITE REVISIÓN VÍA RECURSO DE NULIDAD: COMENTARIO FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. RECURSO 62/2009

María Angélica San Martín Ponce¹

Antecedentes:

Se interpuso recurso de nulidad contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, de fecha 04 de marzo de 2009, que condena a un adolescente de 17 años de nacionalidad boliviana como autor del delito de tráfico ilícito de drogas y sustancias sicotrópicas, en el que participó junto a un mayor de edad, imponiéndole la pena de tres años y un día de internación en régimen cerrado.

El cuestionamiento que sostiene el impugnante se refiere, fundamentalmente, a la decisión adoptada por el Tribunal acerca de la naturaleza de la sanción que se debe imponer al adolescente, la que se considera producto de una interpretación errónea de los criterios contenidos en el artículo 24 de la Ley N°20.084.

En primer lugar se refiere al criterio relativo a “la gravedad del ilícito imputado”, estimando que dicho factor ya fue considerado por el legislador al configurar el tipo penal y la extensión de la pena, de suerte que volver a utilizarlo con la finalidad de decidir la naturaleza de la sanción, constituiría un caso de doble valoración prohibida según el principio del non bis in idem.

Luego se refiere a “la edad del adolescente infractor al cometer el hecho delictivo”, y al respecto señala que dicho criterio sólo tiene importancia para la determinación del límite máximo de las penas privativas de libertad de conformidad con el artículo 18 de la Ley sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, estimando incorrecto que los infractores mayores de 16 y menores de 18 años debiesen ser acreedores de las penas de naturaleza más grave respecto de los menores de 16 y mayores de 14 años.

En cuanto al criterio de la letra f) del artículo 24 de la Ley N°20.084, que señala que la pena a seleccionar debe ser la idónea para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades

1 Subdirectora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

de desarrollo e integración social, el recurrente reduce dicho criterio a sólo “la aptitud de la sanción para cumplir los fines preventivos de la ley en el caso concreto”, señalando que constituye una especificidad de aquella la finalidad explícita que declara la ley: “fortalecer el respeto por los derechos y libertades de terceros”.

Por su parte, el Ministerio Público pidió el rechazo del recurso por estimar que el fallo cumple con las exigencias de los artículos 21 y 24 de la Ley tantas veces mencionada, dado que la pena de tres años y un día, correspondiente a un grado menos que el mínimo asignado por la ley al delito, se ubicó en el mínimo del grado dada la existencia de una atenuante. Respecto del artículo 24 de la Ley N°20.084, el Ministerio Público sostuvo que la sentencia aborda los criterios que en dicha norma se mencionan y explica cómo valora los antecedentes concurrentes para la elección de la naturaleza de la pena, considerando las alternativas legales disponibles, a saber, régimen cerrado, semicerrado y libertad asistida especial, ninguna de las cuales constituye una agravación de la pena sino diversas modalidades de la misma.

Comentario:

Como se ha dicho, el debate provocado con la interposición del recurso giró principalmente en torno a la consideración de la gravedad del delito y la edad del condenado como orientadores para determinar la pena en cuanto a su naturaleza, dada la posible infracción del principio de *non bis in idem*.

El asunto exige dos consideraciones previas. En primer lugar, y como se sabe, la presencia de dichas circunstancias entre los criterios a considerar para determinar la naturaleza de la sanción, no constituye una innovación del legislador nacional, ya que, por ejemplo, en España la Ley 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los adolescentes, en su artículo 7°, entre los criterios a considerar por el Juez para determinar la pena, se encuentran precisamente aquellos a que se refiere la actual disputa, permitiendo en su caso determinar tanto la extensión como la naturaleza de la pena. En segundo lugar, y en relación con el principio que se denuncia infringido, el artículo 63 del Código Penal indica que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes cuando éstas constituyan delitos en sí mismas o sean de tal manera inherentes al ilícito que sin su concurrencia no pueda ser cometido, lo que se entiende como una prohibición de considerar dos veces los mismos hechos para aumentar el castigo, y que se reconoce como “una verdadera regla de interpretación general del sistema penal chileno”².

2 MATUS ACUÑA, Jean Pierre, VAN WEEZEL, Alex en TEXTO Y COMENTARIO DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, obra dirigida por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis, tomo I, Libro primero, parte general: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 350.

Dicho lo anterior, parece necesario reiterar que el sistema de determinación de la sanción previsto por la Ley 20.084, considera dos etapas diferenciadas, una relativa a la extensión y otra a la naturaleza, lo que puede provocar confusiones. Precisamente por esta razón, el pronunciamiento judicial que se comenta resulta relevante, ya que primero se refiere a la extensión de la pena - que en el caso concreto resultó en el mínimo -, para luego señalar que los aspectos considerados por el Tribunal de Juicio Oral para la selección de la pena en cuanto a su naturaleza - entre los que se cuenta aquella que se refiere a la “gravedad del ilícito” -, son aspectos contrastables con la realidad del condenado. Estos aspectos, agregamos, no han sido considerados previamente por el legislador al tipificar el ilícito y asignar la pena, lo que sirve para destacar la inexistencia de infracción al *non bis in idem*. Hay aquí una clara diferenciación de planos, entre lo que en abstracto aprecia el legislador penal como gravedad de una conducta determinada asociando a ella una específica sanción, y la que en concreto pueda apreciar en cada caso el Juez, según las características particulares de cada hecho delictual. Esta distinción ya la había efectuado en nuestro medio el profesor Juan Bustos al tratar este preciso aspecto de la determinación de la pena, indicando que la gravedad del delito que en abstracto realiza el Código Penal, clasificando una infracción como crimen, simple delito o falta, podía admitir variaciones en su valoración según las características del hecho en concreto, ejemplificando con dos delitos de homicidio en que es posible advertir diferencias de gravedad, a saber uno entre dos sujetos amigos producto de un altercado estando bebidos y otro cometido por un prófugo de la justicia respecto de un tercero que pretende auxiliar a la policía en su captura³.

Otro punto que el recurrente somete al debate, siguiendo en esto a la profesora María Inés Horvitz⁴, es la supuesta infracción del principio que impide la doble valoración en perjuicio del condenado, que tendría lugar al considerar la edad del adolescente infractor, por cuanto dicho criterio ya fue considerado para el legislador al determinar el límite máximo de las penas privativas de libertad de conformidad con el artículo 18 de la Ley N°20.084, estimando incorrecto que los infractores mayores de 16 y menores de 18 años debiesen ser acreedores de las penas de naturaleza más grave respecto de los menores de 16 y mayores de 14 años. Esta objeción carece de fundamentos, dado que la única instancia en que el legislador considera este aspecto es como criterio para decidir la naturaleza de la sanción, por tanto no se visualiza como podría infringirse el *non bis in idem*. El profesor Bustos Ramírez, a quien ya hemos citado, no ve reparos en este indicador estimando que, en general, a más baja

3 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Derecho penal del niño-adolescente”, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 66.

4 HORVITZ LENNON, María Inés, “Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable”, documento de trabajo N°1/2006, Unidad de Defensa Penal Juvenil, p. 28.

edad se debería preferir aquella sanción que produzca una menor afección a los derechos de los adolescentes.

Finalmente, el indicador de la letra f) del artículo 24 de la Ley N°20.084, que pide seleccionar la pena que resulte idónea para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, no establece una mayor valoración de unos u otros objetivos, y en consecuencia, dichas finalidades sólo podrán lograrse con aquella sanción que se haga cargo de todas las necesidades de intervención del condenado, pudiendo ser apta para dicho fin cualquiera de las previstas por la ley para el respectivo tramo penal, según aparezca aconsejable en cada caso.

Sentencia:

Antofagasta, trece de abril de dos mil nueve.

VISTOS:

El desarrollo de la audiencia celebrada con fecha 1° de abril de 2009 ante la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por sus Ministros Titulares Sr. Enrique Alvarez Giralt, Sr. Oscar Clavería Guzmán y el Abogado Integrante Sr. Bernardo Julio Contreras, para conocer el recurso de nulidad interpuesto por la Defensora Penal Pública Ana Carolina Acevedo Acevedo en representación del imputado adolescente A.L.C., respecto de la sentencia definitiva dictada el 4 de marzo pasado, en la causa RUC. 0800502564-9, RIT. 20-2009, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, que lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes a la pena de tres años y un día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

En estrados compareció por el imputado la Defensora Penal Pública Loreto Flores Tapia, quien reiteró en términos generales las peticiones y fundamentos del recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública.

El Ministerio Público, representado por el Abogado Asesor Hugo León Saavedra, pidió el rechazo del recurso porque la sentencia cumplía con todos los requisitos legales y se hizo cargo pormenorizadamente del defecto que a su juicio erróneamente expone la defensa.

Se produjo el debate quedando la causa en acuerdo.

TENIENDO PRESENTE Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa del imputado ha interpuesto recurso de nulidad de la sentencia, invocando un error de derecho en la determinación de la pena impuesta por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal al infringir los artículos 21, 22, 23 y 24 de la Ley N°20.084.

Hace presente que el artículo 23 de la Ley prescribe las posibilidades de sanción de régimen cerrado, semicerrado y libertad asistida especial, que el tribunal puede elegir entre los criterios señalados por el legislador en los artículos 21 y 24 de la referida Ley y que el error específico surge en la aplicación de dichos artículos, cuando sólo se conciben en relación con las normas del Código Penal, ya que la última disposición se refiere a “*la gravedad del ilícito de que se trate*”; entre otros, los parámetros y la intención del legislador es que estos antecedentes deben utilizarse para proteger al adolescente no para perjudicarlo, y si estamos frente a un joven sin antecedentes, por qué se desestimará el régimen semicerrado o la libertad asistida especial? Se discute que no debe recurrirse al análisis penal clásico en la ley penal del adolescente, ya que el encierro permanente no es una solución para el imputado que si fuera chileno tendría otra sanción y no el trato de extranjero, que luego de estar encerrado seguramente le afectará la expulsión no siendo este el espíritu del sistema punitivo actual, es por eso que existe una errónea interpretación determinante en la pena impuesta, cuando se desconoce la edad, el hecho de no tener antecedentes y la necesidad de educación del joven. En subsidio, alega la nulidad genérica y la nulidad del juicio por las mismas razones.

En la réplica, la defensa sostiene que la sanción es superior y que se invoca como causal genérica, de conformidad al artículo 386 del Código Procesal Penal, en razón a las con-

secuencias jurídicas, pues no existe motivo para limitar la libertad en un cien por ciento respecto de los adolescentes chilenos.

El Ministerio Público pidió el rechazo del recurso, porque se ha dado cumplimiento a los artículos 21 y 24, desde que dentro del margen que señala la ley, la pena de tres años y un día se aplicó rebajada, en la parte mínima por la existencia de una atenuante y respecto del artículo 24, da los criterios en las reflexiones décimo tercera y décimo cuarta, explicando por qué valora los antecedentes y razona implícitamente que el Programa de Reinserción Social será ilusorio.

Por lo demás, si ya está aplicada en el mínimo, según el artículo 23, no puede haber error. Otra cosa es la naturaleza de la pena, porque el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal toma el hecho que el propio artículo establece, teniendo presente el régimen cerrado, el semicerrado y la libertad asistida especial, que no constituyen una sanción aplicada a la pena, sino más bien es la pena, pues los criterios no se toman para agravar; forman elementos que permiten determinar la pena y la idoneidad de la sanción explicada en el considerando décimo cuarto, que cumple con el mismo objetivo que señala la ley, es decir, busca protegerlo, entendiendo que la forma como han razonado los jueces no demuestra castigo y luego expulsión.

En cuanto al motivo absoluto de nulidad, sostiene que los tres regímenes tienden al mismo objetivo y, aplicándose el mínimo de la pena, no puede existir este motivo que genere

la nulidad, insistiéndose en la réplica que no se trata de una sanción asociada a la pena, sino que es la misma pena según el artículo 24 de la Ley N°20.084.

SEGUNDO: Que los jueces al regular la pena del adolescente A.L.C. en el motivo décimo tercero han aplicado correctamente las disposiciones de la Ley N°20.084, porque la pena de presidio menor en su grado máximo, impuesta en su mínimo, se corresponde al razonamiento de fijar en un grado inferior al señalado por la ley y en la parte más baja; además, al establecer la cuantía se utilizaron los parámetros de gravedad del ilícito, calidad de la participación, aminorante que concurre, edad del adolescente, extensión del mal causado e idoneidad de las sanciones para reforzar el respeto del adolescente a los derechos y libertades, teniendo presente en forma específica, según el considerando décimo cuarto, una compleja situación delictiva que se inicia a partir del ingreso al territorio de la República ilegalmente con internación de droga; circunstancias que se unen a la ausencia de domicilio en el país y a la falta de una red familiar próxima que lo apoye en su reinserción social, lo que lleva a concluir que no obstante carecer de antecedentes criminales pretéritos, cualquiera otra sanción menos restrictiva no contribuye a hacerle más responsable de sus actos futuros y a reinsertarlo en la comunidad; reflexión que no viola el principio de non bis in idem, pues se refiere a condiciones o circunstancias reales que rodean y fijan el desarrollo de la vida del adolescente A.L.C., lo que no significa considerar su nacio-

nalidad peruana, sino únicamente las especiales condiciones que vive en este país, en las cuales no es posible alguna otra modalidad de cumplimiento de la pena -como el régimen semicerrado o la libertad asistida especial- y que pudiera ser útil para consumir los propios objetivos que la Ley N°20.084 persigue respecto de la responsabilidad penal de los adolescente.

TERCERO: Que por lo razonado, se desestimaré el recurso de nulidad interpuesto en forma principal y respecto del motivo absoluto de nulidad subsidiario, no habiéndose invocado una causal específica en los términos del artículo 374 del Código Procesal Penal, no es viable siquiera analizar la concurrencia de algún vicio o defecto que pudiese producir la invalidación del juicio y la sentencia.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto, en contra de la sentencia de fecha cuatro de marzo del año dos mil nueve por la defensa del imputado adolescente A.L.C.

Regístrese y comuníquese.

Rol N°62-2009.

Redacción del Ministro Titular Oscar Clavería Guzmán.

Pronunciada por la Primera Sala integrada por los Ministros Titulares Sr. Enrique Alvarez Giralte, Sr. Oscar Clavería Guzmán y el Abogado Integrante Sr. Alfonso Leppes Navarrete. Autoriza la Secretaria Ad-Hoc Sra. Daniela Juliá Montrone.

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN:
Editorial Atenas Limitada
ventas@editorialatenas.cl

CONTENIDOS

Artículos

Participación de un tercero en un delito especial propio
Yelica Lusic N.

Sentencias relevantes por infracción a la Ley N°20.000 sobre tráfico ilícito de drogas, entre los meses de enero a marzo de 2009
Renzo Figueroa A.

El rol del Fiscal en los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile
Lorena Rebolledo L.

El registro de vehículos
Carolina Zavidich D.

¿Se puede asegurar “anticipadamente” la detención de un imputado que se encuentra prófugo en Argentina, incluso con anterioridad al inicio del procedimiento de extradición y “detención previa”?
Eduardo Picand A.

La cooperación internacional y la asistencia judicial entre la Corte Penal Internacional y el Estado de Chile
Eduardo Picand A.

La entrevista forense a la víctima de delitos sexuales
Francisco Maffioletti C.

El ánimo lascivo como elemento extraño a la estructura típica del delito de abuso sexual
Francisco Soto D.

Hacia la creación de un modelo de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas en Chile
Antonio Segovia A.

Algunos comentarios relativos a la protección penal del medio ambiente, la salud pública y el patrimonio cultural
Manuel Zárate C.

Concepto de inserción, inclusión o integración social en el contexto de la Ley 20.084

Miguel Morales D. y Roberto Rodríguez M.

Decisiones judiciales acerca del concepto “convivencia”
María José Taladriz E.

Sentencias Comentadas

Excma. Corte Suprema ratifica condena por fraude al Fisco a Carlos Cruz, Raúl Herrera y Sergio Cortés
Roberto Morales P.

Condena a dos funcionarios del Banco Estado por malversación de caudales públicos
Claudia Ortega F.

Corte de Apelaciones de Copiapó revoca sustitución de condena
María Cecilia Ramírez G.

Valoración de circunstancias: comentario a fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta
María Angélica San Martín P.

Fallos

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por causales de la letra a) del artículo 373, y letras e) y a) del artículo 374 del Código Procesal Penal
Corte Suprema

Examen de legalidad de la detención. Indicios suficientes para un control de identidad. Recurso de apelación acogido
Corte de Apelaciones de Antofagasta

Efectos penales de las costumbres indígenas. Rechaza recursos de nulidad
Corte de Apelaciones de Temuco

Recurso de apelación en la etapa de ejecución de la sentencia. Normas aplicables
Corte de Apelaciones de Antofagasta