



Revista Jurídica del Ministerio Público

ISSN: 0718-6479

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 36 - Octubre 2008

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: 6909293

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	pág.
PRÓLOGO	7
I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL	
Artículos	
Modificaciones penales introducidas por la Ley N° 20.253. <i>Silvia Peña Wasaff</i>	11
Sentencias Comentadas	
Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2008– requerimiento de inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal– <i>Hernán Ferrera Leiva</i>	22
Fallos	
Rechaza recurso de queja y declara que no existe falta o abuso en la declaración de abandono de un recurso de apelación. <i>Corte Suprema.</i>	44
Fallo de recurso de queja contra resolución que, acogiendo la apelación de la defensa en procedimiento abreviado, absolvió en lugar de retrotraer el procedimiento para que continuara su tramitación. <i>Corte Suprema.</i>	46
Rechaza acción de revisión planteada por la defensa sustentada en un video en que un tercero se atribuiría la autoría del ilícito. <i>Corte Suprema.</i>	49
Declara inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad por no existir gestión pendiente. <i>Tribunal Constitucional.</i>	54
II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN	
Artículos	
“Tener a su cargo” Requisito exigido al funcionario público que comete la malversación de caudales públicos / doctrina y jurisprudencia. <i>Roberto Morales Peña</i>	61

Sentencias Comentadas

Comentario a sentencias que condenan al Alcalde de Coquimbo. 71

Hernán Fernández Aracena

Comentario de sentencia que condena por el delito de atentado contra la autoridad y sus agentes. 91

Yelica Lusic Nadal

III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la Ley N° 20.000 entre los meses de agosto a octubre de 2008. 99

Renzo Figueroa Aste

Control de identidad migratorio. 110

Ximena Marcazzolo Awad

La constitucionalidad del microtráfico (a propósito de la STC 993-2008). 119

Eduardo Picand Albónico

Comentario sobre el Éxtasis. 140

Lorena Rebolledo Latorre

Asociación ilícita para el narcotráfico e interpretación del tipo penal. 145

Andrés Salazar Cádiz

Sentencias Comentadas

Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional Español
Derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse
Derecho de presunción de inocencia. 156

Carolina Zavidich Diomedi

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

La mínima gravedad de la pena en los procesos de extradición activa. 163

Eduardo Picand Albónico

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

- Aportes desde la psicología a la delimitación del concepto de “material pornográfico infantil”. 171

Karen Guzmán Valenzuela

Sentencias Comentadas

- Comentario a sentencia dictada en causa RUC 0700297031-1, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, así como al fallo recaído en recurso de nulidad contra aquella en ROL 190-2008, sobre el delito de producción de material pornográfico infantil. 179

Cristián Aguilar Aranela

- Comentario de sentencia sobre trata de personas, causa RUC 0600062854-7 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. 190

Francisco Soto Donoso

- Comentario de sentencia sobre trata de personas y favorecimiento de la prostitución infantil. 196

Carmen Gloria Troncoso

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

Artículos

- Punibilidad de la sustracción o venta de una cartera de clientes. 209

Alejandro Moreira Dueñas

- Estado del delito de comercio clandestino en la jurisprudencia emanada de la Excma. Corte Suprema. 220

Verónica Rosenblut Gorodinsky

- Algunos comentarios relativos al delito de obtención fraudulenta de créditos a partir de la jurisprudencia emanada del Nuevo Proceso Penal. 227

Manuel Zárate Campos

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Violencia de pareja y retractación de la denuncia en el sistema penal:
una propuesta de comprensión y análisis desde el paradigma sistémico. 241

Roberto Rodríguez Manríquez

Sentencias Comentadas

Seriedad y verosimilitud de las amenazas, según bienes jurídicos protegidos. 249

María Angélica San Martín Ponce

Incidencia de los artículos 351 del Código Procesal Penal y 74 del Código
Penal en la determinación de la pena en el sistema de responsabilidad penal
adolescente. Oportunidad y consecuencias. 265

María José Taladriz Eguiluz

PRÓLOGO

Continuando con esta nueva etapa en la publicación del Ministerio Público, este número aspira a seguir cumpliendo con el objetivo de aportar al mundo jurídico con documentos elaborados por funcionarios especializados que estudian y analizan diversos tópicos relacionados con el devenir del Derecho Penal y Procesal Penal en relación con los asuntos en que le corresponde intervenir al Ministerio Público.

Nuevamente encontramos en las secciones correspondientes a cada Unidad Especializada interesantes análisis de jurisprudencia dictada en el recién pasado trimestre, así como de opiniones doctrinarias e interpretaciones legales atingentes. Destacamos las tendencias jurisprudenciales en materia de infracciones a la Ley N° 20.000; obtención ilícita de créditos y comercio clandestino, así como el análisis de la asociación ilícita o el control migratorio en la lucha contra el narcotráfico.

Especialmente novedosos resultan los aportes en materia de jurisprudencia sobre delitos sexuales referidos a trata de personas.

No menos importantes resultan los análisis en torno a la violencia contra la mujer, primordialmente en el contexto de la violencia intrafamiliar, por ser un tema de gran contingencia en nuestra sociedad.

Igualmente en lo referido a la probidad de aquellos funcionarios llamados a servir a la comunidad, se contienen comentarios y análisis de jurisprudencia de interés.

Del mismo modo, en la Sección de Materias de Interés General, se presentan sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional referidas a temas como la necesidad de gestión pendiente como exigencia del requerimiento de inaplicabilidad, y el alcance del recurso de apelación en el procedimiento abreviado. Se incluye además en dicha sección un acabado artículo referido a las modificaciones en materia penal introducidas por la llamada Ley de Agenda Corta.

Sabas Chahuán Sarrás
Fiscal Nacional

MODIFICACIONES PENALES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.253

Silvia Peña Wasaff¹

La Ley N° 20.253, de 14 de marzo del año en curso -más conocida bajo la curiosa denominación de “Ley de agenda corta contra la delincuencia”-, introduce una serie de modificaciones en el Código Penal, que, en general, son de escasa envergadura, pues se reducen a ligeros retoques en aspectos específicos de diversas disposiciones tanto de la Parte general como de la especial.

La ley en cuestión tuvo su origen en un Mensaje del Ejecutivo² enviado al Parlamento en julio de 2006, cuya finalidad era optimizar la lucha contra la delincuencia y contrarrestar el sentimiento de inseguridad que experimenta la ciudadanía frente a su creciente aumento. Para ello, aparte de una serie de modificaciones de naturaleza procesal, contemplaba dos modificaciones al Código Penal: por una parte la ampliación de la presunción contenida en el inc. 2° del art. 10, N° 6, respecto a la concurrencia de los supuestos de la legítima defensa, a fin de que cubriera también el delito de violación de menores, corrigiendo así la mención del art. 365, inc. 2°, a la sazón, inexistente³, y, en segundo lugar, la incorporación de reglas especiales para determinar la pena en caso de reincidencia, pero sólo respecto de ciertos delitos, considerados como los más graves⁴.

En su discusión parlamentaria las modificaciones propuestas por el Ejecutivo sufrieron importantes variaciones: se rechazó el estatuto especial para el castigo de reincidentes en delitos graves, optándose, en cambio, por una reformulación de la reincidencia como agravante genérica, y se modificaron los tipos penales de los arts. 269 ter (prevaricación de los fiscales del Ministerio Público) y 456 bis A (receptación), lo que no estaba previsto en el proyecto original. En definitiva, los cambios que esta ley introduce al Código Penal son los siguientes:

- 1 Abogada asesora, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Doctorada en Derecho en la Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Alemania.
- 2 El referido Mensaje refundió una serie de iniciativas parlamentarias de distintos sectores políticos, sobre diversos temas relacionados con el problema de la criminalidad.
- 3 Ello se produjo como consecuencia de la derogación por la Ley 19.617, de 1999, del inciso 2° del art. 365, el cual había sido agregado en 1972 por la Ley 17.727, con el fin de tipificar la violación sodomítica, que hasta entonces sólo podía castigarse como abusos deshonestos, debido a que el sujeto pasivo del delito de violación era exclusivamente una mujer.
- 4 Estas reglas serían aplicables solamente a los delitos que menciona el art. 10, N° 6, inc. 2°, los cuales, según el propio Mensaje, representarían los delitos más graves. Tales delitos son: secuestro, sustracción de menores, violación, violación de menores, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación.

1. En materia de legítima defensa:

Se corrigió la vacua referencia que hacía el inc. 2°, del art. 10 N° 6, al art. 365, inc. 2°, derogado por la Ley 19.617, incorporando en su reemplazo los arts. 362 y 365 bis, que sancionan la violación de menores y el abuso sexual mediante la introducción de objetos, respectivamente. Con ello se amplía, una vez más, el número de delitos cubiertos por la denominada “legítima defensa privilegiada”⁵, en la cual se presume que concurren los requisitos de la legítima defensa -presunción meramente legal, en todo caso-, cuestión que ha sido muy criticada por la doctrina, sobre todo por la aparente dispensa del requisito de proporcionalidad que encierra la frase “cualquiera que sea el daño que ocasionen al agresor”. Desde otro punto de vista, también se le censura a la disposición que comentamos la selección que hace de los delitos a que se aplica la presunción de legítima defensa⁶.

2. En materia de reincidencia⁷

Se innova en cuanto a la manera de entender la reincidencia, sobre la base del tenor literal de los Nos. 15 y 16 del art. 12 y del art. 92, pero especialmente de su interpretación jurisprudencial, conforme a la cual la aplicación de esta agra-

5 Originalmente, la presunción de legítima defensa (tomada del Código belga e incluida en el inc. 2° del N° 4 del art. 10) favorecía únicamente al que durante la noche rechazara el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o departamento habitados, o de sus dependencias. En 1954, la Ley 11.625 sobre estados antisociales, la hizo extensiva a los delitos de robo con violencia o intimidación. Posteriormente, la Ley 19.164, de 1992, eliminó el requisito de nocturnidad en el caso de lugares habitados, entre los cuales incluyó la oficina, pero lo mantuvo, en cambio, al incorporar los locales comerciales e industriales; asimismo, a las mencionadas figuras de robo agregó los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación, parricidio y homicidio.

6 Durante la discusión de la ley, se propuso agregar el robo por sorpresa e incluso algunas formas de hurto, así como también las lesiones graves y el tráfico de estupefacientes, ideas que, sin embargo, no prosperaron.

7 En lo que concierne a esta modificación, el texto aprobado difiere sustancialmente de la propuesta del Ejecutivo, la cual, desarticulando completamente el sistema de circunstancias modificatorias, establecía reglas especiales para determinar la pena en caso de reincidencia, aplicables sólo a los delitos más graves. Entre tales reglas cabe destacar la aplicación de la agravante con una sola condena previa, así como la exclusión de la atenuante de reparación del mal causado y de la posibilidad de otorgarle carácter de muy calificada a una atenuante cualquiera, limitando también considerablemente la posibilidad de compensar la agravante con eventuales circunstancias atenuantes. Se corregía, asimismo, la forma de computar el plazo de prescripción, el cual debía comenzar cuando se hubiera cumplido la condena anterior.

Esta propuesta fue desechada durante su discusión en el Senado, que se hizo eco de las críticas expresadas por académicos y representantes de diversas instituciones, entre ellas, el Ministerio Público.

vante exigía el cumplimiento efectivo de la pena anteriormente impuesta⁸, lo que planteaba una serie de problemas prácticos, pues no podía aplicarse cuando el condenado hubiera sido favorecido con la remisión condicional de la pena.

La modificación consiste en reemplazar la palabra “castigado”, que empleaban originalmente los arts. 12, N° 15, y 92, por “condenado”, con lo cual, para que pueda operar la agravante, basta con que exista una condena firme, sin atender a si dicha condena se ha cumplido o no.

Para entender cabalmente el significado de la modificación, recordemos que el fundamento que tradicionalmente se ha esgrimido para agravar la pena del reincidente estriba en que la comisión de un nuevo delito demuestra la *inutilidad de la pena* anteriormente impuesta para reformar al condenado, lo que obligaría a aumentar el rigor. Los autores de raigambre positivista, por su parte, vieron en la reincidencia la manifestación de una mayor *peligrosidad*, frente a la cual la sociedad debe protegerse, aun mediante la imposición de medidas de seguridad predelictuales, si es necesario. Modernamente hay una fuerte corriente doctrinaria que propugna la abolición de la reincidencia como circunstancia agravante, argumentando que en ella no hay un mayor injusto ni una mayor culpabilidad que justifiquen la imposición de una pena más rigurosa, por lo que el aumento de la pena no obedecería a una mayor gravedad intrínseca del hecho en sí, sino que sólo castigaría una manera de ser o una forma de vida. Por tal razón, la agravante estaría en pugna con la concepción liberal del Derecho Penal, como *Derecho Penal de acto*, para convertirse en un *Derecho Penal de autor*, propio de regímenes autoritarios⁹. Y no faltan quienes postulan que, dada la tendencia irrefrenable a delinquir que presenta el reincidente, éste debería ser castigado con una pena atenuada¹⁰.

Por nuestra parte pensamos que en la reincidencia sí existe un mayor injusto y una mayor culpabilidad que legitiman la mayor severidad con que se la castiga en la mayoría de las legislaciones. En lo que atañe al injusto, es indudable que, especialmente en la reincidencia específica, hay un alto grado de especialización en la ejecución del delito, lo que incide en una mayor eficiencia criminal, puesto que el reincidente puede cometer más delitos en menos tiempo, con escasas probabilidades de que las víctimas puedan oponer resistencia y de ser descubierto por la policía. Pero también hay una mayor culpabilidad, pues revela una actitud

8 Siguiendo con ello el concepto clásico de la reincidencia, que se remonta a Carrara.

9 En este sentido, ZAFFARONI, Raúl Eugenio, en “Reincidencia”, artículo publicado en *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1992, págs. 117-131, y Guzmán Dálbora, José Luis, en “Reincidencia y defensas privilegiadas en la denominada <<agenda corta>> gubernamental contra la criminalidad”, publicado en *Gaceta Jurídica*, núm. 317, págs. 9-17.

10 Así, por ejemplo, BUCCELATTI y KLEINSCHROD, citados por NOVOA, Eduardo, en *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo 2, Edit. Jurídica Ediar-Conosur, 1985 (reimpresión de la 1ª ed. de 1966), pág. 83.

de contumacia y desprecio frente al Derecho, *manifestada en el nuevo hecho perpetrado*, lo cual contradice la tesis de que se castigaría una manera de ser¹¹.

Pues bien, volviendo a la apreciación crítica de la modificación aprobada, es preciso destacar que ella está lejos de resolver los complejos problemas que plantea la regulación de la reincidencia en nuestro país, debido a que, como suele ocurrir, faltó una revisión sistemática de la materia, pues no se tuvieron en cuenta las implicancias de las reglas del art. 92 para la aplicación de esta agravante, ni tampoco la manera como el art. 104 regula su prescripción.

Así, en lo que concierne a la *reincidencia genérica*, subsiste la exigencia de que haya, a lo menos, dos condenas anteriores para que pueda aplicarse la agravante¹², de manera que ésta sólo surtirá efectos a partir del *tercer* delito, y siempre que el mismo tenga asignada una pena igual o menor que los delitos anteriormente cometidos; en cambio, si el nuevo delito está conminado con una pena más grave que los anteriores, las condenas previas no incidirán sobre la penalidad. Esta última exigencia nos merece dos comentarios: en primer lugar, estimamos poco probable que una persona inicie su carrera delictual cometiendo delitos de cierta gravedad, para cometer luego delitos menos graves, pues la progresión delictiva es normalmente en sentido inverso. Y en segundo lugar, la determinación de la mayor o menor gravedad relativa de las penas correspondientes a los diversos delitos cometidos, sólo es posible cuando las penas son de la misma naturaleza (esto es, penas pecuniarias, privativas de libertad o privativas de derechos, entre sí), ya que no resultan comparables en caso contrario. A ello se suma el hecho de que la pena de multa es común a crímenes, simples delitos y faltas.

En el caso de la *reincidencia específica*, subsisten los arduos problemas interpretativos a que ha dado origen la expresión “delitos de la misma especie”, como lo demuestra la vacilante jurisprudencia de nuestros tribunales, especialmente en lo que se refiere a los delitos contra las personas y contra la propiedad¹³.

11 Preferimos no hablar de una *mayor intensidad del dolo*, como hacen algunos autores, porque en nuestra opinión la agravación por reincidencia debiera aplicarse igualmente en el caso de los delitos culposos, como veremos más adelante.

12 La tendencia en el Derecho Comparado es que basta con una sola condena previa. Así, en los códigos de Argentina (art. 50), de Austria (§ 33, 2), Costa Rica (art. 39), España (art. 22, 8), Francia (arts. 132-8 y ss.), Italia (art. 99), México (art. 20), Perú (art. 46-B), Portugal (art. 75).

En caso de multirreincidencia, esto es, más de una condena previa, la pena por lo general es más elevada: es el caso de Argentina (art. 52), Austria (§ 39), España (art. 66), México (art. 21), Perú (art. 46-C); o bien, sirve de base para la declaración de habitualidad o profesionalidad, en cuyo caso puede aplicarse una medida de seguridad: Italia (arts. 102, 105 y 109).

13 Véase una amplia reseña en KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (obra colectiva dirigida por POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis), tomo I, Edit. Jurídica de Chile, año 2002, págs. 215 y ss.

Tampoco se resuelven las dudas que plantea la aplicación de la agravante en el caso de los delitos *culposos*, cuestión que algunos incluyen entre los problemas tratados en el párrafo precedente, en el sentido de si, para efectos de la reincidencia, la condena anterior por un delito culposo podría ser tenida en cuenta al enjuiciar un delito doloso posterior, y viceversa¹⁴. Pero el punto que queremos tratar aquí es otro, a saber, si es posible la reincidencia en delitos culposos entre sí. Si bien un sector de la doctrina niega tal posibilidad, autores como NOVOA y CURY estiman que no existen razones valederas para excluir la aplicación de la agravante en esta clase de delitos, pues la reiterada falta de cuidado que ocasiona grave daño a bienes jurídicos fundamentales, como la vida y la integridad corporal, revela un especial desprecio por el Derecho¹⁵. Por nuestra parte, adherimos a esta última postura.

Otro punto no aclarado por la nueva ley es si las condenas anteriores deben haber sido pronunciadas exclusivamente por tribunales *chilenos* o si comprenden también las impuestas por tribunales *extranjeros*. Aplicando el principio hermenéutico de que allí donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir, cabría concluir que las condenas previas pueden emanar tanto de tribunales nacionales como extranjeros, teniendo especialmente en cuenta la actual globalización de la delincuencia. Pensamos, sin embargo, que sería preferible una declaración expresa en tal sentido, como lo hacen los códigos de muchos países, entre los que cabe mencionar el de Argentina (art. 50, inc. 2°), Costa Rica (art. 39), Francia (art. 136-16-6), Italia (art. 12, 1), México (art. 20), Portugal (art. 75, N° 3). En la legislación chilena esta cuestión se halla regulada expresamente en sentido afirmativo en materia de delitos relacionados con drogas desde el año 1969 (art. 8° de la Ley 17.155), y actualmente, por el art. 21 de la Ley 20.000.

Del mismo modo, no se aprovechó la ocasión para modificar la defectuosa norma sobre *prescripción de la reincidencia*, contenida en el art. 104. Dicha norma establece que ambos tipos de reincidencia prescriben en diez o cinco años, según se trate de crimen o simple delito¹⁶, plazo que se cuenta *desde la perpetración del hecho* que fue objeto de la condena previa, lo que parece bastante ilógico, si se piensa que, por definición, la reincidencia no consiste simplemente en volver a delinquir, sino en haber sido condenado ya por otro delito antes de cometer aquel por el que se le juzga. De ahí que, armonizando la citada disposición con las modificaciones introducidas por la ley que comentamos, el plazo debiera contarse desde la fecha en que la sentencia condenatoria haya quedado ejecutoriada. El cómputo del plazo de prescripción desde la comisión del hecho conduce al absurdo de que, precisamente en el caso de los delitos más graves, la reincidencia no surte efecto alguno, porque si se suma el tiempo transcurrido hasta la condena definitiva –que puede incluir la celebración de más de un juicio

14 Cuestión respecto de la cual existe una gran disparidad de criterios.

15 Cfr. NOVOA, op. cit., pág. 104, y CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3ª ed., año 2004, pág. 513.

16 Nótese que estos son los mismos plazos generales de prescripción de la acción penal y de la pena respecto de crímenes y simples delitos.

como consecuencia de eventuales fallos de nulidad- y el de duración de la pena impuesta, lo más probable es que ya se haya cumplido o esté muy próximo a cumplirse el plazo de prescripción, de manera que no podrá invocarse al juzgar los nuevos delitos que cometa el ex-convicto al recuperar su libertad.

Por último, la modificación tampoco resuelve el problema de la *reincidencia en las faltas*, que es rechazada por la jurisprudencia, no obstante que no hay ningún texto expreso que la prohíba. La doctrina, por su parte, está dividida: mientras algunos piensan que la reincidencia no se aplica a las faltas, atendiendo a que el art. 104 sólo menciona los crímenes y simples delitos¹⁷, otros, en cambio, estiman que no hay ninguna razón para excluir a las faltas, dado que tanto los números 15 y 16 del art. 12 como también el art. 92 emplean el término *delitos* en su acepción general, comprensiva, por tanto, de crímenes, simples delitos y faltas¹⁸, sin que quepa atribuir al hecho de que el art. 104 no las mencione, otro significado como no sea que, tratándose de faltas, la reincidencia no prescribe.

Estimamos, por nuestra parte, que otro argumento a favor de la inclusión de las faltas dentro del campo de acción de la agravante, lo proporciona la legislación penal especial, donde no se hace ningún distingo en cuanto a la gravedad del delito, como ocurre en la Ley del Tránsito (arts. 196 C, inc. final, en relación con las faltas previstas en los incs. 1° y 2°) y en la de Drogas (arts. 21 y 50, inc. 2°), por lo que no parece lógico que exista una solución distinta para los delitos previstos en el Código Penal, más aún en el caso de faltas cometidas de manera habitual e incluso profesional por bandas especializadas, como la del hurto tipificado en el art. 494 bis, que anualmente le irroga al comercio que opera bajo la modalidad de autoservicio, pérdidas estimadas en millones de dólares.

Interesa destacar que ordenamientos extranjeros aplican la reincidencia en toda clase de delitos, y que en Italia y Francia la ley contiene una referencia expresa a las faltas, llegando la pena, en este último país, a equipararse con la de un delito, si la multirreincidencia tiene lugar dentro de un determinado lapso de tiempo (art. 132-11).

3. En relación con el delito del art. 269 ter:

La modificación de esta norma tiene por objeto adecuarla a la ampliación de las facultades de los asistentes de fiscal, iniciada por la Ley 20.074 y continuada por la propia ley que comentamos¹⁹, y consiste, concretamente, en que se los incorpora como sujetos activos idóneos del delito especial previsto en el art. 269

17 En este sentido, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean-Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, en *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 516.

18 Así, KÜNSEMÜLLER, op. cit., pág. 212; pero especialmente Novoa, op. cit., pág. 106.

19 En estricto rigor, dicha ampliación de facultades había comenzado mucho antes de las referidas leyes modificatorias, mediante la incorporación, por la Ley 19.806, de la norma que permite la subrogación de los fiscales por los abogados asistentes (art. 40, inc. 2°, de la Ley Orgánica del Ministerio Público), aunque de manera excepcional y sujeta a una serie de condiciones.

ter, delito que, como sabemos, castiga una forma particular de prevaricación: la de los fiscales del Ministerio Público (o de quienes actúen en tal calidad).

Dada la estrecha relación que existe entre la naturaleza de las actuaciones procesales y las conductas que sanciona el art. 269 ter, haremos un breve recuento de las actuaciones procesales que pueden realizar los abogados asistentes, en virtud de las modificaciones introducidas en la ley procesal penal y la normativa orgánica del Ministerio Público:

- a. tratándose de fiscalías donde exista un solo fiscal adjunto, cuando éste se encuentre impedido de desempeñar el cargo, el abogado asistente que el Fiscal Regional designe para subrogarlo podrá realizar *todas las actuaciones que competen al fiscal* (art. 40, inc. 2°, de la Ley 19.640). Si bien esta norma es la de más amplio alcance en cuanto a las funciones que puede realizar el abogado asistente, en la práctica tiene escasa aplicación, porque las fiscalías que cuentan con un solo fiscal son más bien excepcionales;
- b. durante la audiencia de control de detención, y siempre que actúe expresamente facultado por el fiscal, el abogado asistente puede, en conformidad al art. 132 del Código Procesal Penal:
 1. *formalizar la investigación,*
 2. *solicitar medidas cautelares y*
 3. *solicitar ampliación del plazo de detención, salvo que ésta sea declarada ilegal;*
- c. con posterioridad a la audiencia de control de detención, el abogado asistente de fiscal que haya intervenido en ella, puede también *apelar de la resolución que declare la ilegalidad de la detención*, pero sólo cuando el hecho que haya motivado la detención sea alguno de aquellos que la propia disposición señala (art. 132 bis del Código Procesal Penal), y
- d. durante el desarrollo de la investigación, el abogado asistente está facultado para *recibir la declaración de testigos*, en los mismos términos que el fiscal (arts. 190, 191 y 332 del Código Procesal Penal)²⁰.

Pues bien, para poder calibrar en su real dimensión la significación práctica de la modificación del art. 269 ter, habrá que cotejar las mencionadas actuaciones procesales con las conductas constitutivas del delito en cuestión, a saber: *ocultar, alterar o destruir cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o inexistencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, o que pueda servir para la determinación de la pena.*

20 Nótese, sin embargo, que en el caso del art. 191, la mención del abogado asistente sólo figura en el inciso 1°, que fue el único que se modificó, quedando los incisos siguientes con su redacción original, que no lo contemplaban. En consecuencia, el abogado asistente de fiscal sólo puede dejar constancia del impedimento del testigo para comparecer al juicio oral, pero no puede solicitar la rendición de prueba anticipada.

En un somero análisis del citado precepto, pueden distinguirse en él los verbos rectores: *ocultar, alterar o destruir*; los objetos sobre los que recaen tales acciones: medios de prueba materiales o inmateriales (*objetos, documentos, antecedentes*), así como los hechos que ellos están destinados a probar: *la existencia de un delito, la autoría o participación, y demás circunstancias que incidan en la penalidad* (iter criminis, atenuantes y agravantes), todos los cuales comprenden, obviamente, tanto su afirmación como su negación.

La última parte de la disposición tiene especial importancia para su adecuada interpretación, pues denota claramente que las actuaciones procesales en que puede darse este delito son aquellas que conducen de manera más o menos directa al pronunciamiento de una sentencia definitiva, o bien impiden que el asunto sea resuelto judicialmente, como ocurre cuando se hace uso de las denominadas *salidas tempranas* (facultad de no iniciar investigación, archivo provisional y principio de oportunidad), o cuando se solicita el *sobreseimiento* definitivo o temporal, o se opta por *no perseverar en el procedimiento*. Por su parte, las actuaciones que conducen a la resolución judicial del asunto, son, fundamentalmente, la *acusación* (o *requerimiento*, en el caso del proceso simplificado), que es donde se señalan los medios de prueba que se harán valer, y la *rendición de la prueba*.

De lo dicho se desprende que el fiscal, o quien haga sus veces, comete el delito en cuestión si, al optar por alguna de las distintas alternativas que le franquea la ley, lo hace sobre la base de la omisión o adulteración de algún medio de prueba *que sea determinante para el curso posterior del juicio*, induciendo deliberadamente a una resolución distinta de la que habría correspondido si no se hubieran falseado los hechos. Tal sería el caso si, por ejemplo, en vez de acusar, solicita el sobreseimiento definitivo fundado en la inexistencia del delito, ocultando un medio de prueba que demuestra lo contrario, o bien suprime deliberadamente pruebas, con la finalidad de inducir a la absolucón o a una condena mucho más benigna.

En cambio, pensamos que no serían actuaciones idóneas para la comisión de este delito, las que se cumplen en audiencias ante el juez de garantía actuando como tal -lo que excluye los casos en que éste actúa como tribunal de fondo-, tales como la audiencia de control de detención o aquellas en que se debaten cuestiones relacionadas con medidas cautelares personales. La razón de ello estriba en que, no obstante que la ley procesal condiciona el otorgamiento de tales medidas a la aportación de antecedentes que *justifiquen* la existencia del delito y *permitan presumir* la autoría o participación del imputado, dichas expresiones denotan un sentido meramente indiciario y provisional, incompatible con la naturaleza de *medios de prueba* que cabe atribuir a los objetos materiales del delito del art. 269 ter, de acuerdo con su propio tenor literal, particularmente, el verbo *establecer*, así como la frase *determinación de la pena*, puesto que sólo habrá lugar a esta última cuando se haya logrado demostrar la responsabilidad penal del acusado.

Hechas todas estas aclaraciones, fácil será advertir que la modificación introducida por la ley que comentamos tiene escasa significación práctica, puesto que la mayoría de las actuaciones que puede realizar el abogado asistente de fiscal,

en virtud de la ampliación de sus atribuciones, *son irrelevantes para la aplicación del art. 269 ter*. Así, en nuestra opinión, los únicos casos en que el abogado asistente podría incurrir en algunas de las conductas sancionadas por la norma en cuestión, serían el de la subrogación, tratándose de fiscalías unipersonales, y el del interrogatorio de los testigos durante la investigación, ya que todas las demás actuaciones procesales en que puede intervenir no conducen de manera directa a la resolución del caso ni se relacionan con la preparación, ofrecimiento ni rendición de pruebas.

4. En relación con el delito de receptación:

Esta es otra de las modificaciones que no estaban contempladas en el proyecto original, sino que fue el resultado de indicaciones surgidas tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado.

Las modificaciones en cuestión no alteran la estructura del delito de receptación, previsto en el art. 456 A²¹, sino que se limitan a agregar nuevos delitos sobre los cuales puede incidir la receptación, así como también nuevos verbos rectores, y a elevar el monto de la pena pecuniaria, modificaciones que, sin embargo, no atacan la raíz del problema que presenta la persecución de este delito en nuestro país²².

21 Recordemos que este delito fue incorporado por primera vez al Código Penal chileno como delito autónomo en el año 1995 por la Ley 19.413. Antes estaba previsto solamente como una forma de participación -como encubrimiento, primero, y luego como complicidad- en un delito de hurto o robo cometido por un tercero.

22 Debe destacarse que el Ministerio Público formuló una propuesta integral para modificar la regulación de la receptación, sobre la base de un estudio de Derecho Comparado sobre la materia, la cual no encontró mayor acogida en el Parlamento. El tenor de dicha propuesta era el siguiente:

“Art. ... : El que con ánimo de lucro propio o ajeno reciba o adquiera a cualquier título una cosa obtenida por otro mediante la comisión de un hecho típicamente antijurídico, o actúe como intermediario para que un tercero la reciba o adquiera, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio o multa de 10 a 15 UTM.

La pena se aumentará en un grado y la multa será de 15 a 30 UTM en los siguientes casos:

- a) si la cosa receptada es transformada para dificultar su reconocimiento;
- b) si las cosas se reciben para traficar con ellas;
- c) si el hechor hace de la receptación un medio para ganarse la vida, y
- d) si el delito se comete por bandas organizadas.

En el caso de la letra c), será antecedente decisivo para acreditar el delito el hecho de no poder justificar la obtención de recursos proporcionados al tren de vida que se lleva ni el origen de los bienes de que se está en posesión.

Art. ... : En el caso de que el receptor sea persona que ejerza un comercio o industria, se aplicará como pena accesoria el cierre temporal del respectivo establecimiento por seis meses a un año, cierre que será definitivo en el caso de reincidencia o reiteración.

Las referidas modificaciones nos merecen los siguientes comentarios:

En lo que concierne a los delitos que pueden servir de base a la receptación, a los ya tradicionales de hurto y robo, además del abigeato agregado por una modificación anterior²³, la nueva ley añade la receptación y la apropiación indebida. Esto nos parece criticable tanto desde el punto de vista de la técnica legislativa, pues continúa con el deplorable casuismo que caracteriza al Código Penal, de factura decimonónica, como desde el punto de vista político-criminal, ya que deja fuera de la regulación cualquier otro delito que permita obtener bienes ilícitamente, tales como la estafa o la malversación de caudales públicos²⁴.

En cuanto a las conductas punibles, éstas se amplían para incluir el *transporte* y la *transformación* de las especies²⁵. Pensamos que el verbo *transportar* ya estaba incluido en la conducta de *tener en su poder a cualquier título*, puesto que el que transporta algo forzosamente ha de tenerlo en su poder, aunque sea transitoriamente, de manera que la incorporación de este nuevo verbo rector nada cambia respecto a la situación anterior. La inclusión del verbo *transformar*, en cambio, nos parece acertada, aunque a nuestro juicio debiera dar lugar a una pena agravada, puesto que revela un mayor injusto, en la medida que dificulta o impide la recuperación de las especies objeto de receptación.

Del mismo modo, estimamos que es acertado el aumento del límite superior de la pena pecuniaria, de veinte a cien UTM, pero como el mínimo se mantuvo en cinco UTM, sumado a la tendencia de los tribunales a aplicar las penas en sus tramos inferiores, parece poco probable que dicho aumento tenga el efecto disuasivo que persigue la modificación. El amplio marco penal de la pena privativa de libertad (presidio menor en cualquiera de sus grados) tampoco experimentó ninguna variación, lo cual, por las mismas razones ya anotadas, hace que en su aplicación práctica las penas no sean acordes con la gravedad del delito, máxime teniendo en cuenta el claro efecto criminógeno respecto a los atentados contra la propiedad, hasta el punto de que los ladrones en muchos casos actúan a pedido de los receptadores, los que se han organizado para la comisión de este delito, alcanzando un alto grado de especialización. De ahí que, en nuestra opinión, el

Art. ...: El que reciba o adquiere una cosa sin haberse cerciorado previamente de su legítima procedencia sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 10 UTM cuando las condiciones en que se ofrece la cosa, sea por su calidad, las características del oferente o el precio propuesto, hagan sospechar razonablemente un origen ilícito”.

23 Aprobada por la Ley N° 20.090, de 11 de enero de 2006.

24 En el mismo sentido se expresa Jean-Pierre MATUS, quien fue invitado a exponer sus puntos de vista durante la discusión del proyecto de ley en el Senado (cfr. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, págs. 290 y ss.).

25 En realidad, estos verbos fueron agregados durante la discusión en el Senado del proyecto de ley para sancionar la sustracción y receptación de cables y otros elementos de cobre (Boletín 4266-07, fusionado con el 4267-07), proyecto que fue tramitado paralelamente con el que dio origen a la ley que comentamos. Dado que ambos proyectos formaban parte de lo que se denominó “agenda corta contra la delincuencia”, hubo una especial preocupación por armonizar su contenido.

receptor puede ser castigado también como instigador del delito mediante el cual se obtuvieron las especies, lo que permitiría aplicarle la misma pena que al autor de dicho delito.

Conclusiones:

Del análisis crítico de las modificaciones efectuadas al Código Penal por la Ley 20.253 es dable concluir que las mismas no son idóneas para alcanzar los objetivos que persigue la ley, tanto por su escasa significación práctica como por la deficiente técnica legislativa, que impide que los cambios surtan los efectos esperados, al no armonizarlos con otras normas relativas a las mismas materias, como ha ocurrido con las modificaciones de la agravante de reincidencia, lo cual es tanto más grave si se piensa que, de las escasas modificaciones penales que contiene la ley en cuestión, ésta era una de las pocas directamente atingentes al problema que se quiere resolver. Y otro tanto puede decirse respecto a los retoques efectuados al delito de receptación, que ciertamente requiere ser reformulado, pero de manera integral y con un criterio más amplio.

La verdad es que mientras la reforma del proceso penal no vaya acompañada de una revisión sistemática y en profundidad del Derecho Penal sustantivo, así como del Derecho penitenciario, poco podrá avanzarse en la lucha contra el delito.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 7 DE OCTUBRE DE 2008 – REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL -

Hernán Ferrera Leiva¹

Comentario:

El pasado 7 de octubre, en votación dividida, el Tribunal Constitucional² dictó sentencia en el requerimiento de inaplicabilidad, ingreso N° 1130-08, dirigido contra la regla contenida en el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal. Manteniendo los criterios manifestados en los casos que previamente fueron sometidos a su conocimiento³, dicho requerimiento fue rechazado.

El caso para el que se requería la inaplicabilidad de la mencionada norma, un cuasidelito de homicidio sometido a las reglas del procedimiento simplificado, se seguía ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano. Este último Tribunal, el pasado 4 de diciembre de 2007, dictó sentencia condenatoria imponiendo a la requerida la pena de cien días de presidio menor en grado mínimo, aplicando a favor de la sentenciada el antiguo texto del artículo 398 del Código Procesal Penal. La validez de la sentencia fue impugnada por medio de un recurso de nulidad de la defensa que, en definitiva, fue acogido por la ltma. Corte de Apelaciones de la ciudad de Concepción, que dispuso la realización de un nuevo juicio oral simplificado ante Tribunal no inhabilitado. Antes de desarrollarse el nuevo juicio, el procedimiento fue suspendido por decisión del Excmo. Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Política.

Las objeciones dirigidas contra la disposición legal principalmente se refirieron a la infracción de la garantía del procedimiento justo y racional, del inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Carta Política, y entre sus componentes, específicamente, el derecho al recurso.

La oportunidad en que fue deducido el requerimiento ya planteaba un problema, pues según lo establecido en el numeral sexto del artículo 93 de la Carta Fundamental, es facultad del Tribunal Constitucional resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal *cuya aplicación*

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

2 Integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

3 Rol N° 986-07 y N° 821-07.

en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, **resulte contraria a la Constitución**. La norma parece no admitir una apreciación menos estricta que la efectiva contrariedad de la Carta Fundamental, es decir, la exigencia constitucional para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, no se podría tener por cumplida si del examen resulta que la aplicación de la norma sólo *puede* resultar contraria a la constitución, como sí ocurre, por ejemplo, con la exigencia de que se trate de una norma decisiva en la resolución del asunto.

En el caso en estudio, y sin entrar al fondo de los reclamos formulados en el requerimiento de inaplicabilidad, el resultado contrario a la Constitución Política de la República que se reclamaba, sólo tendría lugar si la segunda sentencia fuera otra vez condenatoria y, por el contrario, desaparecería del todo si aquella fuere absolutoria, ya que en este último caso quien no dispondría del recurso de nulidad sería el acusador o requirente en procedimiento simplificado. Siendo así, sólo se pudo sostener que la aplicación de la norma legal cuestionada *podría* provocar un resultado contrario a la Constitución, con lo que pareciera no cumplirse con la exigencia constitucional que autoriza, excepcionalmente, la inaplicabilidad de un precepto legal.

El inconveniente que enfrentaba el requerimiento provocaba un problema adicional, cual era que el desinterés por las coyunturas que concretamente atravesaría la aplicación de la norma objetada, alejaba el análisis del caso para hacerlo más abstracto, de contraste directo entre la ley y la Carta Fundamental, lo que contrariaba la naturaleza y características que el Tribunal Constitucional atribuye al requerimiento de inaplicabilidad, mediado por el caso concreto.

El Tribunal Constitucional, en el considerando decimoctavo de la sentencia que se comenta, reprocha al requirente que no plantea un examen concreto de constitucionalidad del precepto impugnado, señalando que *no alude a las características del caso concreto y a los efectos contrarios a la Constitución que produciría en el mismo la aplicación del precepto, limitándose a contrastar la norma legal con la Constitución y a señalar que resulta decisiva en el caso*. Junto con lo anterior, el voto de mayoría incorpora entre sus argumentos la vigencia del principio de competencia específica en el proceso constitucional, lo que permite al Tribunal *conocer lo que se le pide y lo autoriza a resolver solamente lo debatido*⁴.

En definitiva, concluyen los sentenciadores que si el requirente *no señala cuáles son los efectos contrarios a la Carta Fundamental ni la manera en que se producen, no puede darse lugar a su requerimiento de inaplicabilidad*.

Pero, sin perjuicio que las razones expuestas han sido fundamento del rechazo de la inaplicabilidad solicitada, la sentencia reitera el grueso de las consideraciones de las sentencias recaídas en los requerimientos de inaplicabilidad Rol N° 986-07 y 821-07⁵, también dirigidos contra el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, y entre aquellas consideraciones, algunas de particular interés.

4 Al efecto la sentencia cita al Ministro y Presidente del Tribunal Constitucional, don Juan Colombo Campbell, y lo que señala en su obra “El Debido Proceso Constitucional”.

5 Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 34, Págs. 22 y siguientes.

Así, se refiere a la garantía del debido proceso, entendiendo por tal, como se ha hecho en otros pronunciamientos, ... *aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho.* Más adelante se dice que ... *desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado.* En este mismo sentido se reitera que ... *deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado.*

También se mantienen en el fallo las argumentaciones vertidas en torno al término del proceso y el cumplimiento cabal de la función constitucional que aquél tiene asignada, en el sentido *que toda sentencia, en algún momento, es agravante para una de las partes, específicamente para la parte vencida, y si el agravio implicara que siempre debe haber un recurso que lo remedie, el proceso nunca podría tener fin.*

Previno el Ministro Sr. Enrique Navarro Beltrán, sustentando su rechazo al requerimiento, primero, en la procedencia del recurso de queja, también respecto de la sentencia que resulte en la hipótesis que regula la norma cuya inaplicabilidad se perseguía en este caso, y luego, en las consideraciones expuestas en la sentencia Rol 986-07, antes citada.

Los votos contrarios fueron sostenidos por los Ministros Sres. Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil, quienes difieren de la mayoría en relación con si el requirente sometió a su consideración un examen concreto de constitucionalidad, sosteniendo, todavía, que igualmente la inaplicabilidad puede surgir de la incompatibilidad absoluta de la norma con la Constitución Política de la República.

Luego los disidentes señalan, como ya lo hicieron con anterioridad, que si bien el Código Procesal Penal concede, en general, el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, no lo admite cuando ésta se ha dictado en un segundo juicio realizado a consecuencia de la nulidad del primero, lo que constituye una diferenciación que no encuentra razones en la misma norma que la consagra, en su historia legislativa, o en el contexto del nuevo proceso penal, de suerte que la norma cuestionada produce, en su opinión, efectos contrarios a la Constitución.

SENTENCIA:

Santiago, siete de octubre de dos mil ocho.

VISTOS:

Con fecha 9 de mayo de 2008, los abogados Samanntha Carrasco, Erasmo Recabarren y Mauricio Godoy, en representación de la doctora Carolina Olga Gajardo Salazar, han formulado una acción de inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio.

La norma impugnada dispone:

“Artículo 387.- Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código.

Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.”

La causa en que se requiere la inaplicabilidad es la RUC N° 0510011957-0, que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, ante quien el Ministerio Público ha deducido requerimiento por cuasidelito de homicidio de la menor Macarena Alexandra Reyes Castillo en contra de la Dra. Gajardo, solicitando una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo. De acuerdo a los

artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, el asunto fue sometido al procedimiento simplificado, quedando radicado en el mencionado Juzgado de Garantía. El 4 de diciembre de 2007 se dictó sentencia condenando a la Dra. Gajardo como autora de cuasidelito de homicidio, imponiéndosele la pena de 100 días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas. La defensa dedujo recurso de nulidad, acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción, por lo que se invalidó el juicio y la sentencia y se dispuso la realización de un nuevo juicio oral simplificado.

Indica la requirente que la primera parte del inciso segundo de la disposición cuestionada, al impedir al inculpado impugnar la sentencia que se dicte en el nuevo juicio oral, implica una infracción al artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución, relativo al derecho a un procedimiento racional y justo, vulnerando, además, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El derecho al debido proceso forma parte de la garantía constitucional de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, por lo que las restricciones legales al pleno ejercicio del derecho del acusado a impugnar la sentencia serían ilegítimas e inconstitucionales.

Recuerda que la supresión de la apelación y la consulta en el nuevo procedimiento penal se debió a que en el nuevo sistema interviene un conjunto más complejo de órganos, minimizándose así la posibilidad de error. Sin embargo, en la causa sublite se mantiene el riesgo de equivocación o abuso de atribuciones dado que en el procedimiento simplificado existe un

solo juzgador, siendo más relevante el control de su decisión. A pesar de que aún no se ha dictado sentencia en el segundo juicio simplificado, la requirente estaría impedida de impugnarla si ésta fuera condenatoria, por aplicación de la norma requerida, que de manera injustificada no le permite ejercer su derecho al recurso, como lo consagran la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta Fundamental.

Expresa que de acogerse el requerimiento, se garantizarían también los derechos del resto de los intervinientes, ya que no sólo se reconocería a la requirente la garantía constitucional del debido proceso y el derecho al recurso, sino que ocurriría lo mismo para los demás intervinientes, en caso de dictarse sentencia absolutoria.

Rechaza la argumentación formulada en el sentido de que, de no aplicarse la norma impugnada, los procesos nunca tendrían fin, ya que bastaría que el tribunal de alzada, conociendo del segundo recurso de nulidad, lo rechace para que la sentencia quede firme.

A mayor abundamiento, expresa la requirente que no aparece racional ni justo que, según la disposición impugnada, si en el primer juicio es absuelta, en el segundo juicio tiene derecho a recurrir si es condenada; en tanto que si en el primer juicio es condenada, no tiene derecho a recurrir en el segundo si es igualmente condenada. Ello implica una desigual protección del derecho a recurrir, cuyo ejercicio es esencial cuando la resolución dictada es agravante.

Además, añade la requirente que el inciso segundo del artículo 387 del

Código Procesal Penal infringe el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Carta Fundamental, pues sólo permite el derecho al recurso cuando la sentencia anulada hubiere sido absolutoria y la del nuevo juicio condenatoria, implica revivir un proceso fenecido, lo que está expresamente prohibido por la Constitución, ya que lo anulado no puede ser tenido en cuenta para ningún propósito ni constituye antecedente idóneo para producir algún resultado, por lo que se violenta además el artículo 76 de la Constitución.

Con fecha 14 de mayo de 2008 la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los autos al Pleno para su substanciación.

Con fecha 5 de julio de 2008 el Fiscal Nacional del Ministerio Público evacuó el traslado conferido señalando, en primer lugar, que el artículo 93 N° 6 de la Constitución requiere examinar y determinar que la aplicación de la norma legal cuestionada resulte contraria a la Constitución. En el caso sublite se encuentra pendiente un segundo juicio oral simplificado cuyo resultado es incierto y el efecto pretendidamente contrario a la Constitución que se objeta a la norma impugnada sólo tendría lugar si, en el futuro, la segunda sentencia fuera otra vez condenatoria, y, por el contrario, ello no sucedería si la sentencia fuera absolutoria, ya que entonces la sentenciada no requeriría recurso alguno. Así, sólo podría resultar contraria a la Constitución en la forma que señala el requerimiento, por lo tanto el resultado contrario a la Constitución es una mera eventualidad, atendido lo cual el requerimiento no satisface los requisitos del recurso de inaplicabilidad

que contempla el artículo 93 N° 6 de la Carta. Incluso el requerimiento se aleja del examen concreto que exige la inaplicabilidad, ya que supone un examen abstracto acerca de la eventual contradicción entre la norma legal y la Constitución.

Respecto a la argumentación de fondo del requerimiento, el Ministerio Público expresa que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución no contiene una disposición que garantice expresamente el “debido proceso”. La norma impugnada aborda dos aspectos de dicho concepto: que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que corresponde al legislador establecer las garantías de un proceso justo y racional, lo que es cumplido plenamente.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de lo que debe entenderse como procedimiento justo y racional, el Ministerio Público identifica la facultad de interponer recursos para revisar sentencias. En este sentido el Código Procesal Penal establece un sistema de recursos contra la sentencia definitiva, como es el recurso de nulidad. En este caso, la requirente no plantea dudas respecto al recurso de nulidad, sino que alude a la sentencia dictada en el segundo juicio. De lo anterior se deduce que a la requirente no se la ha privado del derecho a recurrir y ha ejercido efectivamente tal derecho.

Sostiene que la sentencia de nulidad tuvo como fundamento la existencia de defectos de fundamentación del fallo del primer juicio, específicamente respecto de los hechos y valoración de la prueba que fueron fijados por el sentenciador. De esta manera, el

caso se somete a un segundo juicio donde acusador y querellante harán valer exactamente las mismas pruebas vertidas en el primer juicio, conocidas por la defensa, volviendo a concedérsele al imputado el máximo de garantías. Se trata entonces de una segunda revisión y, por lo tanto, se reducen las posibilidades de error.

Respecto a la argumentación de que la norma impugnada vulnera la prohibición de hacer revivir procesos fenecidos, sostiene que debe descartarse porque mal podría la norma revivir un proceso fenecido si se sabe que en éste está pendiente un nuevo juicio oral simplificado, por lo que no puede considerársele como fenecido.

Finalmente, en relación a que la norma impugnada podría generar procedimientos que nunca tendrían fin, es precisamente con la inaplicabilidad de la misma se abriría la oportunidad de eternizar el procedimiento, lo que pugna con la Constitución.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 17 de julio de 2008 se realizó la vista de la causa, alegando los abogados Erasmo Recabarren, en representación de la requirente, y Hernán Ferrera Leiva, en representación del Ministerio Público.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que la requirente pretende se inaplique el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal en la causa por cuasidelito de homicidio seguida en contra de Carolina Gajardo Salazar, Rit 2015-2005, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, con la finalidad de producir como efecto un tercer juicio en dicha causa, para el evento que la sentencia del

segundo juicio fuere condenatoria, al igual que la del primero. Sostiene que dicho precepto resulta contrario a la Carta Fundamental, en cuanto vulnera el inciso quinto del numeral 3º del artículo 19 de la misma y las normas de tratados internacionales, por negarle el derecho a recurrir en contra de una sentencia condenatoria;

SEGUNDO.- Que, contestando el Ministerio Público, solicita el rechazo del requerimiento, pues la aplicación del precepto no resulta contraria a las disposiciones constitucionales invocadas, toda vez que la requirente ya hizo uso del derecho a interponer el único recurso establecido por el Código Procesal Penal en cumplimiento del mandato de contar con un procedimiento racional y justo, el de nulidad, que fuere acogido, razón por la cual se ordenó la realización de un segundo juicio, que es la gestión que se encuentra pendiente. Hace presente además el Ministerio Público, que la requirente no cuestiona la suficiencia del recurso de nulidad como medio para impugnar la sentencia condenatoria, por lo cual dicha materia no se encuentra sub lite.

Por lo tanto, lo que cabe entonces examinar es si la aplicación del precepto impugnado ha de producir un resultado distinto al que se generaría de inaplicarlo y si, en caso afirmativo, el mismo es o no contrario a la Constitución, toda vez que a la luz de lo expuesto precedentemente y atendido el claro tenor del artículo 93, inciso primero, Nº 6, de la Carta Fundamental, para que prospere una acción de inaplicabilidad debe tratarse de la impugnación de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal

ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. Esta dicotomía sólo puede derivar en una conclusión a la luz de los antecedentes que proporciona la gestión en que el precepto legal cuestionado puede aplicarse, como quiera que se trata de un examen concreto de constitucionalidad;

TERCERO.- Que este Tribunal ha precisado de forma reiterada el concepto, la naturaleza y los caracteres de la acción de inaplicabilidad, destacando sus diferencias con la prevista en la Carta Fundamental de 1980, destacando especialmente que, de la simple lectura del texto, se desprende que la normativa constitucional exigía una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional. En cambio ahora, lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, son los efectos de la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto;

CUARTO.- Que, como se señalara reiteradamente por este Tribunal en las sentencias roles Nºs 478, 529 y 533, entre otras, la redacción del artículo 93, numeral 6º, de la Constitución revela nítidamente que esta Magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como muy bien lo resume el profesor Lautaro Ríos Álvarez, en su trabajo "Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional", publicado en la Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Año 3 Nº 1, páginas 77 y 78, tras la reforma constitucional del año 2005

“comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión, a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y -lo más específicamente decisivo- el examen particular acerca de si “en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquélla...”. Por eso, “puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional”.

Lo anteriormente expresado debe ser especialmente tenido en cuenta para decidir en este proceso, pues las circunstancias del caso particular en que incide la petición de inaplicabilidad y los efectos de la aplicación del precepto en dicho marco serán un antecedente de gran relevancia para fundar las conclusiones de la presente sentencia;

QUINTO.- Que, en mérito de lo expresado precedentemente, queda de manifiesto que las características y circunstancias del conflicto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que se les atribuía antes de la reforma constitucional del año 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura, como ya se manifestare precedentemente, ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en el caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con las disposiciones, valores y principios de la Carta Fundamental.

A lo anteriormente referido se añade el efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad, que se traduce en que, decidido por esta Magistratura que un precepto legal es inaplicable en la gestión respectiva, queda impedido al tribunal que conoce de ella de darle aplicación, motivo por el cual no podrá invocarlo como norma decisiva litis. En cambio, en caso de desecharse por esta Magistratura la acción de inaplicabilidad intentada, el tribunal llamado a resolver la gestión pendiente recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce;

SEXTO.- Que, reiterando lo razonado por este Tribunal en los fallos Roles N°s 821 y 986, debe tenerse en consideración que si bien el nuevo sistema de justicia penal no fue sometido a control previo de constitucionalidad, en lo que pudiere haber correspondido, para efectos de este proceso de inaplicabilidad debe ser enfrentado a trascendentes normas constitucionales que a continuación se señalarán.

La primera es el estatuto constitucional que la Carta Fundamental le otorga al Ministerio Público, operador esencial del sistema, al que destinó su Capítulo VII, estableciéndolo como un organismo autónomo y jerarquizado, al que le corresponderá dirigir en forma exclusiva la investigación no jurisdiccional de los hechos punibles y ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, delegando, según lo dispone su artículo 84, en una ley orgánica constitucional la determinación del grado de independencia y la responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública.

En segundo lugar, en el marco previsto por el artículo 77 de la Carta Fundamental, que igualmente delegó en el legislador orgánico el establecimiento de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, para implementar el nuevo procedimiento penal, el legislador sustituyó a los tribunales competentes para ejercer jurisdicción en las fases de sustanciación y resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento.

En este contexto se crearon los jueces de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal, restringiéndose drásticamente la competencia penal de las Cortes de Apelaciones y, como su natural efecto, las de la Corte Suprema.

De esta forma, en la primera fase del proceso penal interviene el juez de garantía, y en sus fases probatoria y decisoria, el tribunal oral o nuevamente el juez de garantía, según sea el procedimiento de que se trate. Por otra parte, en el conocimiento y decisión del recurso de nulidad intervendrá la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según cuál sea la causal invocada.

No obstante que más adelante se volverá sobre la materia, es preciso referirse en estas consideraciones al artículo 19, número 3°, inciso quinto, de la Constitución, en tanto establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen, conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva. De su tenor literal se desprende que la Constitución no contiene una norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina “el debido proceso”, optando por garantizar

el derecho a la acción y el derecho al racional y justo procedimiento e investigación. Regula, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso, a saber:

a) Que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción -en este caso los tribunales penales competentes- ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Ha de entenderse que el mismo se encuentra en tal hipótesis cuando en su etapa jurisdiccional de sustanciación se ajusta a la ley de procedimiento.

b) Que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo.

Aplicando tal disposición, dentro del marco de racionalidad y justicia antes aludido y en el contexto de las otras garantías contenidas en el numeral 3° del artículo 19, los poderes colegisladores elaboraron el texto del nuevo Código Procesal Penal.

Frente a esta realidad, esto es, no contar con una norma constitucional categórica que defina y conceptualice el debido proceso como tal, este Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha proporcionado elementos para precisar su concepto, que sustenta en un conjunto de disposiciones de la Constitución, entre las cuales se incluyen las diversas garantías ya mencionadas, entre las cuales está la invocada por el requirente como fundante de su libelo.

Lo anterior debe ser tenido especialmente en cuenta porque resultará relevante para calificar la inconstitucionalidad que los requirentes observan en el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal;

SÉPTIMO.- Que, precisado lo anterior, cabe tener presente que, según la reiterada jurisprudencia de esta Magistratura, por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución les asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento;

OCTAVO.- Que, de otra parte, debe tenerse en consideración que los órganos colegisladores fueron quienes tomaron, en ese momento, la decisión acerca de que el mejor sistema para contar con un debido proceso penal fue el de establecer un juicio oral en única instancia, el que cumpliría así, a juicio del legislador, con los presupuestos necesarios para ser calificado de debido.

Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en

el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado;

NOVENO.- Que este Tribunal razonará sólo en torno a la constitucionalidad de la aplicación de la norma cuestionada en el caso concreto y en el estricto marco del mérito del proceso, no formulando, por lo tanto, opinión acerca de la constitucionalidad en abstracto del precepto impugnado, ni tampoco de otras disposiciones de la normativa de enjuiciamiento criminal, especialmente la relativa al régimen de recursos previstos por el legislador para impugnar las resoluciones judiciales.

En consecuencia, en esta sentencia sólo se decidirá si la aplicación en el proceso en cuestión del inciso segundo del artículo 387 impugnado, genera una inconstitucionalidad cuya fuente esté en la norma misma y que haga necesario declararla inaplicable para evitarla en esta causa;

DÉCIMO.- Que para una acertada decisión, como se ha formulado en similares casos anteriores, resulta necesario recapitular cuál es el régimen de recursos en contra de la sentencia definitiva en el nuevo procedimiento penal, comenzando por invocar el mensaje del Código Procesal Penal en la parte que expresa que se buscaba establecer el recurso de casación (posteriormente de nulidad) en vez de la

apelación “como medio de impugnación de sentencias de aplicación general”, entre otras razones, porque por esa vía se “cautela la intangibilidad de los hechos establecidos por el tribunal de juicio a partir de su percepción directa de la prueba”, lo que finalmente fue recogido en el artículo 364, que declara improcedente el recurso de apelación en contra de las resoluciones dictadas por tribunales de juicio oral, estableciendo así que el proceso penal será de única instancia, otorgando el citado Código como única alternativa el recurso de nulidad establecido en sus artículos 372 y siguientes.

Consideró así el legislador que el principio de la inmediación es incompatible con la doble instancia, en lo que concuerda la doctrina especializada que ha escrito sobre las bases del sistema procesal vigente.

No es del caso revisar en esta sentencia las disposiciones que el Código Procesal Penal estableció como principios informadores, los cuales determinan el régimen de recursos por el cual el fallo dictado en el segundo juicio por el tribunal no sea apelable y que proceda extraordinariamente el recurso de nulidad, que es una configuración de algunos de los motivos que antiguamente autorizaban la procedencia del recurso de casación;

DECIMOPRIMERO.- Que, en este sentido, es menester señalar que, dentro de los principios informadores del proceso penal, se encuentra la configuración del mismo en base a la única o a la doble instancia, opción de política legislativa que corresponde al legislador decidir, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento,

contenidas en el artículo 19, número 3, de la Carta Fundamental, que deben ser entendidas, además, limitadas por la garantía genérica de respeto a los derechos fundamentales como límite al poder estatal, establecida en la primera parte del inciso segundo del artículo 5° de la misma;

DECIMOSEGUNDO.- Que, a modo de conclusión, la apelación deja de ser el medio ordinario de impugnación de sentencias definitivas en materia penal, las que en el nuevo sistema son de única instancia, pasando el recurso de nulidad de los artículos 372 y siguientes a ser el único medio para impugnar las sentencias de los tribunales penales, sin perjuicio de las acciones de fuente constitucional que eventualmente pudieren ser procedentes, como, por ejemplo, el recurso de queja, según lo señalado por esta Magistratura en la sentencia del proceso Rol N° 986. En términos procesales, se elimina un recurso cuyo fundamento era el agravio y se mantiene el vicio como sustento del recurso de nulidad.

En efecto, cabe tener presente que, en abstracto, el mismo Código Procesal Penal ha establecido en sus artículos 473 y siguientes la revisión de sentencias firmes y que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales establece el recurso de queja para los casos en que exista falta o abuso que no sea subsanable por otra vía y no exista recurso de otro tipo. En dicha situación cabe concluir que resultaría plenamente procedente el recurso de queja previsto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, desde que dicha vía de impugnación es factible respecto de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, en la especie, sentencia definitiva condenatoria y respecto de

la cual no procede recurso alguno, lo que ha sido desarrollado por esta Magistratura en la ya citada sentencia del proceso rol N° 986;

DECIMOTERCERO.- Que del contenido del proceso seguido ante este Tribunal se desprende que lo que se cuestiona es la implementación legislativa de uno de los principios informadores del nuevo proceso penal, esto es el régimen de los recursos, que según la requirente viola las normas constitucionales precisadas en la parte expositiva.

Para ello debe tenerse especialmente en cuenta que la competencia de los tribunales para conocer del recurso de nulidad arranca de los artículos 373 y 376 del Código Procesal Penal. Se perderá dicha competencia si se inaplica en su totalidad la referida disposición, puesto que no tendría eficacia el inciso segundo en cuestión, en la parte que permite la eventual revisión del segundo juicio.

En efecto, los artículos 380 y 383 del Código Procesal Penal confían, respectivamente, al Tribunal a quo y, en su caso, al Tribunal ad quem la facultad de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de nulidad, decidiendo -en lo que interesa- si la resolución recurrida es o no impugnabile por este medio;

DECIMOCUARTO.- Que, en este entorno, resulta conveniente, para determinar la constitucionalidad de la norma impugnada, traer a colación las causales que autorizan la eventual declaración de nulidad de la sentencia y en su caso de la totalidad del juicio, por ser éste el régimen de recursos que el legislador consideró como racional y justo en el procedimiento penal. En

este sentido, el artículo 373, aplicable al caso por reenvío del artículo 399 del mismo Código, dispone que:

“Artículo 373. Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”

En el marco expuesto, la competencia para conocer recursos fundados en la causal de la letra a) fue conferida a la Corte Suprema por el artículo 376 del Código Procesal Penal, y a las Cortes de Apelaciones les fue conferida la competencia para conocer de aquellos fundados en la letra b) y en el artículo 374. Salvo los casos en que se acoja el recurso de nulidad, los procesos penales terminan con la sentencia definitiva del tribunal en lo penal, el que, como elemento sustancial de su decisión, debe tener en cuenta, como principio básico, que de conformidad al artículo 340 del Código referido,

“Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.”

Esta norma, continuadora del artículo 456 bis del antiguo Código de Procedimiento Penal, es la consagración del principio informador contemplado en el mecanismo de única instancia y mediante ella se asegura la convicción que estamos comentando.

El hecho de que el segundo proceso se haya abierto a petición del imputado sólo significa que el mismo ejerció el derecho de interponer recursos en contra de la sentencia condenatoria, los que fueron acogidos, al punto que el juicio completo debe realizarse nuevamente;

DECIMOQUINTO.- Que es preciso reiterar lo resuelto por este Tribunal en la Sentencia Rol N° 821, en orden a que, en este sentido, es del caso precisar que el precepto impugnado establece el régimen de procedencia del recurso de nulidad, en función del resultado del juicio respecto del cual se plantea el mismo:

a) Si la sentencia dictada en el primer juicio fue condenatoria y el mismo fue anulado, no es procedente el recurso de nulidad respecto del segundo juicio que la reitera, en virtud de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 387, que expresa que “la resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno” y en el inciso segundo en tanto que “tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere

acogido el recurso de nulidad”, pues estamos en presencia del ejercicio del derecho a la interposición de recursos en contra de una condena en única instancia, además de coincidir dos comités de jueces diferentes en cuanto a la procedencia de la condena.

b) Si en el primer juicio no hubo condena, y en el segundo sí, al aplicarse la regla anterior se estaría en presencia de una sentencia condenatoria que nunca podría ser recurrida de nulidad. Es por esta razón que el Código establece una excepción, al señalar en la parte final del inciso segundo del artículo 387 impugnado, que respecto del segundo juicio sí puede interponerse el recurso de nulidad por parte del condenado al disponer que: “No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales”. Cabe tener presente que, como ya se dijera, en el caso concreto, el recurso de nulidad en contra del primer juicio fue acogido y se ordenó la realización del segundo juicio, el cual se encuentra pendiente.

c) Si la primera sentencia fue condenatoria y la segunda resultare absolutoria, el recurso de nulidad no es procedente respecto del segundo juicio, conforme a las normas antes transcritas.

d) Si ambas sentencias son absolutorias, el recurso de nulidad es improcedente, conforme a las reglas anteriores.

De lo anterior se colige que en contra de la sentencia dictada en el primer juicio siempre se podrá recurrir de nulidad. En cambio, en contra de la sentencia del segundo juicio se podrá recurrir sólo si concurren dos presupuestos copulativos: que la misma sea condenatoria y que

la sentencia dictada en el primer juicio haya sido absolutoria;

DECIMOSEXTO.- Que siempre debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional es quien debe primero cumplir con lo dispuesto en la Constitución Política en cuanto a los principios de juridicidad, competencia y, sobre todo, en la custodia de los elementos que conforman el debido proceso y, por ende, a través de una interpretación extensiva no puede aplicar preceptos que contradigan frontalmente dichos principios, toda vez que la concepción y establecimiento del nuevo proceso penal, que fluye claramente de la lectura del Mensaje del Código, no es compatible con ello;

DECIMOSÉPTIMO.- Que debe reiterarse que las necesidades de certeza y seguridad jurídica son inherentes a la resolución de conflictos por medio del proceso, en lo que se basa la preclusión de la impugnabilidad de las sentencias, frente a lo cual se está en la especie.

En este sentido cabe señalar que, desde la perspectiva ya analizada, toda sentencia, en algún momento, es agravante para una de las partes, específicamente para la parte vencida, y si el agravio implicara que siempre debe haber un recurso que lo remedie, el proceso nunca podría tener fin.

Hace fuerza a esta argumentación que la propia Carta Fundamental, en su artículo 76, prohíbe “hacer revivir procesos fenecidos”, con lo cual resulta obvio concluir que la Constitución Política ha estructurado el ejercicio de la jurisdicción reconociendo expresamente la fundamental premisa de la necesidad del fin del proceso como forma de solución real y definitiva de los conflictos.

Sin la aplicación del efecto de cosa juzgada, el conflicto no queda resuelto, con lo cual el proceso no cumple su función, reconociéndose como única excepción a ello la acción de revisión de sentencias firmes, contemplada expresamente en la legislación procesal civil y penal;

DECIMOCTAVO.- Que en su libelo la requirente no plantea un examen concreto de constitucionalidad del precepto impugnado, pues no se refiere al tercer elemento de cotejo, es decir, no alude a las características del caso concreto y a los efectos contrarios a la Constitución que produciría en el mismo la aplicación del precepto, limitándose a contrastar la norma legal con la Constitución y a señalar que resulta decisiva en el caso;

DECIMONOVENO.- Que dentro de los principios orgánicos vinculados a la competencia aplicables al proceso constitucional, puede citarse lo aseverado por este Magistrado redactor, en su obra “El Debido Proceso Constitucional” (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2007), en cuanto consigna, entre ellos, el de la “competencia específica”, respecto de la cual señala: “Se define como la facultad que tiene el tribunal para conocer de las materias que conforman un proceso determinado. Es la singularización al caso concreto. El tribunal asume competencia específica para conocer el proceso y resolver el conflicto que en él se ventila y de su ejercicio surgirá el efecto de cosa juzgada, y la ultra y extra petita cuando el tribunal la extralimite”.

Añade que la competencia específica que obliga al Tribunal a conocer lo

que se le pide y resolver solamente lo debatido, constituye un principio informador básico y una garantía para los sujetos del proceso.

Sobre esta materia el mismo autor, en la obra “La Competencia” (Ed. Jurídica, 2a edición, 2004), en la que la analiza extensamente, había sintetizado el significado e importancia de precisar en cada proceso la competencia específica del tribunal, señalando que “el juez no puede andar buscando conflictos para decidir”, afirmación que resulta muy exactamente aplicable a esta Magistratura Constitucional;

VIGÉSIMO.- Que de lo anterior deriva que, no planteándose una cuestión de carácter concreto, el principio de la competencia específica obliga a esta Magistratura a limitarse a decidir en el marco de lo planteado por el requirente, lo que se traduce en que si dicha parte no señala cuáles son los efectos contrarios a la Carta Fundamental ni la manera en que se producen, no puede darse lugar a su requerimiento de inaplicabilidad;

Y VISTOS,

Lo prescrito en los artículos 19, N° 3, y 93, inciso primero, N° 6, e inciso décimo primero, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE,

Que se rechaza el requerimiento de fojas 1. Déjese sin efecto la suspensión decretada.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre al

fallo teniendo presente especialmente lo siguiente:

PRIMERO: Que, como se ha señalado en reiteradas sentencias por este Tribunal, el recurso de inaplicabilidad dice relación con los eventuales resultados contrarios a la Constitución Política que la aplicación de determinados preceptos legales produzca en una gestión seguida ante un tribunal de justicia;

SEGUNDO: Que en el caso concreto de autos se solicita la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal en cuanto veda la posibilidad de impugnar -a través de “recurso alguno”- la sentencia que se dictare en un nuevo juicio como consecuencia de la resolución que hubiere acogido un recurso de nulidad, a menos que se tratare de una sentencia condenatoria y la anulada hubiese sido absolutoria, en cuyo caso sería procedente el recurso de nulidad a favor del acusado;

TERCERO: Que, en el caso de autos, al haberse dictado sentencia condenatoria en un proceso anulado, no sería procedente el recurso de nulidad contra una nueva sentencia condenatoria, en los términos establecidos en el artículo 387 del Código Procesal Penal;

CUARTO: Que ciertamente una interpretación semejante podría vulnerar abiertamente los principios de un debido proceso a que alude el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, habida consideración de que una sentencia definitiva condenatoria no podría ser revisada por un tribunal superior jerárquico;

QUINTO: Que este previniente entiende que en dicha situación resulta plenamente procedente el recurso

de queja previsto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, desde que dicha vía de impugnación es factible respecto de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, en la especie, sentencia definitiva condenatoria y respecto de la cual no procede recurso alguno;

SEXTO: Que existen pronunciamientos de nuestros tribunales superiores sobre la materia. Así, se ha estimado que resulta procedente el recurso de queja respecto de la resolución pronunciada por las Cortes de Apelaciones y recaída en un recurso de nulidad (Corte Suprema, Rol N° 1386-2002, en la que se señala expresamente que el recurso de queja “se encuentra siempre vigente también respecto de los tribunales que intervienen en el nuevo procedimiento”);

SÉPTIMO: Que así también lo han sostenido los actores principales del nuevo sistema penal. En efecto, el ex Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, ha expresado que “está fuera de toda duda la subsistencia del recurso de queja en el nuevo sistema procesal penal” (Boletín del Ministerio Público N° 11, 2002). Por su parte, el abogado de la Defensoría Penal Pública, Cristián Arias, ha señalado su viabilidad, en casos como el que motiva estos autos, dado que “la única forma coherente de entender subsistente el recurso de queja es como un medio excepcional que se otorga al imputado agraviado por esa sentencia de término” (El recurso de queja en el nuevo procedimiento penal, Revista Estudios de la Justicia N° 1, 2002, p. 169);

OCTAVO: Que lo señalado es sin perjuicio de lo sostenido por algunos autores, en cuanto a que la norma del artículo 387 del Código Procesal Penal

no resultaría aplicable, al menos respecto del imputado (Natalio Vodanovic Schnake, Restricciones del recurso de nulidad, Revista de Derecho del Consejo de Estado);

NOVENO: Que, por lo demás, el recurso de queja dice relación con las facultades disciplinarias de los tribunales superiores de justicia, particularmente de la Corte Suprema, las que tienen fundamento constitucional, como lo ha recordado esta misma Magistratura;

DÉCIMO: Que así por lo demás lo resolvió recientemente este Tribunal en los autos Rol N° 986, en sus considerandos 39 a 43, razonamientos que este previniente tiene especialmente presentes para concurrir a esta decisión.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanović Schnake y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por acoger el requerimiento sólo en cuanto se inaplica el acápite del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal que establece lo siguiente: “Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad”.

Tienen presente, al efecto, las siguientes razones:

1.- Que si bien el Ministerio Público ha sostenido que, en la especie, el resultado contrario a la Constitución es sólo una mera eventualidad ya que se desconoce el carácter de la segunda sentencia -absolutoria o condenatoria-, tal argumentación debe rechazarse porque si el precepto cuya inaplicabilidad se pretende priva del recurso de nulidad al condenado y su inaplicación se la

habilita, mal puede exigirse que esta acción constitucional se ejercite cuando ya no haya gestión pendiente, es decir, una vez dictada la sentencia condenatoria a cuyo respecto es improcedente el recurso de que se trata.

2.- Que no es efectivo que la requirente no plantee un examen concreto de constitucionalidad del precepto impugnado, prescindiendo de aludir a las características del caso concreto y limitándose a contrastar la norma legal con la Constitución.

Desde luego, la acción describe el caso a que se refiere bajo el epígrafe “Proceso en que incide la norma inconstitucional” y, en seguida, señala la eventualidad de que se dicte en contra de la requirente sentencia condenatoria como autora del cuasidelito de homicidio, razonando que -si se produce tal situación- se verá impedida de impugnar la sentencia en el evento de que ella sea condenatoria, “precisamente por aplicación de lo dispuesto por el artículo 387 Inc. Nº 2 del Código Procesal Penal, norma queno le permite ejercer plenamente su derecho al recurso”.

3.- Que, sin perjuicio de lo expuesto, la inaplicabilidad en el caso puede surgir de la incompatibilidad absoluta del precepto legal con la Constitución, lo que acarreará -por regla general- su inaplicabilidad en cada situación que se haga valer.

La competencia específica de este Tribunal está determinada por el ejercicio de la acción de inaplicabilidad que se ha planteado, derivando de ella la inexcusabilidad de su conocimiento, máxime cuando el conflicto constitucional está claramente expuesto.

4.- Que, para evitar el riesgo de que pierda eficacia el inciso segundo de

la norma cuestionada, en la parte que permite la eventual revisión del segundo juicio, basta que se acoja la acción sólo en cuanto inaplica la primera parte del precepto.

5.- Que el artículo 19, número 3, de la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Esta formulación general contiene un mandato imperativo, que se basta a sí mismo. Por ende, defiende un valor que se explicita en múltiples formas, en variadas circunstancias, y que no se reduce o acota a las particulares expresiones que contiene el desarrollo de la norma. Análogamente, la protección del derecho a la libertad personal y la seguridad individual (número 7 del mismo artículo) no se constriñe a las situaciones ejemplares que también se consignan más detalladamente.

Se señala, en doctrina, que “nos hallamos ante el precepto que reúne o condensa el sentido cautelar, garantista o tutelar del sistema jurídico, de modo que las proclamaciones o declaraciones de derechos no queden en los libros, si no, por el contrario, que lleguen a ser realidad”. “Esto significa que la Constitución asegura a todas las personas la igualdad en la interpretación del ordenamiento jurídico, pues no basta que se declaren los derechos sino se tienen las vías, idóneas y expeditas, para reclamar de su incumplimiento y, a través de ellas, se logran resultados semejantes” (Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, página 141);

6.- Que, en relación a los hechos incriminados y a sus partícipes, la situación es idéntica, cualquiera sea el número de sentencias que resuelva la controversia jurídica. La ley (artículo

372 del Código Procesal Penal) concede el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, como regla general; sin embargo, determina que no será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiera acogido el recurso de nulidad, introduciendo una diferenciación sustancial en el tratamiento del condenado, según la sanción derive de un primer o posterior juicio. Asimismo, se produce una distinción relevante en el derecho al recurso según el carácter de la sentencia primitiva: si ésta fue absolutoria, el condenado en el segundo juicio dispone del recurso de nulidad; si en el primero fue condenado, carece de él.

Resulta evidente, pues, que el derecho a recurrir no goza de igual protección en ambos casos, no obstante aplicarse a las mismas circunstancias.

Si bien la norma constitucional no exige, como en la garantía de igualdad ante la ley, que se trate de una diferencia arbitraria, resulta útil indagar sobre el fundamento de la misma, para calificar su razonabilidad;

7.- Que el fundamento de racionalidad o justicia exigible a un precepto que limita o restringe severamente un derecho, por su carácter excepcional, debe aparecer o deducirse inequívocamente del sentido o finalidad de la norma.

No obstante, la exclusión del recurso de nulidad en la situación que se comenta no manifiesta esos atributos de racionalidad o justicia, ni ellos aparecen sostenidos durante la historia legislativa;

8.- Que en el Mensaje del Código Procesal Penal se introdujo como único recurso el de casación, concebido para

los casos en que la sentencia se basare en la infracción de una disposición legal o constitucional. En la Cámara de Diputados se agregó el denominado recurso extraordinario, procedente en contra de la sentencia definitiva condenatoria del juicio oral, que se apartara, manifiesta y arbitrariamente, de la prueba rendida en la audiencia. Por último, en el Senado se reformularon ambos recursos, y en su reemplazo se creó el actual recurso de nulidad.

Como señala en su segundo informe, de 20 de junio de 2000, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia “tuvo en cuenta que, si bien la exigencia del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica con respecto al derecho de revisión del fallo condenatorio por un tribunal superior, no supone necesariamente una revisión de los hechos, requiere desde el punto de vista del condenado un recurso amplio, sin muchas formalidades, que facilite la revisión por parte del tribunal superior. Estructurar el recurso sobre la base de causales específicas expondría a vulnerar esa garantía porque dejaría excluidas algunas materias que no podrían ser objeto del recurso”.

El artículo 387 actual se introduce como artículo 389, en los mismos términos, y no se hace constar durante toda la discusión del proyecto consideración específica alguna que lo fundamente. Sólo, con anterioridad a la aparición del recurso de nulidad, se contempla la opinión del Coordinador de la Reforma Procesal Penal del Ministerio de Justicia, quien expone que “si el recurso extraordinario se va a mantener, durante la discusión particular debería restringirse la posibilidad de que se presente indefinidamente. Ello, porque se trata de un recurso de nulidad y el

tribunal de alzada determinará que el juicio se siguió adelante apartándose totalmente de la prueba rendida, por lo cual será necesario realizar un nuevo juicio ante otro tribunal oral, y ¿qué evitará la interposición del mismo recurso nuevamente?”.

Con todo, resulta claro que la argumentación no se refiere al recurso de nulidad, sino al extraordinario que le antecedió en la tramitación del proyecto, y tampoco se reviste de mayor fundamento ni es objeto de debate;

9.- Que sobre la materia no se invocó, entonces, razón alguna de justificación del precepto durante su tramitación legislativa, y posteriormente se ha supuesto -tanto por detractores como defensores de la validez de la norma- motivaciones vinculadas a economía procesal o de sostenimiento financiero del sistema jurisdiccional penal. Sin perjuicio de la endeblez intrínseca de un razonamiento que no se desarrolla conceptualmente y tampoco se ha explicitado oficialmente, ni menos se ha demostrado con evidencia, es conveniente determinar -en la verificación de su razonabilidad- si la limitación al ejercicio del derecho que importa es proporcional a la finalidad de la norma.

De una parte ha de ponderarse el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, garantía esencial de la libertad personal, misma que constituye componente indispensable para calificar a un procedimiento penal como justo y racional y para estimar asegurado el derecho a la defensa. Por otro, se presentan argumentos económicos o de eficacia del sistema. Sin embargo, estos últimos no se precisan ¿cuál sería el daño para el buen funcionamiento

del sistema procesal penal si se concede el derecho a recurrir en contra de esta sentencia? Nadie lo individualiza, señala su naturaleza o magnitud; menos se presentan probanzas acerca del mismo. Se nos invita entonces a ponderar la privación de un derecho esencial a la libertad contra una supuesta necesidad de eficiente uso de recursos que no queda ni especificada ni acreditada. No podemos sino concluir que la restricción no aparece razonablemente fundada en tan imprecisos fundamentos económicos;

10.- Que, en la perspectiva de confrontar la finalidad del precepto objetado con la consecución de su objeto, es necesario convenir que ello se traduce en atribuirle significación a un proceso fenecido, lo que no se ajusta fielmente al principio de autonomía de la jurisdicción consagrado en el artículo 76 de la Constitución Política.

En efecto, el fallo que acoge el recurso de nulidad anula la sentencia y el juicio oral, provocando la realización de un nuevo juicio. Si es nulo aquello que no produce efecto y la nulidad procesal “es la sanción de ineficacia que afecta a los actos procesales realizados con falta de alguno de los requisitos previstos por la ley para su validez” (Colombo Campbell, Juan, Los Actos Procesales, tomo II, página 390), la sentencia de nulidad del fallo y juicio oral primitivos acarrea su ineficacia, la ausencia de efecto alguno y, por ende, su fenecimiento.

Lo expuesto significa que sentencia y procedimiento anulados no pueden ser tenidos en cuenta para ningún propósito, que no pueden ser considerados como elemento o antecedente idóneos para producir algún resultado. No obstante, a la calificación posterior del acto nulo -sentencia absolutoria o

condenatoria- la ley le atribuye efectos, que implican hacer revivir un proceso extinguido;

11.- Que, por último, en la búsqueda de la razonabilidad del precepto impugnado, es útil considerarlo en su conexión con el instituto al que se adscribe -el derecho al recurso en contra de una sentencia condenatoria penal- y con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Este último consagra la garantía de un procedimiento racional y justo y, en su contexto, del derecho a un recurso, en tanto que el sistema procesal penal vigente está orientado por la cautela de los derechos del imputado criminal y, en lo que concierne precisamente a la habilitación del recurso de nulidad, por la protección de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, como lo dice el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal. No se advierte coherencia con ese valor en la privación de todo recurso en contra de una sentencia condenatoria criminal;

12.- Que, en mérito de los razonamientos precedentes, puede concluirse que el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, que priva de todo recurso al requirente en contra de la sentencia que lo condenó en el juicio sublite, produce efectos contrarios al principio constitucional que asegura la igual protección en el ejercicio de los derechos;

13.- Que la acción instaurada se funda, asimismo, en la trasgresión del precepto contenido en el artículo 19 número 3, inciso quinto, de la Constitución Política, en cuanto éste encomienda al legislador establecer siempre las

garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos;

14.- Que el derecho al recurso del condenado en juicio penal es reconocido sin excepciones por la doctrina nacional como un componente de un juicio racional y justo en materia criminal.

Así, aludiendo a la disposición cuestionada, se ha expresado que:

“Estimamos que esta norma es claramente inconstitucional, puesto que si en el nuevo proceso se vuelve a incurrir en un vicio de nulidad y se pretende mantener ese fallo al impedir toda impugnación a su respecto, nos encontramos ante una norma legal que viola el racional y justo procedimiento conforme al cual se debe desarrollar el debido proceso” (Maturana Miguel, Cristián, Los Recursos, página 268).

“La parte final del inciso segundo, al permitir la revisión de la sentencia condenatoria a través del recurso de nulidad, materializa el principio de doble conformidad y obedece plenamente a la lógica del sistema que supone siempre la posibilidad de esta revisión cuando el juicio oral o la sentencia que le sirven de base adolece de alguno de los vicios previstos por la ley. No se aprecia, sin embargo, ningún fundamento razonable para haber excluido de la posibilidad de revisión vía nulidad de la sentencia condenatoria del segundo juicio, cuando la primera también lo hubiere sido.

La norma en cuestión debiera, entonces, ser ajustada cuanto antes para satisfacer los estándares impuestos por nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reconocen siempre y en todo caso el derecho a recurrir en contra de una sentencia condenatoria. Mientras esa modificación no se haga,

sólo cabe considerar la disposición de la primera parte del inciso 2º del art. 387 CPP, como una disposición que debe ser declarada inaplicable por inconstitucionalidad” (Horvitz, María Inés – López Julián, *Derecho Procesal Chileno*, ps. 445 y 446);

15.- Que la jurisprudencia de la Corte Suprema es uniforme en asignar al derecho al recurso la condición de una regla inherente a un procedimiento racional y justo.

Así, se ha declarado lo siguiente:

“Decimoquinto: Que, al estudiarse el texto de la Constitución que actualmente nos rige, como lo señala don Enrique Evans de la Cuadra, en su obra *Los Derechos Constitucionales*, tomo II, págs. 28 y 29, Ed. Jurídica, 1ª edición, año 1986, del debate producido en la C.E.N.C. (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución), y especialmente en la sesión 101, de 9 de enero de 1975, en que se oyó al profesor don José Bernal, y en la sesión 103, de 16 de enero del mismo año, se desprende que los elementos que constituyen un racional y justo procedimiento son los siguientes, de modo muy escueto: 1) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; 2) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; 3) Sentencia dictada en un plazo razonable; 4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y 5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva” (Corte Suprema, 3-10-2000, rol 3-2000).

“Conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución Política de la República

asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales previstos y la fundamentación de ellos en el régimen jurídico vigente o, en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural” (Corte Suprema, 5-12-2001, rol 3643-06);

16.- Que, a su vez, el derecho al recurso del imputado criminal es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, suscrita por Chile el 22 de noviembre de 1969 y promulgada por el decreto Nº 873 de 1990, publicado el 5 de enero de 1991, en su artículo 8, número 2, dispone que: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante todo el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h)

Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”;

17.- Que ha surgido en el debate la eventual inclusión del recurso de queja instituido en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, como un elemento que puede cumplir la finalidad de conceder un medio de impugnación al condenado en juicio criminal.

Sin embargo, dicho planteamiento debe desecharse por cuanto el mencionado recurso de queja -de raigambre constitucional, efecto de la superintendencia de la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la Nación- es de carácter disciplinario y tiene “por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional”, de suerte que su aplicación es excepcional y no cumple con la exigencia básica de habilitar al condenado un recurso sencillo y expedito, que franquee la revisión, por un tribunal superior, de lo resuelto en su perjuicio en la instancia.

En este sentido, es perfectamente aplicable la doctrina establecida, en 2004, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Herrera Ulloa con Costa Rica), al declarar que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano del grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en los términos de dichos instrumentos internacionales, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto;

18.- Que, en consecuencia, el precepto impugnado -en cuanto priva de todo

recurso al imputado en contra de la sentencia condenatoria de que fue objeto en la causa-, produce efectos contrarios a lo previsto en el artículo 19 número 3, inciso quinto, de la Constitución Política, por lo que debe inaplicarse en el proceso a que se refiere el requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan Colombo Campbell, la prevención su autor el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán y la disidencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N° 1130-07-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

RECHAZA RECURSO DE QUEJA Y DECLARA QUE NO EXISTE FALTA O ABUSO EN LA DECLARACIÓN DE ABANDONO DE UN RECURSO DE APELACIÓN.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

Se interpuso recurso de queja en contra de Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago por haber declarado el abandono de un recurso de apelación, luego de haber dictado una resolución que ordenó realizar la cuenta de admisibilidad y la vista del recurso de apelación, sin precisar si ello se haría en forma conjunta. La Corte Suprema resuelve que la resolución que ordenó incorporar los autos a la tabla respectiva para la cuenta de admisibilidad y la vista, en su caso, no fue impugnada por la recurrente, la causa se encontraba incorporada a la tabla y además fue debidamente anunciada, procediéndose, como lo ordenaba la resolución previa, al conocimiento en cuenta de su admisibilidad y, posteriormente, a su vista, sin que el apelante se haya anunciado ni comparecido a estrados a formular alegatos por su recurso. Se agrega que los Ministros recurridos no actuaron con falta o abuso, sino que lo hicieron en cumplimiento de un Auto Acordado de dicha Corte, el que tampoco aparece impugnado.

Texto completo:

Santiago, veintiocho de agosto de dos mil ocho.

Vistos y teniendo en consideración:

1.- Que por el recurso de queja interpuesto a fojas 3, se impugna la

resolución de veintinueve de mayo de dos mil ocho, por la que se negó lugar al entorpecimiento alegado por la parte recurrente respecto de la resolución anterior de doce de mayo, que **declaró abandonado su recurso de apelación.**

Sostiene que existe falta o abuso en la decisión porque se ordenó realizar la cuenta de admisibilidad y la vista del recurso, sin precisar si ello se haría en forma conjunta, de modo tal que esa decisión de treinta de abril, resultó poco clara, entendiendo ambas partes que primero se revisaría la admisibilidad y, posteriormente, se fijaría audiencia para la vista.

2.- Que al informar los Sres. Ministros recurridos, a fojas 17, expresan en primer término que el recurso es manifiestamente extemporáneo por que en realidad, se dirige contra la resolución de doce de mayo, que declaró abandonado el recurso.

Agregan que desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, ingresados los recursos de apelación y nulidad contra sentencias de tribunales de garantía o penales de juicio oral, se ordenaba su inmediata incorporación a tabla para que la sala respectiva se pronunciara en cuenta sobre la admisibilidad y, en su caso, se procediera de inmediato a la vista del recurso.

3.- Que **la resolución** de treinta de abril de dos mil ocho **que ordenó incorporar los autos a la tabla respectiva para la cuenta de admisibilidad y la vista en su caso, no fue impugnada por la recurrente** y el día doce de mayo, la causa Rol N° 820-2008, se encontraba incorporada a la tabla, **fue debidamente anunciada y se procedió, como lo ordenaba la resolución previa, al conocimiento en cuenta de**

su admisibilidad y posteriormente a su vista, sin que el apelante se haya anunciado ni comparecido a estrados a formular alegatos por su recurso.

4.- **Que esta tramitación se encontraba regulada desde entonces, por Auto Acordado** de treinta de mayo de dos mil cinco, **que tampoco aparece que fuera impugnado.**

5.- Que de lo expresado, se evidencia que la Corte de Apelaciones de Santiago, no actuó con falta o abuso en estos antecedentes, sino que lo hizo en cumplimiento de un Auto Acordado de esa Corte, ejecutando el principio de economía procesal, comunicando oportunamente a las partes el procedimiento y actuando respecto de resoluciones ejecutoriadas.

Por estas consideraciones, del mérito de los antecedentes y lo informado por los jueces recurridos, se desprende que los sentenciadores no han incurrido en falta o abuso que amerite la actuación de la Corte por esta vía, como se solicita; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se rechaza** el recurso de queja de lo principal de fojas 3 y siguientes, interpuesto por la abogada Sra. Bárbara Patricia Antivero Pinochet, en representación de Carmen Marcelina Vergarai Neira.

Regístrese y archívese.

Rol N° 3057-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Domingo Hernández E.

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

FALLO DE RECURSO DE QUEJA CONTRA RESOLUCIÓN QUE, ACOGIENDO LA APELACIÓN DE LA DEFENSA EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO, ABSOLVIÓ EN LUGAR DE RETROTRAER EL PROCEDIMIENTO PARA QUE CONTINUARA SU TRAMITACIÓN.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Corte Suprema acoge un recurso de queja deducido por el Ministerio Público, en el entendido que si el fundamento de la apelación de la sentencia condenatoria dictada en procedimiento abreviado era que no se habían dirigido a la imputada las consultas a que se refiere el artículo 409 del Código Procesal Penal, no pudo la Corte de Apelaciones respectiva acoger ese recurso de apelación y derechamente absolver a la condenada, sino que tratándose de un defecto del procedimiento abreviado, debió dejar sin efecto lo actuado con posterioridad y ordenar que se prosiguiera con la tramitación conforme a derecho.

Se señala que al no hacerlo así, se ha afectado la garantía del debido proceso para los intervinientes, en tanto la sentencia debe dictarse en procedimiento legalmente tramitado.

Texto Completo:

Santiago, ocho de septiembre de dos mil ocho.

Vistos y teniendo presente:

1) Que a fojas 13, don Francisco Ljubetic Romero, en representación del Ministerio Público, deduce recurso de queja en contra de una de las Salas

de la Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por el Ministro Sr. Víctor Reyes Hernández, la Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramín y el abogado integrante Sr. Ricardo Fonseca Gottschalk, que decidió revocar la sentencia de nueve de abril de dos mil ocho, en los antecedentes RIT 541-2007 del Juzgado de Letras y Garantía de Traiguén, por la cual se había condenado a Guillermina Francisca Tramolao Painena, determinando, en su lugar, su absolución.

2) Que por el recurso se dice que la falta o abuso cometida por los recurridos consiste en que, habiendo constatado que el juez de garantía omitió preguntar expresamente a la imputada si aceptaba los hechos de la acusación y los antecedentes de la investigación, en lugar de ordenar la enmienda del proceso, como correspondía, emitió pronunciamiento sobre el fondo, absolviendo a la imputada, con lo que se incurrió en una incoherencia interna sustancial ya que, por una parte, sostienen que no se cumplen los requisitos para proceder en juicio abreviado, y por la otra, al absolver, validan el procedimiento.

3) Que de acuerdo a lo prevenido en el artículo 414 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones está facultada para pronunciarse sobre la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado, previstos en el artículo 406, sin perjuicio de los demás asuntos que sobre el fondo sean sometidos a su conocimiento.

4) Que esta norma es consistente con la disposición del artículo 407 de ese mismo cuerpo legal, en la que se señala que si el juez de garantía rechaza aplicar el procedimiento abreviado porque no se cumplen sus requisitos, tendrá por no formuladas las acusaciones y se

continuará de acuerdo a las disposiciones del procedimiento ordinario.

5) Que, advertida que fue la circunstancia que el Juez omitió preguntar de modo expreso a la acusada si aceptaba los hechos atribuidos y los antecedentes de la investigación que la fundamentaron -con la cual se incumplen los requisitos que prescribe el artículo 406 del Código Procesal Penal-, la Corte de Apelaciones, dentro de la esfera de su competencia y de acuerdo a lo prevenido en el antes citado artículo 414, debió primero emitir pronunciamiento sobre la concurrencia de los requisitos que permitían aplicar esa tramitación, cuestión que fue, además, materia de la apelación. Constatado, entonces, que no era pertinente el procedimiento empleado, la Corte debió dejar sin efecto lo actuado con posterioridad y ordenar que se prosiga la tramitación conforme a derecho.

6) Que al no haber actuado de la manera señalada, los jueces recurridos incurrieron en una grave falta o abuso que afecta al debido proceso, contemplado en el Título III del Libro IV del Código Procesal Penal, violentando, de ese modo, los derechos de uno de los intervinientes y lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, toda vez que se ha faltado a la garantía que dispone que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, lo que esta Corte enmendará en la forma que le ha sido solicitado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado de seis de noviembre de mil novecientos setenta y dos y sus modificaciones, que

reglamenta la materia, **SE ACOGE** el recurso de queja formalizado a fojas 13, y **se deja sin efecto** la sentencia de seis de junio del año en curso erróneamente datada como de dos mil siete- y que está escrita a fojas 47 y 48 del legajo que lleva el rol ingreso de Corte N° 535-2008 de la Corte de Alzada de Temuco, invalidándose también la audiencia de juicio abreviado de nueve de abril de dos mil ocho, realizada en los antecedentes RIT 541-2007, desde la parte en que se ordenó tramitar la causa conforme al procedimiento abreviado, debiendo, el juez no inhabilitado que corresponda, continuar el proceso dando aplicación a lo prevenido en el artículo 410 inciso segundo de ese mismo código, hasta su conclusión.

No se remiten los antecedentes al Tribunal Pleno de esta Corte Suprema para los efectos contemplados en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, por estimarse que en la especie no concurren las circunstancias que lo ameriten.

Acordada esta última decisión, con el voto en contra del Ministro señor Rodríguez, quien estuvo por enviar los antecedentes al Tribunal Pleno, como lo ordena el artículo 545 ya citado, por tratarse ello de una materia de su exclusiva competencia.

Agréguese copia autorizada de esta resolución a los autos tenidos a la vista y, hecho, devuélvanse éstos.

Regístrese y archívese.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N° 3321-08.

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

abogado integrante Sr. Fernando Castro A. No firma el Abogado Integrante Sr. Castro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

RECHAZA ACCIÓN DE REVISIÓN PLANTEADA POR LA DEFENSA SUSTENTADA EN UN VIDEO EN QUE UN TERCERO SE ATRIBUIRÍA LA AUTORÍA DEL ILÍCITO.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

Se rechaza la acción de revisión que se apoyaba en la existencia de un video grabado mediante un teléfono celular, en el cual un sujeto, interrogado por un tercero, se atribuía participación en el delito de robo por el cual se había condenado al acusado.

La Corte Suprema señala que el referido video adolece de diversos defectos que obstan a que pueda servir de fundamento para configurar la situación prevista en el artículo 473 letra d) del Código Procesal Penal, ya que no basta por sí mismo para establecer la inocencia del condenado.

Texto completo:

Santiago, nueve de septiembre de dos mil ocho.

VISTOS:

De fojas 23 a 27 vuelta los abogados Luis Ureta Álamos y Gustavo Álvarez Lagunas, en representación del convicto Claudio Andrés Cortez Estay, operario, domiciliado para estos efectos en Avenida Vitacura número tres mil quinientos sesenta y ocho, oficina trescientos diecisiete, de la comuna del mismo nombre, solicitan la revisión de la sentencia de tres de octubre de dos mil siete, extendida en procedimiento ordinario RUC N°

0500247955-0, RIT 61-2007, por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, presidido por doña Patricia Garrido Frigolett e integrado por la señora Irene González Minvielle y don Alonso Arancibia Rodríguez, mediante la cual, expresan, se condenó erróneamente a su poderdante, como autor del delito de robo con intimidación en la persona de Viviana Báez Johnson, cometido el veinticuatro de junio de dos mil cinco, a sufrir cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales correspondientes, a enterar las costas del pleito y el comiso del instrumento del delito, sin otorgarle ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216, resolución que se encuentra actualmente ejecutoriada.

Luego de reproducir los acontecimientos acaecidos, conforme los fijó el veredicto condenatorio, a lo que adicionan observaciones, interrogantes y conclusiones estrictamente personales que les merece el referido dictamen y argumentan que la razón para ejercitar la presente acción de revisión, radica en que con posterioridad a la decisión, un hermano del enjuiciado (que no se identifica), ingresó a trabajar a una empresa donde laboraba un tal Adrián Narciso Orellana Orellana, alias “El Chicho”, quien se habría jactado y reconocido ser el autor del injusto por el cual fue castigado su mandante, en seguida agregan que, después de contactarse la madre del agraviado con el abogado Luis Ureta, éste le indicó que no bastaba con ese simple reconocimiento del supuesto autor del ilícito, sino que es indispensable algún documento que sirva para acreditar la participación del sujeto en cuestión. En tal entendido se logró obtener la grabación por medio de un teléfono celular del video que se

acompaña como prueba y fundamento del recurso, en el cual libre y espontáneamente Adrián Orellana Orellana, acepta ser el autor del delito de robo con intimidación que afectó a Viviana Báez Johnson. Lo que concuerda con la versión proporcionada por Claudio Cortez durante el sumario, en cuanto a sindicarlo al tal “Chicho” como uno de los autores del mismo, en la cual pretexto total inocencia respecto a su intervención, a lo que es menester añadir los antecedentes prontuarios del señalado y por cierto de su cómplice Pablo Valero Cornejo.

Es por ello que estiman que, de acuerdo con los artículos 473 a 480 del Código Procesal Penal, en especial el primero, en su letra d), que estatuye que la Corte Suprema podrá rever extraordinariamente una sentencia firme, si con posterioridad a ella ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuera de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del imputado, por lo que a su entender es procedente en autos declarar la nulidad del pronunciamiento condenatorio de Claudio Cortez Estay, y se dicte el de reemplazo que corresponda.

De fojas 41 a 48 se evacuó el traslado conferido al Ministerio Público, que comienza por narrar los sucesos ocurridos como corolario de esta investigación. Para la continuación, en lo que toca a la participación criminal reprochada al acusado Cortés Estay, destaca que fue reconocido en tres oportunidades diferentes: en la unidad policial el día de los hechos (veinticuatro de junio de dos mil cinco); ante el Fiscal Adjunto, el doce de julio del mismo año, cuando la ofendida examinó previamente un

kárdex con doscientas cuarenta y una fotografías; y, finalmente, en el transcurso de la audiencia del juicio oral, celebrada el veintiocho de septiembre de dos mil siete; pero en ningún momento la víctima manifestó dudas al respecto, desde que las vestimentas eran concordantes con las detalladas por ella, los dos inculpadados declararon haber estado juntos al momento de la detención, y la mujer identificó el cuchillo con el que fue intimidada por el encausado.

Más adelante se refiere a la eventual participación de terceros y explica que la afectada fue enfática en exponer que no había nadie más el día de los hechos en el sitio del suceso, sólo ambos detenidos; por eso es que el Fiscal adjunto no realizó mayores diligencias, en orden a determinar la presencia de otros individuos en esa oportunidad. Incluso los inculpadados cayeron en contradicciones durante la indagación, toda vez que el día de los acontecimientos Cortez dijo conocer a uno solo de los sujetos que supuestamente estaba merodeando el lugar, en tanto que su acompañante aseguró no conocer a ninguno de ellos. Recién en una nueva indagatoria, prestada en el mes de enero de dos mil seis, admitieron conocer a ambos sospechosos (Orellana y Valero), y entonces se impartió la instrucción a la SIP de Carabineros para ubicar e identificar a los sindicados, lo que no fue posible porque no se encontraban en la zona.

Así las cosas, se cerró la investigación y se formularon cargos en contra de Cortez Estay, sin que su defensa haya ejercido el derecho que le confiere el artículo 257 del Código Procesal Penal, para una eventual reapertura de las pesquisas.

Por último, el Ministerio Público hace caudal en el sentido que el recurso de revisión intentado es improcedente, puesto que se funda exclusivamente en un único antecedente nuevo, la grabación a través de un teléfono celular, en que un tercero reconocería haber participado en un delito de robo. Sin embargo, contrariamente a lo que arguyen los recurrentes, no es útil para el efecto que pretende la defensa, dados sus defectos e imprecisión es que le restan todo mérito, con un audio ininteligible donde no se indica quien es la ofendida, el día en que ocurrieron los sucesos, y por demás contradictoria en relación a las especies sustraídas en la ocasión, confrontadas con las que el supuesto autor reconoce haber robado, elementos suficientes para concluir que no reúne los requisitos de la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal para servir de sustento a la acción de revisión, ya que no permite por sí sola demostrar la inocencia del sentenciado, que además aparece obtenida al margen de la ley, por lo que impetra desechar la acción de revisión.

A fojas 50 se ordenó acompañar los extractos de filiación pedidos respecto de los mencionados en el numeral primero del primer otrosí de fojas 23, lo que aparece debidamente cumplido a fojas 54 y 58.

A fojas 62 se trajeron los autos en relación.

A fojas 89 se designó al Ministro de Fe para la confección de las actas apropiadas; y a fojas 90 rola la constancia de haberse realizado la audiencia de rigor, en la que se escucharon los alegatos de las partes.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con arreglo a lo dispuesto en la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal, la Corte Suprema podrá rever las sentencias firmes en que se hubiere castigado a alguien por crimen o simple delito, para anularlas cuando, con posterioridad al edicto condenatorio, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para acreditar la inocencia del encartado.

SEGUNDO: Que del mérito de los antecedentes acompañados por los peticionarios, en cumplimiento estricto de lo que prescribe el inciso 1º del artículo 475 del Código Procesal Penal, y que comprende copia autorizada del fallo de tres de octubre de dos mil siete, cuya nulidad se pretende; del segundo otrosí de fojas 23, consistente en compact disc (CD) que contiene la declaración inculpativa de don Adrián Orellana Orellana, se tienen por comprobados los siguientes hechos:

a.- Que el tres de octubre de dos mil siete, en el procedimiento ordinario RUC 0500247955-0, RIT 61-2007 del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, se dictó sentencia definitiva por la que fue condenado CLAUDIO ANDRÉS CORTEZ ESTAY a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes y a satisfacer las costas del litigio, sin concederle franquicia alguna de la Ley Nº 18.216, todo por su participación criminal de autor del delito de robo con intimidación, ilícito reprimido en los artículos 432 y 436 del Código Penal, acaecido a las doce horas aproximadamente del veinticuatro de junio de dos mil cinco,

en la comuna de Nogales, y que afectó a Viviana Leonor Báez Johnson.

b.- Que el referido laudo quedó ejecutoriado, por cuanto ninguno de los litigantes dedujo recurso alguno en su contra.

c.- Que en fecha que se desconoce, la defensa del sentenciado rematado Cortez Estay, obtuvo una grabación por medio de un teléfono celular que traspasada al formato de Disco Compacto que se adjuntó a estos antecedentes, en la que se contendría la declaración autoinculpatoria de un tal Adrián Orellana Orellana, alias El Chicho, en los mismos sucesos en que aparece sancionado Cortez Estay.

TERCERO: Que, en consecuencia, incumbe analizar el contenido y luego el valor que tiene la prueba nueva aparejada por los comparecientes. Por lo pronto conviene dejar en claro que en el formato de disco compacto, se incluye una grabación en imagen y sonido que habría sido obtenida -según se sostiene en el recurso-, por medio de un teléfono celular, sin explicitar mayores precisiones respecto de la fecha, hora y lugar en que fue realizado, ni quienes participaron, así como sus respectivas identidades.

CUARTO: Que, en el mismo, aparece un sujeto no identificado que según el recurso sería el tal Adrián Orellana Orellana, quien es interrogado por otro del que sólo se escucha su voz. Dicho sea de paso, los términos en que se comunican son apenas inteligibles, ya sea por razones de experticia con motivo del bajo nivel técnico de la calidad de la grabación, como acerca de los modismos idiomáticos utilizados por quienes se registran en la misma.

Si bien pareciera la conversación referirse a la comisión de un delito de robo, y el entrevistado ser conducido por su interrogador a reconocer su intervención en el mismo, sucede que además de las anomalías descritas precedentemente, ninguno de los que allí aparecen se identifica, ni se individualiza a la víctima, la fecha, ni el lugar en que habría ocurrido el ilícito, ni sus circunstancias más básicas o detalles del mismo, ya que toda la escasa información que logra percibirse siempre es entregada por una voz no precisada, respecto de lo cual el entrevistado se limita por lo general a hacer gestos o emitir sonidos o palabras incoherentes.

QUINTO: Que para terminar, en lo que concierne a las especies que se habrían sustraído en esa coyuntura, a estas alturas indeterminada en sus aspectos más esenciales y de víctima desconocida, tampoco coinciden con las que se dicen apropiadas en el audio, consistentes, según lo prefijado en el edicto, en tres anillos, más un teléfono celular. En cambio, en la grabación se habla de cuatro anillos, un celular con cámara, una cadena y la suma de \$45.000.- (cuarenta y cinco mil pesos).

SEXTO: Que de lo explicado anteriormente, aparece de toda evidencia que el aislado elemento nuevo y desconocido que se apareja, no tiene la trascendencia que requiere el artículo 473, letra d), del Código Procesal Penal, en cuanto exige que fuere de tal naturaleza, que baste por sí mismo para establecer la inocencia del inculpaado porque no tiene los más mínimos atisbos de seriedad, precisión ni gravedad, comenzando con aspectos tan básicos como el ignorarse la identidad de quienes allí aparecen, las deficiencias técnicas de la misma,

el desconocimiento acerca de la forma, fecha y lugar en que se obtuvo, además de las imprecisiones manifiestas sobre las supuestas coincidencias, que no son tales, con el asunto que fue averiguado como ya se dijo, por lo que no media conexión alguna.

Se trata simplemente de una grabación de baja calidad, donde un tercero se dirige a otro individuo, que pareciera interrogarlo y a ratos, sospechosamente conducirlo a una especie de confesión de un ilícito indeterminado, que no guarda ninguna similitud directa con el aquí indagado y que dio origen al fallo condenatorio que se acompaña de fojas 3 a 20.

De lo expuesto, no cabe sino concluir que no se cumplen en el presente caso ninguno de los presupuestos exigidos por la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal, que habilitan a este tribunal para rever el veredicto emitido el tres de octubre de dos mil siete por el Juzgado Oral en lo Penal de Quillota.

SÉPTIMO: Que, entonces, se desprende que en un examen general, el elemento desconocido durante el juicio, en que se funda la presente acción de revisión, si bien constituye un hecho nuevo, surgido con posterioridad a la dictación del fallo condenatorio, en un adecuado análisis particular no es bastante para anular la condena impuesta a Claudio Andrés Cortez Estay, pues no se configura en la especie la causal esgrimida en su favor.

OCTAVO: Que, teniendo en cuenta lo antes relacionado, y que la acción de revisión ha sido consagrada por el legislador para obtener la invalidación de un dictamen firme o ejecutoriado, logrando con ello que la justicia prime por sobre la seguridad jurídica configurada por

la cosa juzgada, lo que no acontece en la actual situación, el recurso intentado no puede prosperar.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 473, letra d), y 474 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el libelo de revisión interpuesto por los abogados Luis Ureta Álamos y Gustavo Álvarez Lagunas, en representación del convicto Claudio Andrés Cortez Estay, en lo principal de fojas 23 a 27 vuelta.

Regístrese y archívese, en su oportunidad. Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N° 1966-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A. No firma el Abogado Integrante Sr. Castro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

DECLARA INADMISIBLE REQUE- RIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR NO EXISTIR GESTIÓN PEN- DIENTE.

Tribunal: Tribunal Constitucional.

Resumen:

La defensa del imputado apeló de la resolución que declaró la legalidad de su detención. Tal recurso fue concedido por el Juez de Garantía, frente a lo cual el Ministerio Público dedujo un recurso de hecho, que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso fundándose en el artículo 132 bis del Código Procesal Penal, norma incorporada a dicho cuerpo legal por la Ley N° 20.253, denominada “Ley de Agenda Corta”.

En ese escenario, la defensa interpuso un requerimiento de inaplicabilidad del mencionado artículo 132 bis del Código Procesal Penal, en tanto no le reconoce al imputado el derecho a apelar de la declaración de legalidad de la detención.

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional, tras escuchar alegatos sobre la admisibilidad del requerimiento, lo declaró inadmisibile por no cumplirse el requisito previsto en la Constitución Política de la República sobre la existencia de gestión pendiente, en tanto el recurso de apelación ya había sido desechado por la Corte de Apelaciones respectiva, y considerando, además, que si en el curso de esa causa pudiere verificarse nuevamente esa misma situación, no implicaría una gestión pendiente, pues de ocurrir aquello, se trataría de distintas circunstancias y, en definitiva, de otra gestión futura que, además, podría ni siquiera ocurrir.

Texto completo:

Santiago, dieciséis de septiembre de dos mil ocho.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 25 de agosto de 2008, el abogado Dagoberto Marcelo Pastén Pérez, en representación de C.E.C.P., ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 132 bis del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 2340-2008, RUC N° 0800452985-6, seguida ante el Juzgado de Garantía de Quilpue, por el presunto delito de robo con intimidación y robo con violencia calificado;

2°. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, es atribución de este Tribunal “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

3°. Que el artículo 93 inciso decimoprimero de la Constitución establece que en tal caso “corresponde a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión

del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”;

4°. Que es menester agregar que la acción de inaplicabilidad instaura un proceso dirigido a examinar si la aplicación de un precepto legal en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulta contrario a la Constitución. En consecuencia, la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable;

5°. Que, para los efectos de declarar la admisibilidad de la cuestión sometida a su conocimiento, esta Sala debe determinar que concurran los siguientes requisitos: a) que se impugne como contraria a la Constitución la aplicación de un precepto legal determinado; b) que se indique y acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto; d) que la impugnación esté fundada razonablemente, lo que, a lo menos, exige invocar preceptos constitucionales determinados y especificar y argumentar el o los modos en que la aplicación del precepto legal producirá resultados contrario a ellos; e) que la inaplicabilidad la solicite alguna de las partes o el juez que conoce del asunto; y f) que se cumplan los demás requisitos legales;

6°. Que el requirente solicita que “se resuelva la inaplicabilidad del artículo 132 bis del Código Procesal Penal por resultar inconstitucional en la causa penal seguida en contra del adolescente C.E.C.P. (...), toda vez que su aplicación produce efectos contrarios a la Constitución Política de la

República de Chile” [pág. 1], añadiendo más adelante que “*actualmente se sigue un procedimiento penal en contra del adolescente (...)*”, y que “*dicha causa criminal se inicia judicialmente el día 9 de julio de 2008, una vez que el Juez de Garantía de Quilpué ordenó la detención judicial del adolescente.*” [pág. 4];

7°. Que, además, el requerimiento señala que “*con fecha 15 de julio de 2008, la defensa del adolescente recurrió de apelación en contra de las resoluciones judiciales del Juez de Garantía de Quilpué que declaró legal la detención del joven, y la que decretó su internación provisoria*”, agregando que “*con fecha 17 de julio de 2008 el Juez de Garantía de Quilpué admitió a tramitación ambos recursos de apelación, concediéndolos en el sólo efecto devolutivo elevando las compulsas de todo lo obrado a la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, para su conocimiento y posterior resolución*”. Añade que “*en lo referido a la apelación en contra de la resolución que declaró legal la detención, la Corte de Apelaciones de Valparaíso se inhibió de conocer siquiera el recurso, aplicando el artículo 132 bis del Código Procesal Penal, que sólo faculta al ministerio público a deducir apelación en contra de la resolución que se pronuncia acerca de la detención de un imputado y la declara ilegal*”. [pág. 8];

8°. Que el Fiscal Nacional (S) del Ministerio Público, Alberto Ayala Gutiérrez, se ha hecho parte en esta causa y, en su escrito de 27 de agosto pasado señala que “*en la especie ya no hay un asunto ni gestión pendiente para estos efectos, toda vez que la constitucionalidad de la norma impugnada decía relación con la situación en la que se encontraba el imputado C.P. al momento de controlarse su detención, esto es, al día 10 de julio de 2008, y al momento de conocerse por la Corte de Apelaciones de*

Valparaíso de un recurso de hecho relativo al recurso de apelación con que la defensa pretendió impugnar dicha declaración de legalidad de la detención (19 de julio de 2008)". [pág. 2].

Agrega más adelante que “*la gestión en que podía incidir el impugnado artículo 132 bis del Código Procesal Penal, ya culminó junto con declararse improcedente el recurso de la defensa en contra de la resolución que declaró la legalidad de la detención, de manera tal que en lo que resta del proceso ya no será posible dar aplicación a dicha norma, la que sólo puede ser utilizada cuando se discute la legalidad de una detención y en este caso el imputado ha quedado desde hace más de un mes sujeto a la medida de internación provisoria, la que tiene por cierto otros fundamentos (...)*” [pág. 3];

9º. Que, de lo anteriormente relacionado se concluye que la gestión en la cual incide el requerimiento formulado en autos se encuentra concluida, toda vez que la Corte de Apelaciones ya se ha pronunciado, por resolución que se encuentra a firme, respecto de la apelación de aquella que declaró legal la detención. De ese modo, pronunciarse acerca de la inaplicabilidad del precepto legal que declara inapelable tal resolución no podría ya evitar los supuestos efectos contrarios a la Carta Fundamental que la requirente reclama y así, el pronunciamiento del Tribunal, por extinción de la situación jurídica que podría motivarlo, carece de sustento material y de posible eficacia;

10º. Que, de lo señalado en los considerandos anteriores, cabe concluir que no se da cumplimiento en este caso a la exigencia de que exista una gestión pendiente sobre la que recaiga la acción;

11º. Que para sostener la procedencia de la acción la parte requirente alegó en estrados que el precepto sí podría tener aplicación en la causa en el evento que el imputado quedare en libertad y, por cualquier motivo, fuera nuevamente detenido por una orden cuya legalidad pudiera volver a discutirse. Si bien es efectivo que ese evento hipotético en que se pone la requirente puede ocurrir en el futuro, se trataría -de ocurrir- de una nueva aplicación del precepto legal impugnado, que ya nada tendría que ver con aquella que ha quedado a firme, y en ese caso podría eventualmente motivar la interposición de un nuevo recurso que se planteara antes que la revisión de la legalidad de la detención quedara a firme. Tal caso vendría rodeado de sus propias circunstancias fácticas, que aún no se han verificado y que podrían no ocurrir nunca, mismas que son relevantes a un examen concreto para determinar si la aplicación del precepto produce o no efectos contrarios a la Carta Fundamental, como lo ha razonado reiteradamente este Tribunal;

12º. Que, por las razones expuestas, teniendo presente lo establecido en el inciso decimoprimer del artículo 93 de la Carta Fundamental, este Tribunal decidirá que no concurre en la especie el presupuesto constitucional de “la existencia de una gestión pendiente”, por lo que el requerimiento de fojas uno debe ser declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 93, inciso primero N° 6 e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República,

SE DECLARA, resolviendo la petición principal, que es inadmisibile

el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

Notifíquese por carta certificada.

Rol N° 1211-08-INA.

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió a la vista y al acuerdo del fallo pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Juan Colombo Campbell y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y don Enrique Navarro Beltrán.

Autoriza el Secretario del Tribunal, don Rafael Larraín Cruz.

.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

“TENER A SU CARGO”**REQUISITO EXIGIDO AL FUNCIONARIO PÚBLICO QUE COMETE LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**

Roberto Morales Peña¹

“Artículo 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga”.

Malversar significa invertir mal, distraer de su destino o dar aplicación indebida a los caudales o efectos existentes en manos de los funcionarios de la administración. Sin embargo, la ley extiende su concepto aun a las personas que no tienen la calidad de empleados públicos, pero que están encargadas de fondos considerados como tales, como lo señala el artículo 238 del CP.

Son elementos esenciales de los delitos de malversación, en general:

- a) que el hechor tenga el carácter de empleado público o tenedor de caudales o efectos públicos, semipúblicos o de particulares;
- b) que los tenga en razón del cargo u oficio que desempeña; y
- c) que los sustraiga o consienta que otro los sustraiga.

Debido a consultas efectuadas por Fiscales y Abogados Asesores respecto al alcance que debe darse a este requisito, propio de la Malversación de Caudales Públicos, y al aumento de investigaciones por delitos funcionarios es que me ha parecido útil analizar la doctrina y jurisprudencia nacional sobre la materia. Cabe señalar que nuestros autores y jueces no han sido especialmente generosos para con este requisito de “tener a su cargo”, pero revisada nuestra literatura penal he extraído lo más relevante.

I. DOCTRINA

Doctrina del requisito de “tener a su cargo” exigido al funcionario público que comete la malversación del artículo 233 del Código penal.

Se hace pertinente analizar el desarrollo que este requisito del tipo ha tenido dentro de la cátedra nacional.

1) Álvaro Bunster, “La Malversación de Caudales Públicos”, Estudio de Doctrina y Jurisprudencia. Memoria de Prueba para optar al grado de

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

licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1948.

Álvaro Bunster nos dice que para constituir la figura punible descrita en el artículo 233 se requiere, en primer lugar, que el sujeto activo sea un empleado público que, por razón de sus funciones, tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares. *“La malversación de caudales públicos es un delito propio, especial, puesto que para integrarlo el sujeto de la infracción no puede ser un sujeto cualquiera, sino un empleado público. Esta exigencia es expresiva de una relación, que vincula al empleado con los fondos que tiene a su cargo. En ese vínculo descansa la confianza que en él ha depositado el Estado y que viene a ser por eso una confianza pública, una fe pública. Ahora bien, no hay mejor manera de expresar esa relación sino declarando que el empleado público comete malversación cuando sustrae los fondos, públicos o particulares que tiene a su cargo en razón de sus funciones, ya que el depósito o la detentación de dineros y otros caudales tiene su causa en el título mismo de la función que desempeña. Cuando el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo por razón de sus funciones, sino con ocasión de ellas o accidentalmente, puede legítimamente eludir la responsabilidad de malversador, pero responderá en todo caso como autor de un delito contra la propiedad, con la circunstancia agravante del N° 8 del artículo 12 del Código Penal. Los intereses del Estado quedan, de todas maneras, bajo salvaguardia.”*²

Agrega, más adelante, que “La expresión “a su cargo”, prácticamente equivalente de la expresión que administre, empleada en el artículo 236, denota mucho más claramente la especie de vinculación que debe existir entre el funcionario y los caudales y que, como se ha dicho, es esencialmente una relación de hecho, que importa resguardo, custodia. Prescindiendo de los términos “depósito”, “consignación” y “secuestro”, que sólo se prestan a confusiones, en la expresión “a su cargo” deben entenderse todas las funciones de un tenedor de fondos públicos: percibir, recaudar, cobrar, custodiar, conservar, administrar e invertir bienes. Ese, seguramente, ha sido el espíritu de la ley.”³

2) Gustavo Labatut Glena, Derecho Penal, tomo II, páginas 79-80, Editorial Jurídica de Chile. 1983.

Labatut nos señala que *“la calidad de empleado público no es suficiente por sí sola para configurar el delito porque se requiere además que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o, en ciertos casos, de un encargo. Esto último porque el artículo 238 hace extensivas las disposiciones del presente párrafo al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia. Las personas a que esta disposición se refiere son empleados públicos, y aun cuando no tienen dichos fondos, rentas o efectos rationae oficio, si se los apropian incurren en el delito de peculado, porque la ley las equipara al funcionario que malversa los caudales o efectos puestos a*

2 La Malversación de Caudales Públicos, página 46.

3 La Malversación de Caudales Públicos, página 52.

*su cargo, depositando en ellas una confianza general. En cambio, el empleado que los tiene, no en razón sino con ocasión de la función o por mero accidente, si los subtrae podrá cometer una apropiación indebida, y si se apropia de caudales o efectos que no se encuentran a su cargo, ni siquiera accidentalmente, efectuará un robo o un hurto según los casos, pero no el delito que nos ocupa”.*⁴

En cuanto al título por el cual los caudales o efectos se encuentran en poder del malversador, el artículo menciona tres contratos, definidos en el Código Civil: el depósito (art. 2211), la consignación (art. 1599) y el secuestro (art. 2249). De las Actas de la Comisión Redactora se desprende que estuvo en el ánimo de los redactores del Código, al mencionar esos contratos, referirse únicamente a los bienes de los particulares, y se les citó por ser las situaciones que con más frecuencia se producen en la práctica. Sin embargo, el artículo quedó redactado en forma que abarca tanto los caudales o efectos públicos como los de particulares. Por eso los defensores de los imputados se empeñan en demostrar que el empleado acusado no tuvo los bienes malversados en esas calidades con el objeto de evitar la aplicación del art. 233 y obtener, en cambio, la del art. 235, que es más benigno. La jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de no conceder importancia a esas alegaciones.

Finalmente, Labatut realiza el siguiente comentario respecto de una sentencia de la Corte Suprema de 14 de agosto de 1931 (G., 1931, segundo semestre, N° 70, pág. 372): *“hizo un completo análisis del alcance de esos términos, y declaró que, no habiendo definido el Código Penal esas palabras, deben ser tomadas en su sentido natural y obvio según el uso natural de las mismas, y sólo debe dárseles su significado legal en las materias para las cuales fueron expresamente definidas. Recurriendo, además, a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, llega a la conclusión de que no deben ser entendidas de acuerdo con la significación que tienen en el derecho civil, sino en el sentido común y corriente del que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia con obligación de responder de ellos”.*

3) Guzmán Dálbora, José Luis. Estudios y Defensas Penales. Páginas 222-223, Editorial LexisNexis. 2005.

Guzmán Dálbora nos dice que la locución “tener a su cargo” implica dos exigencias. Ante todo, que los bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del sujeto agente, lo cual supone que éste tenga un poder sobre ellos, poder que no coincide con la posesión -por lo demás, los funcionarios de que aquí se habla son sólo servidores de la posesión ajena, fiscal o privada, o sea, meros tenedores-, aunque tampoco se restringe a la detentación material, directa y tangible, como la del cajero respecto de los fondos de su caja, *“ya que la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos, según la naturaleza del servicio”.* Concluye que toda la doctrina chilena participa del criterio restringido, al tenor del cual el sujeto debe tener las cosas *“precisamente en razón de sus funciones, de modo que no son suficientes una relación adventicia,*

4 Gustavo Labatut, se está refiriendo al artículo 233 del CP.

ocasional y, mucho menos, un vínculo ilegal o antirreglamentariamente establecidos sobre ellas. Al contrario, su tenencia ha de cimentarse en las funciones propias del cargo del empleado, o dicho de otra manera, tiene que ser lícita. Su base podrá ser la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativa". Ahora bien, este presupuesto de la tenencia por razón del cargo, que es un claro elemento normativo-jurídico del tipo, lleva el requisito adicional de haberse recibido las cosas "en depósito, consignación o secuestro", frase que incorporó la Comisión Redactora con motivo de la inclusión de los caudales de particulares juntamente a los públicos, pero que quedó redactada, por un desliz en la puntuación del primer párrafo del artículo 233, en términos que abarcan unos y otros. No obstante, la doctrina y la uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema subrayan que estas expresiones no están aplicadas en el sentido que les da el Código Civil, en sus artículos 2211, 1599 y 2249, sino en el natural y obvio de ellas según su uso común, y comprenden, pues, todas las funciones posibles de un tenedor oficial de bienes públicos o de particulares.

En palabras del autor, al analizar Sujeto Activo y Pasivo, señala lo siguiente: *"En cuanto al primero, interesa reafirmar que no todo funcionario público entra en el selecto grupo de agentes del peculado, sino sólo aquel que tenga a su cargo los caudales o efectos, requisito que, en principio, vale en los mismos términos para las dos figuras -dolosa y culposa- y está en perfecta sintonía con la naturaleza pluriofensiva de este grave maleficio"*.

"El Código no pide que el funcionario tenga la posesión o disponibilidad de las cosas, como el italiano y los de su esfera de influencia, ni que las haya recibido o tenga en custodia en su carácter oficial, según requería el alemán. Esto aconseja supina circunspección en el manejo de la doctrina extranjera, máxime considerando el hondo arraigo hispánico del giro "tener a su cargo". La locución implica dos exigencias. Ante todo, que los bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del sujeto agente, lo cual supone que éste tenga un poder sobre ellos, poder que no coincide con la posesión -por lo demás, los funcionarios de que aquí se habla son sólo servidores de la posesión ajena, fiscal o privada, o sea, meros tenedores-, aunque tampoco se restringe a la detentación material, directa y tangible, como la del cajero respecto de los fondos de su caja, "ya que la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos, según la naturaleza del servicio" ("Función específica de custodiar", reza una sentencia de la Corte Suprema. Gaceta Jurídica, número 98, pág. 63)".

"Pero cargo, significa, también dignidad, empleo, oficio. Dos rumbos interpretativos se abren en esta encrucijada. El criterio laxo considera que basta con que el malversador tenga los bienes "con ocasión de" o "en consideración a" su investidura oficial, de lo cual infiere que la competencia específica del funcionario no es un requisito del tipo (opinión prevaleciente en Alemania). Tesis, sin embargo, que, de lege data, desnaturaliza el sentido del delito y anula la ratio de su gravedad, es decir, la confianza funcional que la Administración cifró en el empleado y que él traiciona".

"Por lo mismo, toda la doctrina chilena participa del criterio restringido, al tenor del cual el sujeto debe tener las cosas "precisamente en razón de sus funciones"

(Buster Briceño, op. cit., pág. 25; en la jurisprudencia, los fallos de la Corte Suprema de 13 de abril de 1999 y 25 de julio de 1989. Cfr. Fallos del Mes, números 486, pág. 761, y 3368, pág. 404, respectivamente), de modo que no son suficientes una relación adventicia, ocasional y mucho menos un vínculo ilegal o antirreglamentariamente establecidos sobre ellas. Al contrario, su tenencia ha de cimentarse en las funciones propias del cargo del empleado, o dicho de otra manera, tiene que ser lícita. Su base podrá ser la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativa”.

“Ahora bien, este presupuesto de la tenencia por razón del cargo, que es un claro elemento normativo-jurídico del tipo, lleva el requisito adicional de haberse recibido las cosas “en depósito, consignación o secuestro”, frase que incorporó la Comisión Redactora con motivo de la inclusión de los caudales de particulares juntamente a los públicos, pero que quedó redactada, por un desliz en la puntuación del primer párrafo del artículo 233, en términos que abarcan unos y otros. No obstante, la doctrina y la uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema subrayan que estas expresiones no están aplicadas en el sentido que les da en Código Civil, en sus artículos 2211, 1599 y 2249, sino en el natural y obvio de ellas según su uso común, y comprenden, pues, todas las funciones posibles de un tenedor oficial de bienes públicos o de particulares: “percibir, recaudar, cobrar, custodiar, conservar, administrar e invertir bienes”, corolario avalado por la inteligencia sistemática de los artículos 233 y 235, ya que este último se refiere, genéricamente, a los caudales “puestos a su cargo” del agente, que es, en definitiva, lo esencial para ambas disposiciones. Como sea, cuando el obrar del peculador incide en bienes de particulares, éstos han de haber sido confiados a la Administración en virtud de una entrega obligatoria, impuesta por el Derecho, porque de otra forma -como sucedería en un depósito hecho a título puramente voluntario- no estarían a cargo del empleado, aunque su gestión no persiga finalidades de beneficio social. Pero también en estos casos el único sujeto pasivo es el Estado, no el particular.”

4) Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, página 238, Editorial Jurídica, 2001.

En ese mismo sentido, Etcheberry señala que “*Dentro de esta figura es necesario que los caudales o efectos estén al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Las disposiciones del Derecho Público, y particularmente del Derecho Administrativo, serán las que determinen cuando los caudales o efectos están al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Será preciso que el funcionario desempeñe el cargo en alguna de las calidades que el Derecho Administrativo contempla, en virtud de disposición legal o de formal nombramiento, y también que el cargo, dentro de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, lleve consigo la custodia de los fondos malversados. Este requisito es tanto más imperativo entre nosotros, cuanto que la expresión “teniendo a su cargo” hace en este delito las veces de las expresiones “abusando de su oficio” u otras semejantes que se emplean en otros delitos funcionarios, y que les confieren precisamente la calidad de tales. Si el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental,*

o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida, o un hurto, simple o calificado por abusos de confianza, pero no esta figura delictiva”.

5) Luis Rodríguez y Magdalena Ossandón, Delitos contra la Función Pública, página 378, Editorial Jurídica, 2005.

Finalmente, Rodríguez y Ossandón, citando a Enrique Cury, señalan que *“Las disposiciones del Derecho Público, y particularmente las del derecho administrativo, serán las que determinen cuándo los caudales o efectos están al cuidado del funcionario en razón de su cargo, pues este deber ha de ser necesario, esto es, emanado de la ley o de un reglamento.”*

Por tanto, se excluye de este delito la apropiación de bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente (como el caso del empleado de secretaría de un Tribunal en relación con los fondos depositados en la caja fuerte del mismo, bajo la custodia del secretario).

II. JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre el requisito de “tener a su cargo” exigido al funcionario público que comete la malversación del artículo 233 del Código Penal.

Existen importantes sentencias sobre esta materia que han emanado de los altos tribunales de justicia, entre otras:

1) Corte Suprema, en sentencia de 14 de agosto de 1931. G., 1931, segundo semestre, N° 70, página 372.

“No habiendo definido el Código Penal esas palabras, deben ser tomadas en su sentido natural y obvio según el uso natural de las mismas, y sólo debe dárseles su significado legal en las materias para las cuales fueron expresamente definidas. Recurriendo, además, a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, llega a la conclusión de que no deben ser entendidas de acuerdo con la significación que tienen en el derecho civil, sino en el sentido común y corriente del que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia con obligación de responder de ellos”.

2) Corte Suprema, 13 de agosto de 1965. Fallos del Mes. N° 81, página 189.

“Ni el artículo 233 del Código Penal ni precepto legal alguno considera la exigencia de que el funcionario público tenga las especies bajo su custodia y responsabilidad en virtud de un precepto expreso de la ley o reglamentario”.

3) Corte Suprema, 1° de julio de 1967, considerando 10. R., T. 64, 2da. Parte, secc. 4ta., página 129.

“Que el artículo 233 del Código Penal fue tomado del artículo 318 del Código Español de 1850 que tenía la misma redacción, y que únicamente exigía que el empleado público tuviera a su cargo caudales públicos o de particulares por un título de mera tenencia, sin requerir que los tuviera por razón de sus funciones; posteriormente el Código Español de 1870 cambió su redacción y exigió, además, que el funcionario los tuviera por razón de sus funciones y por este motivo los comentadores de dicho Código, como Cuello Calón y Federico Puig Peña manifiestan que debido a la nueva redacción es ahora menester que la ley haya otorgado al funcionario la administración de esos fondos, pero conforme al texto antiguo se estimaba, según expresa Groizard, que bastaba que los tuviera a su cargo, y como nuestro Código ha mantenido la redacción primitiva del Código Penal Español, basta que el funcionario tenga esos fondos a su cargo, para que sea culpable del delito de malversación”.

4) Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de enero de 1970, considerando 5°. R. de CP. N° 1, tomo 29, página 43.

“Si bien la doctrina requiere como elemento del delito de malversación de caudales públicos, que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o de un encargo, en el sentido de que se trate de una obligación inherente o propia del cargo ni el Código Penal en su artículo 233, ni precepto o norma legal alguna contemplan tales exigencias ya que lo que la ley sanciona, independientemente de la causa o título por lo que se encuentran en su poder los caudales, es la conducta del funcionario que traiciona la fe pública, al actuar con deslealtad frente a la confianza en él puesta como empleado y que por serlo recibe, aunque sea transitoriamente en depósito u otra de las formas previstas en el artículo 233 del Código Penal, caudales o efectos públicos, y aún de particulares pero sin que se requiera por la ley que para tener esos caudales necesite un nombramiento especial”.

5) Corte Suprema, 4 de junio de 1986, en causa seguida en contra de Escobar Cuevas, Mario Evaristo. Publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIII (1986) N°2 (Mayo-Agosto) sección 4.

“Por sentencia del Primer Juzgado del Crimen de Antofagasta se condenó a Mario Evaristo Escobar Cuevas como autor del delito de apropiación indebida de dinero en perjuicio del Fisco a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, en calidad de particular y no de funcionario público, fallo confirmado por La Corte de Apelaciones.

Recurrido de casación por el Fisco, éste fue acogido, condenándose al procesado a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de malversación de caudales públicos, art. 233 N°3, 238 y 260 del C.P.

Se razonó que era hecho de la causa que el procesado era cajero de una caja existente en el Juzgado de Policía Local de Antofagasta, que recibía el pago de multas que el tribunal aplicaba. Que comenzó a apropiarse de los fondos recibidos por infracciones al tránsito, de parquímetros, ley de pesca y multas por lesiones leves, dineros que ascienden a \$1.602.284 y \$1.680.699, los que destinó a comprar un inmueble y un auto.

Hubo infracción de ley al no aplicar el artículo 238 que no admite dudas acerca de su aplicación a cualquier funcionario o persona que se encuentre en la situación que la referida norma establece”.

6) El Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, 3 de julio de 2006, en causa seguida en contra de Ricardo Mora Jaramillo, por Malversación de Caudales Públicos (reiterado), RUC 0500046423-8.

El Tribunal analizó el alcance que tiene en el delito de malversación de caudales públicos el presupuesto de “tener a su cargo”.

En juicio se debatió duramente acerca del sentido y alcance que se debe dar a los vocablos “tener a su cargo” dentro del delito de malversación de caudales públicos.

El artículo 233 del Código Penal dispone que *“el empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga”.*

Al respecto, la defensa sostuvo que estábamos en presencia de una estafa o de un uso malicioso de instrumento privado mercantil falso atendido que el condenado tenía efectivamente los efectos públicos pero sólo en forma esporádica o accidental y no existía un mandato legal o disposición interna del servicio que le asignara esas funciones. Se sostuvo que no era cajero, recaudador ni pagador por lo que no tenía a su cargo fondos fiscales y, por lo tanto, no se daba cumplimiento a este elemento del tipo que exige el delito de malversación.

La Fiscalía logró acreditar, en estrados, que los hechos presentados configuran el delito de malversación de caudales públicos por cuanto el condenado Ricardo Mora tenía la calidad de funcionario público, contaba además con poder para firmar cheques fiscales y con la facultad de subrogar a la Jefa de la Unidad de Finanzas del SAG. En esa calidad procedió a sustraer los caudales o efectos públicos que tenía a su cargo.

El Tribunal Oral se pronuncia al respecto en el Considerando Décimo Séptimo: *“Como lo sostiene José Luis Guzmán Dálbora en su obra Estudios y Defensas Penales malversación proviene del latín male versari: invertir mal. Denota siempre la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido a través de actos de apropiación o alteración de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública. El fundamento de la malversación descansa en el exigencia de establecer mediante la pena, una garantía redoblada a que la gestión e inversión de los recursos económicos con que cuenta el aparato público en su conjunto para satisfacer las funciones de interés colectivo que le comete el ordenamiento, discurra por los cauces que este predetermina y no sufra ataques desde el interior de la administración, o sea, por quienes precisamente son los llamados a invertirlos o lo tienen a su cargo. El Estado que no tiene ojos ni manos, actúa a través de sus órganos, que son también sus instrumentos, o lo que es igual, sus funcionarios, y en la gestión de sus medios económicos ha de depositar obligadamente confianza en las personas que designa para tal propósito, confianza de la que abusa el malversador, que tuerce*

la voluntad estatal y supedita el manejo de dichos bienes a propósitos ajenos a los que quiere el derecho”.

“Asimismo, sostiene el autor antes referido, no cualquier servidor público entra en el tipo del injusto, sino que aquel que, según los casos, tiene a su cargo, administre, custodie o sea tenedor de los bienes que malversa, pues sólo entonces son lesionados los especiales deberes del oficio. Y es precisamente lo que ocurrió en el caso que motiva este fallo, pues Mora Jaramillo incurrió en la conducta descrita precisamente cuando tenía a su cargo la custodia de los talonarios de cheque correspondiente a la cuenta única fiscal denominada “operaciones” del Servicio Agrícola y Ganadero y respecto de la cual tenía poder para firmar los documentos respectivos en su calidad de subrogante de la Jefa de Finanzas. Era precisamente en virtud de esta función y de la labor que desempeñaba en el servicio, cual es contador general encargado de la contabilidad del SAG con poder de firma, que surgía la facultad de tenencia y custodia de caudales públicos. No interesa que en ese momento por encontrarse los titulares en ejercicio no haya podido firmar cheques, porque justamente en virtud del cargo que ostentaba pudo obtener los talonarios de cheques, falsificar una de las firma autorizadas y estampar su propia firma en ellos y posteriormente cobrarlos personalmente o a través de su cónyuge y de otro sujeto”.

“Según el mismo autor ya citado, la doctrina chilena concuerda en que el sujeto debe tener las cosas “precisamente en razón de sus funciones”. La tenencia debe ser lícita, su base podrá ser la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativos”.

El Tribunal Oral concluye que el condenado Mora Jaramillo tenía a su cargo la custodia de los talonarios de cheques correspondientes a la cuenta única fiscal denominada “Operaciones” del SAG y respecto de la cual tenía poder para firmar los documentos respectivos en su calidad de subrogante de la Jefa de Finanzas. Era en virtud de esa función y de la labor que desempeñaba en el servicio que surgía la facultad de tenencia y custodia de los caudales públicos.

III. CONCLUSIONES

He querido presentar la doctrina y la jurisprudencia descontextualizada de un caso concreto y sin adoptar postura alguna.

Respecto al alcance que debemos darle a la frase “tener a su cargo”, la doctrina pareciera exigir mayores requisitos que la jurisprudencia; y este es un dato de gran importancia para las investigaciones penales.

COMENTARIO A SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ALCALDE DE COQUIMBO

Hernán Fernández Aracena¹

Comentario:

Los fallos que se comentan son, a nuestro juicio, importantes no sólo porque fue condenado un Alcalde como autor del delito de fraude al fisco en un caso que tuvo mucha relevancia para la comunidad y opinión pública regional, sino porque sus alcances trascendieron al resto del país.

En este proceso se investigó la compra de parte de la municipalidad de un terreno, pagando un precio sobrevalorado a la dueña del terreno, testaferro del Alcalde, disponiendo de doscientos sesenta millones de pesos en vistas que el terreno valdría no más de ciento diez millones de pesos, teniendo una activa participación el Alcalde de Coquimbo, quien engañó al Concejo Municipal presentándole tasaciones que no se ajustaban a la realidad, irrogando con su actuación un perjuicio municipal de ciento cincuenta millones de pesos.

El fallo de 7 de enero de 2007 del Tribunal Oral de La Serena (en adelante TOP), condenó al Alcalde de Coquimbo como autor del delito de fraude en perjuicio municipal a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, inhabilitación especial perpetua para el cargo de Alcalde, al pago de una multa a beneficio fiscal correspondiente al diez por ciento del perjuicio, a las accesorias legales de suspensión para cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa. Se le concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, y fue absuelto de los cargos por negociación incompatible.

También se condenó a la particular como autora del delito de estafa en perjuicio de la Municipalidad de Coquimbo a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, al pago de una multa de once UTM, a las accesorias legales de suspensión para cargo u oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa. Se le concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Además, se acogió la demanda civil interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, ordenando pagar al imputado Velásquez en favor del municipio, la suma única y total de \$150.000.000.-, suma que deberá ser reajustada, más los intereses corrientes, calculados por sobre el capital reajustado, desde la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada hasta el día en que efectivamente se pague la indemnización, más las costas de la causa.

¹ Abogado, Subdirector Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

El fallo fue recurrido de nulidad por la defensa del Alcalde y de la particular condenada ante la Corte Suprema, la que determinó que la causal alegada del artículo 373 letra a) del CPP de garantías constitucionales, no era tal, sino que los hechos podrían configurar la causal de nulidad absoluta prevista en la letra e) del artículo 374 del mismo Código ya que los hechos alegados se referirían a una supuesta infracción al derecho del defensor a ejercer las facultades que la ley le otorga, razón por la cual remitió el recurso a la respectiva Corte de Alzada.

La Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de 18 de mayo de 2007, rechazó el recurso de nulidad, resolución que fue recurrida de queja por la defensa del Alcalde Velásquez, determinando la Corte Suprema su inadmisibilidad con fecha 12 de junio en curso.

Los fallos tienen relevantes aspectos procesales y penales que creemos necesario destacar, y que a nuestro juicio son los siguientes:

a) Prueba nueva². En esta investigación, luego de realizada la audiencia de preparación del Juicio Oral, la Senadora Evelyn Matthei entregó a la fiscalía un documento, la nota interna N°277, que había sido omitido de entregar por parte de la Municipalidad en la etapa de investigación. Esta nota fue suscrita por la asesora jurídica del municipio, en la que se solicitaba el acuerdo del Concejo Municipal respecto de la adquisición de una cabida inferior de los terrenos cuestionados en sólo ciento veinte millones de pesos, con el fin de dar la solución habitacional requerida por el municipio, propuesta que el Concejo rechazó.

Tras el debate en el juicio oral, el Tribunal Oral en lo Penal de La Serena admitió su incorporación tras recibir del Ministerio Público la justificación de los supuestos requeridos por el artículo 336 del CPP, en cuanto no haber sabido de su existencia.

El TOP señaló que el valor probatorio de esta prueba nueva era acotado, pues *“Si bien la existencia de los hechos que se tuvieron por establecidos a través de la incorporación de la prueba nueva, tanto del Ministerio Público como de la defensa de Velásquez, corresponden a situaciones fácticas no descritas en la acusación, ello en nada vulnera el principio de congruencia en **tanto ha sido valorada para establecer el dolo** con que actuaron Velásquez y Salamanca, pero en ningún caso se refieren a hacerles responsables de un hecho punible distinto a aquél por el que se les acusó”*.

2 En el inciso primero del artículo 336 del CPP se contempla la posibilidad que, a petición de alguna de las partes, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal puede ordenar la recepción de pruebas que ella no haya ofrecido oportunamente (en la audiencia de preparación de juicio oral), cuando dicha parte justifique no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Ello “hace excepción a la obligación que tienen las partes de “mostrar” sus pruebas en la etapa procesal correspondiente. La justificación antes referida será motivo de un debate, y una posterior resolución, en la misma audiencia” (en este sentido, Sabas Chahuán Sarrás, en Manual del Nuevo Procedimiento Penal, Editorial Jurídica Conosur, página 325, año 2001).

La defensa de Velásquez fundó su recurso de nulidad aduciendo una violación de garantías fundamentales, alegando que el inciso 1° del artículo 336 citado dispondría que debe pedirse la incorporación de la prueba nueva tan pronto se tenga noticia de su existencia, regla que es especial en relación a la del artículo 328 del mismo Código, que dispone que cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba.

La Corte de alzada rechazó esta causal, porque a su juicio no es posible ver afectado el derecho a la defensa de la parte acusada, por cuanto el artículo 336 inciso 1° del CPP faculta que el tribunal, a petición de las partes, reciba prueba que no hubiere sido ofrecida oportunamente, exigiendo como único requisito que la parte justifique no haber sabido de su existencia hasta ese momento, y dado que en el caso de autos, luego del debate, los jueces aceptaron su recepción por estimar que concurrían los presupuestos para incorporarla, era posible colegir *“que es la propia ley la que faculta al tribunal a autorizar prueba nueva y en consecuencia, desde un punto de vista estrictamente procesal, no se advierte conculcación de derecho o garantía alguna del recurrente por el hecho de autorizar la incorporación de dicha prueba, ya que se trata de un arbitrio contemplado en la ley, en un caso previsto por ella y que durante la secuela del juicio fue objeto de amplio debate”*³.

Agrega la Corte que una situación diversa es la referida a la ponderación de esa prueba, lo que tampoco puede ser causa de perjuicio para la defensa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 340 del CPP, dado que *“la convicción que la ley exige al tribunal debe emanar de toda la prueba producida legalmente en el juicio oral, incluida la agregada con arreglo al artículo 336 aludido”*⁴.

Finalmente, estima la Corte que el “momento” a que hace referencia el artículo 336 inciso 1° del CPP ha de estimarse que es “todo el transcurso de la audiencia del juicio oral, ya que ella no especifica ninguna oportunidad dentro de ésta última”. Ello validó la actuación del Ministerio Público en cuanto a que el orden de la prueba lo elige libremente cada interviniente, de acuerdo a lo que dispone el artículo 328 del CPP.

b) Principio de Congruencia⁵. Al respecto el recurso de nulidad de la defensa del Alcalde, sostiene que se habría configurado la causal de la letra f) del artículo

3 Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de la Serena, fallo de 18 de mayo de 2007, Rol ingreso de Corte N°88-2007, considerando 5°.

4 Sentencia citada, considerando 5°.

5 El principio de congruencia se refiere a la debida correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, de modo que sólo pueden ser objeto del juicio y de la sentencia los hechos y circunstancias contenidos en la acusación. Ello se desprende de lo dispuesto en el artículo 341 inciso 1° del CPP que textualmente indica *“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”*. Debe recalcar que *“la congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica”*. (En este sentido, María Inés Horvitz, Derecho Procesal Chileno, Tomo II, página 341, Editorial Jurídica, 2004).

374 del CPP, atendido que la sentencia para acreditar los elementos de engaño y perjuicio “*echó mano a hechos que no figuran en ninguna parte de la acusación*”.

Fundan la causal alegada en cuanto al elemento perjuicio, toda vez que el Ministerio Público no habría logrado su determinación, desde que lo concibió como la resultante de la diferencia que arrojaba el valor del precio de la compra-venta en comparación con la tasación fiscal del inmueble y como consecuencia de no haberse considerado la factibilidad de otros terrenos, por lo que perjuicios de otra naturaleza y otros elementos determinantes del mismo ya no se podían incorporar durante el juicio oral.

En cuanto al elemento engaño, sostienen la infracción en que no resultaron probadas las proposiciones fácticas en que éste se hizo consistir en la acusación, donde lo presentó como una acabada *mise en scène* en términos de provocar el error en los concejales que concurrieron a la sesión ordinaria N° 60, los que no tenían conocimiento de la existencia de los terrenos pretendidos comprar; no obstante la prueba demostró, por el contrario, que ellos conocían la propiedad desde hacía por lo menos seis meses antes, por lo que resultaba improcedente probar otro engaño o ardid durante el desarrollo del juicio oral, menos en base a la recepción de prueba nueva, obtenida para otros fines procesales.

Al respecto, la Corte señaló⁶ que el principio de congruencia suele estar reconocido en los ordenamientos procesales penales como una manifestación concreta del principio acusatorio y, no tanto, del derecho de defensa. Para resolver el problema de la congruencia agrega la Corte que se requiere operar con un “criterio técnico-procesal de hecho”, pues así podrá determinarse si, efectivamente, una modificación fáctica producida en la sentencia, lesiona dicho principio.

De este modo, para determinar si una modificación fáctica implica una alteración del objeto del proceso y la infracción al deber de congruencia, estima la Corte que debe acudir a una visión normativa del hecho basada en criterios jurídico-penales, como el de la actividad de ejecución típica y el del bien jurídico lesionado. En virtud de estos criterios se pueden distinguir: **modificaciones fácticas esenciales** y **modificaciones accesorias**, es decir, relevantes e irrelevantes, constituyendo sólo las primeras una infracción al deber de congruencia, mientras que las segundas por ser irrelevantes procesalmente, pueden ser modificadas en la sentencia.

La modificación sólo puede ser considerada esencial si incide en la calificación jurídico-penal, de manera que la misma importe un cambio de calificación jurídica agravatoria o implique una agravación punitiva, derivada precisamente de la introducción durante el desarrollo del juicio de una circunstancia o elemento fáctico no considerado en la acusación, única hipótesis que será atendible debatir sobre la infracción del deber de congruencia.

Si por el contrario, la modificación se refiere a hechos que no originan estas consecuencias, porque dejan inalterado el núcleo esencial de la acción de ejecución

6 Sentencia citada, considerando 21.

típica e intacta la calificación jurídica del hecho y su consecuencia punitiva, debe entenderse que no se registra infracción alguna, cuyo es el caso de lo sucedido en estos autos, pues en ningún caso se puede concluir que las circunstancias alegadas hayan tenido la trascendencia jurídico-penal que la defensa sostiene, toda vez que no modificaron la calificación jurídica ni la punición del hecho punible introducido por la acusación, teniendo presente que el perjuicio como elemento del delito sí fue consignado en la acusación.

Añade la Corte que en la especie, en el curso del juicio, lo que se vio modificado fue el modo o manera específica de cálculo del perjuicio, hecho que fue objeto de amplio debate contradictorio, circunstancia que, por tanto, impide advertir, también, una infracción al derecho de defensa derivada de tal modificación fáctica.

c) El elemento “engaño” en el Fraude al Fisco. Sostiene la defensa para impugnar el fallo del TOP por la causal del artículo 373 letra b) del CPP, que no se acreditó en el juicio el elemento del tipo del artículo 239 del CP como es la necesidad que exista un “engaño bastante”. Afirman que no es posible independizar los requisitos del delito del art. 239 de aquellos de la estafa, entre los cuales se encuentra el del engaño, entre otras razones, porque si la estafa es el delito subyacente al delito de fraude al Fisco, es insostenible que no se exija un engaño de la misma entidad que para la estafa, teniendo presente que ambos utilizan el mismo verbo rector “defraudar”; y más aún cuando se acusa al funcionario público como autor de fraude al fisco y al particular por estafa del artículo 473 del CP, luego, cualquier dicotomía entre estafa y fraude al Fisco respecto del engaño, contravendría las reglas de la lógica.

Reconoce el fallo que el delito del artículo 239 sería una forma de estafa o defraudación que exige para su consumación del engaño y el perjuicio propios de la estafa, aunque tal engaño no necesariamente debe constituir una acabada *mise en scène*, debiéndose tener en consideración, además, que el tercero partícipe en el hecho constitutivo del fraude, ya sea colaborando con el funcionario público o aprovechándose de su consentimiento, puede ser responsable de la estafa común prevista en la disposición citada⁷.

El fallo cita⁸ al profesor Etcheberry, quien sostiene que en el delito del art. 239, el empleado puede producir el perjuicio merced a un engaño (a sus superiores o a otros funcionarios) o bien mediante el incumplimiento de deberes funcionarios (aunque no exista engaño, si bien habitualmente habrá por lo menos mentira), insistiendo en que el engaño debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio.

Por ello concluye⁹ que en la especie, precisamente, concurren todos los elementos exigidos por los tipos penales de los artículos 239 y 473, toda vez que el imputado Velásquez, en su calidad de alcalde, esto es, de funcionario público, intervino

7 Sentencia citada, considerando 26.

8 Sentencia citada, considerando 26.

9 Sentencia citada, considerando 29.

directamente y en razón de su cargo en la operación destinada a obtener de los miembros del Concejo Municipal de Coquimbo la aprobación para la adquisición del inmueble, presentando tasaciones que daban cuenta de un valor abultado del predio y consintiendo, de esta manera, en que se defraudare a la municipalidad, beneficiando a un tercero, esto es, a la imputada Salamanca propietaria del inmueble, el que en definitiva fue adquirido por la municipalidad, originando un menoscabo a su patrimonio, representado por el excesivo valor que en forma injustificada se pagó por el predio, concurriendo, además en ambos acusados un obrar malicioso o propósito delictivo, que constituye el elemento subjetivo exigido por la ley para configurar los hechos punibles indagados.

d) Comentarios finales. Cabe destacar que el fallo del TOP tiene un extenso desarrollo respecto al bien jurídico protegido en los delitos funcionarios, la probidad pública y respecto al tipo penal, citando diversos autores, análisis que nos parecen pueden ser de alta utilidad a los fiscales, de modo que recomendamos leer con atención el considerando 8° del fallo de la instancia.

Esta investigación, que duró cerca de dos años y medio, no sólo significó un desafío jurídico procesal para los fiscales a cargo de la misma, sino que también debieron enfrentar estoicamente las amenazas a su integridad física o la de sus familias, exponerse al desprestigio gratuito e infundado, y a encarar denuncias injustificadas de mal trato a testigos o de falta de objetividad. De forma que las condenas logradas no sólo brindan una satisfacción en el plano netamente profesional, sino incluso en el ámbito más personal.

Pareciera que este tipo de desafíos son aquellos que caracterizan la especialidad, mereciendo un reconocimiento al esfuerzo, paciencia y profesionalismo desplegados por todos aquellos que estuvieron ligados a la investigación.

Sentencia:

Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena:

La Serena, dieciocho de mayo de dos mil siete.

VISTOS:

En los antecedentes Rol Único 0400442318-1 la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena integrada por el Juez Presidente don Juan Carlos Espinosa Rojas y los jueces don Marco Antonio Flores Leyton y don Iván Roberto Corona Albornoz, por sentencia de siete de enero de dos mil siete, condenó

a Pedro Antonio Velásquez Seguel y a Aurora del Rosario Salamanca Vega, como autor el primero de los nombrados del delito de fraude en perjuicio de la I. Municipalidad de Coquimbo, cometido el 30 de junio de 2003 en la ciudad del mismo nombre, a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, a la pena accesoria de inhabilitación especial perpetua para ejercer el cargo de Alcalde, a una multa a beneficio fiscal ascendente a \$15.023.710, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa. El mismo fallo condenó a la acusada Salamanca Vega a la pena de trescientos días de presidio

menor en su grado mínimo, al pago de una multa a beneficio fiscal ascendiente a once Unidades Tributarias Mensuales, a las accesorias legales de suspensión para cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa como autora del delito de estafa, cometido en la ciudad de Coquimbo en perjuicio de la I. Municipalidad del mismo nombre el 30 de junio de 2003. La sentencia en referencia además absolvió al acusado Velásquez Seguel de los cargos formulados en su contra como autor de dos delitos de negociación incompatible, presuntamente cometidos en perjuicio de la I. Municipalidad de Coquimbo, entre los años 2002 y 2005. El fallo lo condenó además a pagar a favor de la I. Municipalidad de Coquimbo la suma de \$150.000.000 (ciento cincuenta millones de pesos), más reajustes e intereses, a título de indemnización por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la comisión de un delito de fraude en su contra.

En contra de la sentencia anterior ambos acusados interpusieron sendos recursos de nulidad, basándose cada uno de ellos en las causales de las letras a y b del artículo 373 del Código Procesal Penal y en las causales de las letras e y f del artículo 374 del mismo Código, dando cada recurrente en sus escritos los mismos fundamentos a cada una de las causales de nulidad interpuestas. Solicitaron en definitiva que fueran acogidos sus recursos, procediéndose a anular el fallo y el juicio oral, disponiéndose la realización de un nuevo juicio, o solamente que se invalidara el fallo y que se dictara la correspondiente sentencia de reemplazo en el caso que la causal de nulidad por la que se acogiese el recurso fuere la del artículo 373 letra b del Código Procesal Penal.

Declarados admisibles los recursos se llevó a efecto la audiencia destinada a tomar conocimiento de los mismos, determinándose para la lectura del fallo la audiencia del 18 de mayo de 2007 a las 13:00 horas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en atención a haberse otorgado por los recurrentes el mismo fundamento a cada uno de los motivos de nulidad por ellos planteados, se procederá a analizar dichas causales en relación a ambos acusados a la vez.

SEGUNDO: Que siendo estas causales de competencia de la Excma. Corte Suprema, debe tenerse en cuenta lo resuelto por dicha Corte, la cual por sentencia de 28 de marzo de 2007, que rola a fojas 341 y siguientes y en uso de la facultad que le confiere el artículo 383 letra a) del Código Procesal Penal y basada en que los fundamentos dados en los escritos a la causal del artículo 373 letra a) se podrían referir más bien a la existencia de una infracción al derecho del defensor a ejercer las facultades que la ley le otorga agregando que tal circunstancia podría constituir la causal de nulidad prevista en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, ordenando remitir los antecedentes a esta Corte de Apelaciones, con el fin de que si lo estimara admisible, conociera y fallara los recursos de nulidad interpuestos por las defensas de Aurora Salamanca Vega y de Pedro Velásquez Seguel. En virtud de esto y luego de su examen, se procedió a declarar admisibles los recursos y a concederles la tramitación respectiva, tomándose conocimiento de los mismos en la audiencia designada al efecto.

En cuanto a la causal de nulidad a que se refiere la Excma. Corte Suprema, fundada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación a la infracción al derecho del defensor a ejercer las facultades que la ley le otorga.

TERCERO: Que como primer motivo de nulidad se señaló lo siguiente: Que el 16 de diciembre de 2006 el Ministerio Público, como su última prueba e invocando la norma del artículo 336 inciso 1° del Código Procesal Penal, solicitó la incorporación de la Nota Interna N° 277 suscrita por la asesora jurídica de la Municipalidad de Coquimbo, Marcia Sepúlveda Soto. Afirmó el ente acusador que el documento en cuestión se lo había entregado la querellante Evelyn Matthei sólo el 30 de noviembre de 2006, esto es una vez que ya había transcurrido la audiencia de preparación del juicio oral. Ante esta solicitud de agregación de prueba se opuso la parte acusada, para lo cual dio como fundamento lo señalado en el inciso 1° por el artículo 336 citado, en la parte que expresa que debe justificarse no haber sabido de su existencia hasta ese momento, lo que implica que debe pedirse la incorporación de la prueba nueva tan pronto se tenga noticia de su existencia, regla que es especial en relación a la del artículo 328 del mismo Código, que dispone que cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba. Agrega que la norma en referencia es excepcionalísima y debe interpretarse restrictivamente, ya que rompe el conocimiento entre las partes respecto de la prueba con que cuenta la otra. El incidente se recibió a prueba rindiéndose las declaraciones de testigos de la querellante Evelyn Matthei y de Humberto Torres, luego de lo cual fue resuelto accediendo el tribunal en

forma unánime a la incorporación de la prueba solicitada.

CUARTO: Que si bien, la Excma. Corte Suprema en su resolución de fojas 341 estimó que los hechos invocados por la defensa como infracción de garantías constitucionales, mas bien podrían configurar la causal de nulidad absoluta prevista en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en la misma, en su considerando cuarto, dejó sentado que los hechos alegados se referían a una supuesta infracción al derecho del defensor a ejercer las facultades que la ley le otorga, por lo que estos sentenciadores hemos considerado que los hechos planteados por los recurrentes para fundar la causal de la letra a) del artículo 373 del citado Código han podido, asimismo, servir de base a una posible violación al derecho de defensa, también previsto en el mencionado artículo 374.

QUINTO: Que en el parecer de esta Corte, con la anuencia del tribunal a incorporar la prueba nueva correspondiente a la nota interna N° 277, no es posible ver afectado el derecho a la defensa de la parte acusada, debiendo tenerse presente al respecto, que el artículo 336 inciso 1° del Código Procesal Penal faculta que el tribunal, a petición de alguna de las partes, reciba prueba que no hubiere ofrecida oportunamente, exigiendo como único requisito que la parte justifique no haber sabido de su existencia hasta el momento; en el caso de autos luego de debatirse tal exigencia los jueces aceptaron su recepción, esto es, estimaron que concurrían los presupuestos para incorporarla. De ello se colige que es la propia ley la que faculta al tribunal a autorizar prueba nueva y en consecuencia, desde un punto de vista estrictamente procesal,

no se advierte conculcación de derecho o garantía alguna del recurrente por el hecho de autorizar la incorporación de dicha prueba, ya que se trata de un arbitrio contemplado en la ley, en un caso previsto por ella y que durante la secuela del juicio fue objeto de amplio debate. Cosa distinta es la ponderación que los jueces hagan posteriormente de esa prueba, pero ello tampoco puede ser causa de perjuicio para los recurrentes desde que de conformidad al mandato del artículo 340 del mencionado Código, la convicción que la ley exige al tribunal debe emanar de toda la prueba producida legalmente en el juicio oral, incluida la agregada con arreglo al artículo 336 aludido. Así lo ha resuelto la Excm. Corte Suprema por sentencia de fecha 30 de noviembre de 2005 en causa rol 4656-2005.

Además, la circunstancia de haber presentado la parte acusada por su lado prueba nueva consistente en las copias de las actas de las sesiones números 50 y 51 del Concejo Municipal, en relación a la nota interna 277 antes presentada por la parte del ministerio público, indudablemente implica haber ejercido su derecho a la defensa. A esto se agrega que debe entenderse que el “momento” a que hace referencia la norma del artículo 336 inciso 1° del Código Procesal Penal ha de estimarse que es todo el transcurso de la audiencia del juicio oral, ya que ella no especifica ninguna oportunidad dentro de ésta última. Esta conclusión se ve confirmada por lo que dispone el artículo 296 del Código en referencia que establece la regla general de que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia habrá de rendirse durante la audiencia del juicio oral.

SEXTO: Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que la valoración de la prueba producida en el juicio oral que corresponde efectuar a los jueces del tribunal a quo con la libertad que le confiere el artículo 297 del Código Procesal Penal no puede ser analizado por esta Corte, ya que de hacerlo se constituiría en un tribunal de instancia o apelación.

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, atendido lo razonado, los argumentos esgrimidos por la defensa resultan improcedentes.

OCTAVO: Que dentro del primer motivo de nulidad hecho valer por la parte acusada se señala también que, aceptada que fue por el tribunal la incorporación como prueba nueva de la nota interna N° 277, se solicitó la suspensión del juicio por un término de dos días, con el objeto de indagar acerca de ella y de preparar la defensa, a lo cual el tribunal le negó lugar. Esta alegación deberá desestimarse en atención a que el fundamento de la petición no se encuentra en aquellos casos en que, de conformidad con el artículo 283 en relación con el artículo 252, ambos del Código de Procedimiento Penal, tal suspensión del juicio haya sido prevista por el legislador.

NOVENO: Que como otro motivo de nulidad se señaló por la parte acusada, que en atención a la incorporación al juicio de la nota interna N° 277, con la cual se pretendía sostener que el Alcalde Velásquez tomó conocimiento de la existencia del inmueble y que acordó con Aurora Salamanca en forma antelada a la sesión N° 60 del Concejo Municipal el precio de dicho bien raíz, su parte para acreditar que los concejales también habían tenido conocimiento de aquella anterior oferta

de compra, acompañó como prueba nueva las actas de las sesiones del Concejo Municipal números 50 y 51, que demostraban que Velásquez había puesto en conocimiento del órgano competente lo solicitado en la nota interna N° 277, aprobándose la compra del inmueble en la sesión N° 50, pero dejándose sin efecto tal acuerdo en la sesión N° 51. Habiendo tenido lugar lo anterior, la incorporación al juicio como prueba nueva de las actas de las sesiones del Concejo números 50 y 51 y en un momento en que ya había rendido su prueba la parte del acusado Velásquez y comenzaba la de Aurora Salamanca, el ministerio público solicitó una vez más incorporación de prueba nueva, consistente en las notas internas números 281 y 307, lo que fundó en el inciso 2° del artículo 336 del Código Procesal Penal, expresando que con tal prueba se desvirtuaría la veracidad, autenticidad o integridad de las actas de las sesiones del Concejo números 50 y 51. El tribunal rechazó la oposición de la defensa y permitió la incorporación de las notas en referencia. Esta prueba, incorporada extemporáneamente por la fiscalía, no pudo cumplir con lo que ésta prometía, en el sentido de desacreditar la veracidad, autenticidad o integridad de los documentos acompañados por la defensa como prueba nueva, lo cual reconoce el voto de mayoría en el fallo, pero, sin embargo de esto, tales notas 281 y 307 fueron usadas en la sentencia para fines distintos a los permitidos en el artículo 336 inciso 2° del Código citado, como fue para condenar a los acusados. De lo expuesto por la parte acusada se desprende que se afirma que hubo una mala utilización por el tribunal de la prueba constituida por las notas internas números 281 y 307, las cuales en su concepto debían emplearse

sólo para acreditar la falta de veracidad, autenticidad o integridad de las actas de las sesiones números 50 y 51, que ella había acompañado como prueba nueva, pero no para acreditar los delitos de fraude al Fisco y estafa atribuidos en la acusación. Esto importa aducir que no hubo una apreciación de esta prueba de acuerdo a lo señalado en el artículo 297 del Código Procesal Penal, conforme lo dispone el artículo 342 letra c) del mismo Código, referente a la forma de la sentencia definitiva, con lo cual se habría incurrido en el vicio de nulidad a que alude el artículo 374 letra e) del mismo cuerpo legal. De la lectura del fundamento 7° del fallo, referente al establecimiento por medio de la prueba rendida de los hechos constitutivos de los delitos a que se refiere la acusación y participación en los mismos que ha cabido a los acusados, se desprende que los sentenciadores dejan en claro que las referidas notas internas no logran el objetivo probatorio para el cual fueron presentadas, cual fue que las actas de las sesiones 50 y 51 del Concejo Municipal eran falsas, pero sin embargo, se las utiliza para acreditar que la referencia que se hace en la nota interna 277 y en las actas de las sesiones números 50 y 51 es respecto de una porción de tres hectáreas del lote 6 de la parcela 35 de El Sauce de Miramar. No obstante, tal valoración, en concepto de esta Corte, resulta irrelevante respecto del establecimiento del hecho que se trata de probar, ya que aún, prescindiendo de dicha prueba, se habría llegado a la misma conclusión con la restante.

DÉCIMO: Que como otro motivo de nulidad la parte del imputado Velásquez señala que el ministerio público y la querellante en sus alegatos de clausura hicieron alusión al hecho de que el

acusado había guardado silencio durante el juicio, buscando una sanción por parte del tribunal por el ejercicio legítimo de este derecho y afectando al mismo tiempo a la presunción de inocencia. Esta alegación aparece orientada a señalar que se habría afectado el derecho a la defensa de los acusados mediante la facultad de guardar silencio que les concede el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal y el artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución Política de la República, sin embargo la circunstancia de que se haya hecho una afirmación de tal tipo por las partes acusadoras no puede estimarse como conculcación del derecho en referencia, derecho que sólo se podría haber visto afectado si se les hubiera de alguna manera forzado a declarar, lo que no ha sucedido. Asimismo, debe consignarse, que de la lectura del contenido de la sentencia que se examina, no se observa que los sentenciadores hagan referencia en parte alguna al silencio del imputado, ni a tal circunstancia, para lograr la convicción de su culpabilidad.

UNDÉCIMO: Que en virtud de las consideraciones precedentes, el recurso deberá ser rechazado porque, como se ha señalado, a juicio de esta Corte, no se ha incurrido en infracción al derecho del defensor a ejercer las facultades que la ley le otorga.

En cuanto a la causal de nulidad fundada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal.

DUODÉCIMO: Que, la defensa de los acusados Pedro Velásquez Seguel y Aurora Salamanca Vega han fundado el recurso sosteniendo que el artículo 342 letra c) en relación con el artículo 297 del Código Procesal Penal imponen la exigencia de que la sentencia

cuente, en la valoración de la prueba, con una apreciación libre, pero que no puede contradecir los principios de la lógica y las máximas de la experiencia; no obstante, la sentencia del voto de mayoría ha omitido, en forma flagrante, cualquier respeto a las máximas de la experiencia en la apreciación de la prueba, incurriendo en una serie de contradicciones insalvables que han conducido a la declaración de culpabilidad de ambos imputados, toda vez que ha dado por establecida la existencia de un engaño que habría cometido el alcalde Velásquez y cuyo destinatario fue el Concejo Municipal. Afirman que la apreciación de las tasaciones realizadas por Julio Devoto Torres y Paz Walker Fernández resulta absolutamente contrarias a las reglas de la lógica y, en especial, al resto del razonamiento de la sentencia; que en ninguna parte del fallo se ha establecido que fueran falsas o que hubieran efectuado con el objeto de defraudar o de montar una mise en scene para la subsecuente defraudación del Concejo Municipal. Añaden que la sentencia sólo formula una crítica técnica a dichas tasaciones, señalando que como tales no parecen dotadas de una pulcritud metodológica suficiente para darle plena validez; sin embargo, los sentenciadores de mayoría nunca cuestionan su legitimidad, a pesar de lo cual, al apreciar la prueba, sostiene la sentencia que mediante tales abultadas tasaciones el alcalde acusado obtiene engañar al Concejo para que apruebe una compra desproporcionadamente cara.

Refiere que contradice todos los principios de la lógica una afirmación que pretenda fundar el engaño en documentos verdaderos que se ponen a disposición del Concejo Municipal; que si dichas tasaciones forman parte

del engaño desplegado por el alcalde, naturalmente deben ser apócrifas puesto que serían el instrumento a partir del cual se perpetraría el engaño; pero ni siquiera el ministerio público insinuó siquiera que las tasaciones fueran falsas. Que de la misma forma, la afirmación acerca de que el tasador Devoto es absolutamente inepto para realizar una tasación, contradice las máximas de la experiencia; porque si hay profesionales capacitados para determinar los precios de los inmuebles, son aquellos que se dedican a su transa de un modo estable y los corredores de propiedad, labor que desarrolla el nombrado tasador, realizan dichas operaciones habitualmente y la experiencia indica que todo ciudadano que quiere vender o comprar un predio, se dirige a ellos a buscar su asesoría y no contrata un perito tasador.

DECIMOTERCERO: Que en relación a la causal de nulidad fundada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del precitado texto legal, estos sentenciadores, frente a las características del presente recurso de nulidad, han estimado necesario y pertinente recordar la ya reiterada jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en el sentido que a las Cortes de Apelaciones, conociendo del recurso de nulidad a que se refieren los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, les esta vedado alterar los hechos que fueron fijados en la audiencia del Tribunal Oral; si así no fuera, señala tal opinión, resultaría que magistrados que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el juicio oral, estarían modificando hechos de los que sólo toman un conocimiento mediato; con ello se arruinaría uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa

la reforma procesal penal, como es el principio de inmediatez.

DECIMOCUARTO: Que, por otra parte, reiteradamente, esta Corte ha sostenido que resulta preciso tener presente que el Código Procesal Penal ha entregado al Tribunal Oral la apreciación con libertad de la prueba rendida y la convicción que con ella logra, conforme a lo preceptuado en sus artículos 297 y 340, por cuanto es en dicha sede donde los actos de prueba están sometidos a los principios de contradicción, oralidad e intermediación, acorde con lo dispuesto en los artículos 296 y 340 inciso 2° del precitado Código, sin que sea permitido a este Tribunal efectuar una valoración diversa.

DECIMOQUINTO: Que de la sola lectura de la sentencia recurrida, es posible concluir que en los considerandos séptimo y octavo, los jueces efectuaron un análisis armónico y ordenado de las pruebas producidas y que detalladamente se consignan en el motivo sexto, las que, además, estuvieron sometidas a los principios de contradicción, oralidad e intermediación que constituyen la garantía fundamental para el derecho de defensa, conforme lo determinan los artículos 296 y 340 inciso 2° del Código Procesal Penal y cuya valoración, como se ha expuesto, cae en el ámbito de las atribuciones que le son privativas, siendo del caso, asimismo, tener presente, contrariamente, a lo que sostiene la recurrente, que el fallo las analiza y pondera a través de una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por establecidos, para tener, finalmente, por establecida la figura penal por la cual se condenó a los acusados y su participación en el ilícito.

DECIMOSEXTO: Que, en efecto, en los referidos motivos los sentenciadores realizan un pormenorizado y sistemático análisis de los dichos de diversos testigos que depusieron en el juicio, presentados tanto por el ministerio público como por los acusados Velásquez y Salamanca; de las aseveraciones de los peritos ofrecidos por el órgano persecutor, así como de la abundante documental allegada al juicio oral, elementos de prueba en virtud de los cuales arriban a la convicción de que se encuentra acreditada la calidad de alcalde de la Municipalidad de Coquimbo; la celebración con fecha 28 de mayo del 2003, de la sesión ordinaria N° 60 del Concejo Municipal de dicho ayuntamiento; la existencia del acuerdo N° 11, por el cual en dicha sesión, se convino por la unanimidad de los concejales presentes y con el voto del alcalde, la compra de un inmueble de cinco hectáreas, de propiedad de la acusada Salamanca, en el precio y condiciones en que fueron propuestas al Concejo por el imputado Velásquez; que mediante escritura pública de 30 de junio del 2003, suscrita ante el Notario de Coquimbo don Mariano Torrealba, doña Aurora Salamanca Vega vendió a la Municipalidad de Coquimbo, representada por el entonces alcalde Pedro Velásquez Seguel, el predio consistente en el sitio 6, resultante de la subdivisión de la parcela 35 del Proyecto de Parcelación El Sauce de Miramar, de la comuna de Coquimbo, de 4,7 hectáreas de superficie aproximadamente, en la suma de \$260.000.000, pagaderos en la suma de \$50.000.000 en dinero efectivo o el valor que lo represente, la suma de \$50.000.000 en especies valoradas, por la transferencia en dominio de dos inmuebles y la suma de \$160.000.000 pagaderos en dieciséis

cuotas de \$10.000.000 cada una, a partir el 7 de agosto del 2003. Además, se tiene por establecido que la vendedora Salamanca había adquirido el terreno transferido a la municipalidad, por tradición que le hiciera la “Sociedad Auromar Limitada”, por escritura de disolución anticipada, liquidación y adjudicación de sociedad, de fecha 30 de mayo del mismo año 2003; que el precio de venta del predio fue íntegramente pagado por la Municipalidad de Coquimbo; que en la sesión ordinaria N° 60 de la Municipalidad, fueron expuestos como antecedentes para la aprobación de la compra del sitio 6, las tasaciones referidas a dicho bien raíz, efectuadas por Julio Devoto Torres, que le otorgaba un valor total aproximado de \$488.000.000 y por Paz Walker Fernández, que le asignaba un avalúo de \$262.476.500; enseguida, ponderando la prueba pericial rendida por el ministerio público, consistentes en las tasaciones efectuada por los peritos Mario Arenas Pizarro, Ramón Domingo Labarca y Elsa Aliaga Jofré, arriban a la conclusión que el valor de transacción o precio de venta del inmueble vendido por Aurora Salamanca a la Municipalidad de Coquimbo, de acuerdo a las condiciones del mercado del momento, pudo fluctuar entre los ciento dos y los ciento trece millones de pesos aproximadamente, el que finalmente, estiman en \$109.762.900, en virtud del cual además, determinan el monto del perjuicio al patrimonio municipal, en la suma de \$150.237.100, desvirtuándose, asimismo, en forma razonada, el mérito probatorio de las tasaciones efectuadas tanto por el perito Javier Bascuñán Walker, por cuanto aducen que el método de rentabilidad dinámica para la determinación del valor del predio, se aparta de la objetividad

que por otra parte ofrece el método de comparación de mercado, y aquellas presentadas a la sesión del Concejo Municipal N° 60, como antecedentes para la compra del inmueble de la acusada Salamanca y realizadas por Julio Devoto y Paz Walker, por ser ajenas a los valores objetivos que, de acuerdo al estado de mercado, a la fecha de la transacción, correspondían al bien raíz, no indicando, tampoco, la metodología para arribar a sus conclusiones. Luego, los jueces del tribunal a quo estiman acreditado el conocimiento que el acusado Velásquez tenía de la existencia del lote 6 de la Parcela 35 del Sauce Miramar, con seis meses de antelación a la fecha de la celebración de la aludida sesión N° 60 del Concejo Municipal, ponderando para ello el contenido de la nota interna 277 y de las copias de las sesiones N° 50 y 51, llevadas a efecto en el mes de noviembre del año 2002 y ordenadas incorporar al juicio como prueba nueva, estimando que con ellas se logró probar que en el mencionado mes el alcalde Velásquez dio lectura ante el Concejo Municipal de Coquimbo de la referida nota interna para la compra de 3 hectáreas de terreno ubicadas en El Sauce de Miramar a Aurora Salamanca, en el precio de \$120.000.000, acordándose por la unanimidad de los concejales y con el voto del alcalde dicha operación en la primera de las sesiones, acuerdo que fue modificado en la segunda reunión, estableciendo luego que dicho predio correspondía en parte, al que posteriormente el Concejo Municipal acordó comprar en el mes de mayo del 2003; y, también, con el examen de la prueba testifical y documental que indican, tienen por probada la relación de amistad que ligaba a ambos acusados, desde al menos, el año 2001.

Finalmente, los sentenciadores de mayoría, concluyen que habiéndose dejado sentada la existencia de los hechos y el modo en que resultaron acreditados, consideran que el establecimiento de las proposiciones fácticas contenidas en las acusaciones del ministerio público y de los querellantes, mediante la ponderación libre de las probanzas y de acuerdo con los parámetros del artículo 297 del Código Procesal Penal, satisfacen las exigencias de los tipos penales previstos en el artículo 239 del Código Penal y 473 del mismo texto legal.

DECIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte, en los razonamientos noveno y décimo los jueces del juicio oral sostienen haber adquirido la convicción que a los acusados Velásquez y Salamanca Vega les ha cabido participación de autores en los hechos que se han dado por establecidos, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Punitivo y que encuadran en los delitos de fraude a la municipalidad, en relación al primero y de estafa respecto de la segunda.

DECIMOOCCTAVO: Que, en fin, debe tenerse en consideración, además, que la circunstancia que el fallo recurrido contenga una valoración diferente de las pretensiones de los recurrentes, no significa que falte dicha valoración, o que no se conforme con los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, advirtiéndose, asimismo, que la sentencia consigna las razones legales y doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, como, también, la participación punible de los acusados.

DECIMONOVENO: Que, en consecuencia, conforme a lo razonado precedentemente el recurso, en lo que

es referente al motivo de nulidad en análisis, deberá ser rechazado, porque, como se ha señalado, a juicio de esta Corte, el tribunal apreció la prueba con libertad y, además, sin contradecir los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, por lo que, de manera alguna se ha infringido la normativa establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, que el recurrente estima vulnerada, en relación con lo dispuesto en el artículo 342 letra c) del mismo texto legal.

En cuanto a la causal de nulidad fundada en la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal.

VIGÉSIMO: Que, asimismo, la defensa de los acusados impugna el fallo del Tribunal Oral, sosteniendo que se ha violado el principio de congruencia consagrado en el artículo 341 del Código Procesal Penal, que supone, según indica, citando un fallo de la Excm. Corte Suprema, 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 imputación contenida en la acusación, que fueren de importancia para su calificación jurídica, agregando que lo anterior es precisamente lo que no respetó la sentencia de mayoría, ya que en cuanto al engaño y al perjuicio echó mano a hechos que no figuran en ninguna parte de la acusación. Fundan la concurrencia de la causal alegada en las argumentaciones que sobre el particular efectúa el juez disidente de la sentencia recurrida, las que hacen suyas y reproducen latamente. En síntesis, entonces, las consideraciones respecto a la causal invocada se refieren, en primer término, al elemento típico del perjuicio en el delito imputado al

acusado Velásquez, toda vez que el ministerio público no logró su determinación, desde que lo concibió como la resultante de la diferencia que arrojaba el valor del precio de la compraventa en comparación con la tasación fiscal del inmueble y como consecuencia de no haberse considerado la factibilidad de otros terrenos; por lo que otra naturaleza y otros elementos determinantes del perjuicio ya no se podían incorporar luego durante el juicio oral, porque ello equivaldría a aceptar que el ente persecutor podía dar nuevos elementos fácticos a su acusación e incluso, continuar la investigación durante el desarrollo del juicio oral; y, en segundo lugar, en cuanto al otro elemento típico del delito, esto es el engaño, puesto que no resultaron probadas las proposiciones fácticas en que éste se hizo consistir en la acusación, donde lo presentó como una acabada mise en scène que terminó en provocar el error en los concejales que concurrieron a la reunión ordinaria N° 60, los que no tenían conocimiento de la existencia de los terrenos pretendidos comprar; no obstante la prueba demostró, por el contrario, que ellos conocían la propiedad desde hacía por lo menos seis meses antes; por lo que resultaba improcedente probar otro engaño o ardid durante el desarrollo del juicio oral, menos en base a la recepción de prueba nueva, obtenida para otros fines procesales.

En fin, afirman que cuando se denuncia una violación al principio de congruencia, necesariamente se imputa y denuncia un vicio que ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo, ya que lo que se reclama es justamente que la sentencia se refirió a hechos distintos a los de la acusación, circunstancia que en su concepto, queda

en evidencia en la argumentación del juez de la disidencia, es decir, que el engaño que se da por establecido en el fallo recurrido no es por el que se acusó a los imputados y que lo mismo ocurre respecto del perjuicio.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que el principio de congruencia de la sentencia con la acusación suele estar reconocido en todos los ordenamientos procesales penales como una manifestación concreta del principio acusatorio y no tanto, del principio o del derecho de defensa como se afirma con cierta imprecisión técnica por algunos. Del tenor del artículo 341 del Código Procesal Penal se desprende que esta disposición impone a los sentenciadores el deber de dictar sentencia de manera congruente con los hechos en que se funda la acusación, pero dejando a salvo el poder de calificar libremente esos hechos, de manera que los jueces puedan apartarse de las calificaciones jurídicas efectuadas por las partes. Para resolver adecuadamente el problema de la congruencia se requiere operar con un criterio técnico-procesal de hecho, sólo de ese modo podrá determinarse a ciencia cierta si, efectivamente, una modificación fáctica producida en la sentencia, lesiona el principio. Al respecto debe tenerse en consideración que no cualquiera modificación en el fallo respecto de los hechos históricos contenidos en la acusación importa incongruencia; en caso contrario la congruencia constituiría un deber de transliteración del relato de la acusación a la sentencia, por lo que la más mínima desviación supondría incurrir en incongruencia, y por ende en un vicio de nulidad.

En términos generales se puede consignar que para determinar si el cambio

o modificación implica una alteración del objeto del proceso y la infracción al deber de congruencia, debe acudir-se a una visión normativa del hecho basada en criterios jurídico-penales, como resultan ser el de la actividad de ejecución típica y el del bien jurídico lesionado, por estimarse que éstos son los criterios que ofrecen los parámetros de valoración más seguros. En virtud de estos criterios se distinguen **modificaciones fácticas esenciales**, esto es, relevantes y **modificaciones accesorias**, es decir irrelevantes, constituyendo sólo las primeras, infracción al deber de congruencia, mientras que las segundas por ser irrelevantes procesalmente, pueden ser modificadas en la sentencia. En otras palabras cuando se trata de la aplicación de estos criterios para la solución del caso concreto, ante la invocación de violación al principio de congruencia, se debe constatar, en primer término, si se produjo la modificación fáctica en la sentencia, cotejando para ello el fallo con la acusación; enseguida, en el evento de que, efectivamente se advierta tal modificación, se debe proceder a verificar, si se trata de aquellas modificaciones que alteran de manera sustancial el hecho punible o si solo se está en presencia de una modificación accesorial, para lo cual se deberá aplicar los dos criterios aludidos precedentemente.

Debe entenderse, entonces, que la modificación sólo puede ser considerada esencial si incide en la calificación jurídico penal, de manera que la misma importe un cambio de calificación jurídica agravatoria o implique una agravación punitiva, derivada precisamente de la introducción durante el desarrollo del juicio de una circunstancia o elemento fáctico no considerado en la acusación, única hipótesis que será atendible

debatir sobre la infracción del deber de congruencia. Si por el contrario, la modificación se refiere a hechos que no originan estas consecuencias, porque dejan inalterado el núcleo esencial de la acción de ejecución típica e intacta la calificación jurídica del hecho y su consecuencia punitiva, debe entenderse que no se registra infracción alguna.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que del examen del recurso que se revisa en este capítulo, como se ha anotado, se desprende que se funda en dos argumentaciones destinadas a demostrar que el fallo resulta incongruente con la acusación. En efecto, la primera se refiere a que la sentencia viola el principio de la congruencia al establecer una manera distinta de calcular el perjuicio, en relación a la propuesta en la acusación, aduciendo que el ministerio público lo concibió como la resultante de la diferencia que arrojaba el precio de la compraventa en comparación con la tasación fiscal del inmueble y como consecuencia de no haber considerado la factibilidad de otros terrenos, incorporando luego, durante el juicio, otras tasaciones cuyas conclusiones el fallo recoge, estableciendo un perjuicio que se calcula sobre la base de una tasación que inicialmente no fue utilizada en la acusación para el cálculo del referido perjuicio. Que no obstante que esta Corte estima que habría sido aconsejable una mayor precisión en la formulación de la acusación en este aspecto, en ningún caso se puede concluir que tales circunstancias han tenido la trascendencia jurídico penal que la defensa sostiene, toda vez que no ha modificado la calificación jurídica ni la punición del hecho punible introducido por la acusación, siendo del caso, asimismo, tener presente que el perjuicio como elemento fáctico-jurídico del delito

sí fue consignado en la acusación. En la especie sólo ha ocurrido que en el curso de la práctica probatoria se ha visto modificado el modo o manera específica del cálculo del mismo. Por otra parte, preciso es dejar establecido que el hecho modificado, en cuanto a la forma de cálculo del perjuicio que ha tenido como sustento otras tasaciones no inicialmente consignadas en la acusación, durante la secuela del juicio, fue objeto de amplio debate contradictorio, circunstancia que, por tanto, impide advertir, también, una infracción al derecho de defensa derivada de la modificación fáctica invocada.

VIGÉSIMO TERCERO: Que respecto del segundo fundamento esgrimido en relación a la infracción del principio de congruencia, un detenido y atento análisis del recurso, permite observar que tras el alegato de incongruencia, respecto a las propuestas fácticas del engaño, en realidad se vislumbra un problema de discrepancia en la valoración crítica de la prueba y de determinación del juicio fáctico que acaban efectuando los jueces del tribunal oral y escasa relación tiene con el mencionado principio, lo cierto que se trata más bien de una discrepancia de valoración de prueba entre los jueces y entre éstos y los recurrentes. Si efectivamente se produjo el engaño o bien, si ello está bien probado con el contenido de la nota 277 o con las copias de las actas de las sesiones N° 50 y 51 del Concejo Municipal o si estos instrumentos son útiles para probar el engaño, no constituyen cuestiones de congruencia, sino, esencialmente, de valoración de prueba.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en consecuencia, no habiendo los sentenciadores excedido el contenido de

la acusación, ya que los hechos en que la defensa sustenta la existencia de esta causal, resultan insuficientes, por cuanto en nada alteran la sustancialidad de la imputación, no se ha configurado infracción alguna al principio de la congruencia, de modo que sólo cabe rechazar el recurso en cuanto se funda en lo previsto en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal.

En cuanto a la causal de nulidad fundada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, subsidiariamente, la defensa de los acusados impugna la sentencia dictada en su contra, fundada en la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haber incurrido en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente lo dispositivo del fallo. Sostienen que la sentencia recurrida ha otorgado al artículo 239 del Código Penal una interpretación que desconoce sus elementos típicos al declarar que los hechos acreditados en el juicio oral en contra de Pedro Velásquez configuran el delito de fraude al Fisco y de la estafa del artículo 473 del Código Penal, respecto de Aurora Salamanca; no obstante tal interpretación ha obviado un requisito típico ampliamente reconocido, como es la necesidad de un “engaño bastante”, permitiendo que aún cuando los hechos acreditados no son constitutivos de delito alguno, el Tribunal Oral ha condenado a los aludidos acusados como autores de los referidos delitos. Agrega que la sentencia simplemente menciona la existencia del engaño, sin hacerse cargo de las maniobras con las que ese engaño habría superado el estándar necesario para configurar un engaño típico; que por el contrario

es imposible que se haya acreditado el engaño porque no hubo ninguna información que no se hubiera puesto en conocimiento del Concejo Municipal y que mucho menos se puede tener por establecido que eventualmente hubo maniobras destinadas a dotar al engaño de una puesta en escena que lo hiciera verosímil. Añade que la afirmación que subyace al planteamiento del Tribunal es el que cualquier engaño sirve para configurar el delito, sin embargo ella ha sido consistentemente descartada por la doctrina y la jurisprudencia, entendiendo que el engaño debe estar acompañado de condiciones que lo doten de verosimilitud.

Refieren, en relación a la exigencia de un engaño bastante en el delito de fraude al Fisco, que cualquier intento de independizar la exigencia del engaño en este ilícito no resulta posible, entre otras razones, porque si la estafa es el delito subyacente al delito de fraude al Fisco, es insostenible que no se exija un engaño de la misma entidad que para la estafa; que por otra parte, no resulta baladí que tanto la estafa como el fraude al Fisco, utilicen el mismo verbo rector “defraudar” y que muy especialmente, es insostenible porque en la sentencia recurrida se ha condenado a Pedro Velásquez por fraude al Fisco y a Aurora Salamanca por estafa respecto de la comisión del mismo hecho en atención a la calidad de funcionario público del primero; luego cualquier dicotomía entre estafa y fraude al Fisco respecto del engaño, contraviene las reglas de la lógica. Afirman que si ambos delitos exigen un engaño bastante, resulta preciso adentrarse en dicha cualificación del engaño para poder apreciar en toda su extensión el error jurídico de la sentencia de mayoría.

Sostienen que el problema en la estafa y en el fraude al Fisco consiste en determinar cuándo debe imputarse al engaño el error, disposición y perjuicio patrimonial posterior y cuándo es preciso imputar a la víctima por su falta de cuidado o simple credibilidad. Expresan que si la víctima sufrió un perjuicio por alguna razón diferente al engaño deberá soportarlo sin buscar responsabilidad en quien ha tenido enfrente; si el Concejo Municipal ha realizado una compra pagando por una propiedad más de lo que debió haberse pagado, simplemente hizo un mal negocio, o incluso fue negligente, si no puede encontrarse un engaño bastante por parte de quien lo convenció de realizar la operación. Exponen que el engaño suficiente no puede verse satisfecho por una mera declaración falsa, sino que es preciso que exista un ardid, una maquinación o una puesta en escena que lleve a alguien a caer en un error. En fin, concluyen que en la especie en caso alguno puede entenderse que, de haber alguna forma de engaño, ella podría calificarse de bastante y que, por tanto, la infracción denunciada, esto es, el haber calificado la sentencia como delito un hecho absolutamente atípico por la no concurrencia de uno de sus elementos fundamentales, cual es el engaño bastante, ha influido en lo dispositivo del fallo.

VIGÉSIMO SEXTO: Que el artículo 239 del Código Penal sanciona al empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, mientras que el artículo 473 del mismo texto legal castiga al que

defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores del párrafo respectivo. Que, por tanto, tratándose el primer ilícito de una forma de estafa o defraudación exige para su consumación del engaño y el perjuicio propios del segundo, aunque tal engaño no necesariamente debe constituir una acabada mise en scène, debiéndose tener en consideración, además, que el tercero participe en el hecho constitutivo del fraude, ya sea colaborando con el funcionario público o aprovechándose de su consentimiento, puede ser responsable de la estafa común prevista en la disposición citada. El profesor Etcheverry sostiene que en el delito de fraude al Fisco, el empleado puede producir el perjuicio merced a un engaño (a sus superiores o a otros funcionarios) o bien mediante el incumplimiento de deberes funcionarios (aunque no exista engaño, si bien habitualmente habrá por lo menos mentira), insistiendo en que el engaño debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que no obstante que el engaño, en cuanto elemento constitutivo de las defraudaciones, no ha sido definido por la ley; sin embargo y recurriendo a la doctrina, el “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, de Escriche, que su página 69, señala para el “engaño” la acepción de “falta de verdad en lo que se dice o hace, con ánimo de defraudar a otro”; por tanto, el engaño requiere ser fraudulento, entendiendo por tal, como lo expresa Raimundo del Río, en su obra “Derecho Penal” (Editorial Nascimento. 1947), aquél constitutivo de un dolo capaz de inducir a la víctima a actuar y susceptible de producir la nulidad del acto ejecutado, conforme

a las reglas de la legislación civil. De ello debe inferirse que el engaño, también, debe ser analizado en relación a la cultura y conocimiento del sujeto pasivo, situación de hecho que debe ser vista en cada caso en concreto, toda vez que la conducta del delincuente puede influir en forma decisiva en la voluntad de la víctima en algunos casos, según su preparación, estudio o capacidad intelectual; de modo que la simple mentira puede ser medio suficiente para cometer la estafa, mentira que, en todo caso, debe valorarse con un criterio relativo, porque lo vulgar y pueril, también, puede ser eficaz para engañar a una persona que carezca de suficientes conocimientos. En este sentido, Giuseppe Maggiore ha sostenido que la simple mentira puede ser medio suficiente para cometer el delito de estafa “siempre que haya algún nexo de causalidad entre la mentira del agente y el error del paciente y el provecho injusto del primero y el perjuicio del segundo” (“Derecho Penal Italiano. Editorial Temis. 1956).

Que, de otra parte, la doctrina refiere que se distinguen dos formas de engaño, esto es, la disimulación que es aquella que hace aparecer inexistente algo real y la simulación que es aquella que hace aparecer como real algo que no es; en otros términos, es la actividad que el delincuente despliega y que es imprescindible para que exista delito y que puede revertir innumerables formas como sea capaz de concebir la imaginación humana (Labatut), y que implica la existencia de una conducta o actividad por parte del agente; su naturaleza está determinada por su aptitud para producir como consecuencia el error (Etcheverry). Se agrega que para que se configure el engaño como elemento del tipo no basta simplemente con la

realización de la acción engañosa, sino que ésta debe producir en el receptor del mensaje engañoso, una percepción equivocada de la realidad, es decir, un error, siendo necesario, entonces, que el engaño sea apto. Por su parte, este error en concepto de los autores, es el falso concepto de la realidad o la falta de concepto de la misma; el error falso concepto es el razonamiento equivocado, esto es, los antecedentes con que se cuenta para apreciar determinado hecho, no son útiles o suficientes para la acertada conclusión. En cambio el error falta de concepto es la ignorancia en que se encuentra una persona frente a la realidad.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que en el fallo recurrido los hechos que se dan por establecidos por el tribunal oral que, como se ha señalado, no pueden ser alterados por esta Corte mediante una nueva ponderación de la prueba rendida, se advierte que la conducta desplegada por el acusado Velásquez Seguel, en calidad de alcalde de la Municipalidad de Coquimbo, en la sesión N° 60 del Concejo Municipal, realizada el 28 de mayo del 2003, en la que comunicó la oferta de Aurora Salamanca de vender el tantas veces aludido sitio 6 de la manzana 35, en la suma \$260.000.000, cantidad superior en \$150.237.100, al valor de mercado del predio a la fecha de la mencionada reunión, estimado en la suma de \$109.762.900, informando a los concejales de dos tasaciones efectuadas al terreno, una por un valor de \$488.000.000, aproximadamente, y otra por la suma de \$262.476.500, indujo deliberadamente a error a los concejales, quienes en virtud de dichos antecedentes procedieron a acordar la compra del inmueble, en el precio propuesto por la nombrada Salamanca,

consintiendo de esta manera en que se provocara el perjuicio patrimonial del ayuntamiento, al haberse efectuado, en definitiva, el pago total del precio.

Que, además, se tuvo por establecido que un tercero, la acusada Aurora Salamanca, prevaliéndose en primer término, de la relación de confianza y amistad que la ligaba con el imputado Velásquez y enseguida, de la actitud de este alcalde, quien a sabiendas que los antecedentes puestos en conocimiento del Concejo Municipal contenían un precio abultado para la compra del terreno ofrecido por la primera -obteniendo de esta forma, la aprobación de la operación por parte del Concejo- consiguió un beneficio económico que causó perjuicio al erario municipal al percibir íntegramente el precio por ella exigido, no pudiendo menos que saber, atendida su prolífica actividad de corredora de propiedades, que tal precio no correspondía en ningún caso al precio de mercado del predio.

VIGÉSIMO NOVENO: Que en consecuencia, del examen de la sentencia, en concepto de esta Corte, se infiere que los jueces del juicio oral han efectuado un análisis claro, ordenado y armónico de la prueba rendida destinada a establecer los hechos materia de la acusación y asimismo un adecuado razonamiento para concluir, en forma acertada, que tales hechos, atendida la conducta desplegada por los imputados, se encuadran en la figuras penales contempladas en el artículo 239 y 473 del Código Penal.

En efecto, en la especie, precisamente, concurren todos los elementos exigidos por los referidos tipos penales, toda vez que el imputado Velásquez, en su calidad de alcalde, esto es, de funcionario público, intervino directamente

y en razón de su cargo, en la operación destinada a obtener de los miembros del Concejo Municipal de Coquimbo, la aprobación para la adquisición del inmueble, presentando tasaciones que daban cuenta de un valor abultado del predio y consintiendo, de esta manera, que se defraudara a la municipalidad, beneficiando a un tercero, esto es, la imputada Salamanca propietaria del inmueble, el que en definitiva fue adquirido por el ayuntamiento, originando un menoscabo a su patrimonio, representado por el excesivo valor que en forma injustificada se pagó por el predio, concurriendo, además en ambos acusados un obrar malicioso o propósito delictivo, que constituye el elemento subjetivo exigido por la ley para configurar los hechos punibles indagados.

TRIGÉSIMO: Que, en consecuencia, no resulta posible concluir que se haya vulnerado la normativa establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que el recurrente, también, supone quebrantada, por lo que no cabe, sino desechar esta causal de nulidad.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 352, 372, 373 letra b), 374, 376, 378 y 384 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA**, con costas, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los acusados Pedro Antonio Velásquez Seguel y Aurora del Rosario Salamanca Vega, en contra de la sentencia de fecha siete de enero del dos mil siete, escrita de fojas 1 a 211 de estos antecedentes, declarándose que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular don Jaime Franco Ugarte Rol 88-2007.

COMENTARIO DE SENTENCIA QUE CONDENA POR EL DELITO DE ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD Y SUS AGENTES

Yelica Lusic Nadal¹

Comentario

Con fecha 3 de septiembre de 2007 el Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, integrado por los Jueces Marco Flores Leyton, Jorge Pizarro Astudillo, y Jaime Vicente Meza Sáez, dictó sentencia condenatoria en contra de un concejal de la Ilustre Municipalidad de Coquimbo por el delito de atentado contra la autoridad, contemplado en los artículos 261 N° 2, en relación al artículo 262 N° 2, ambas disposiciones del Código Penal, en concurso ideal con el delito de lesiones leves, artículo 494 N° 5 del mismo cuerpo legal.

Se condenó al acusado a la pena de MULTA de QUINCE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, al igual que al pago de las costas de la causa.

Llevaron adelante esta investigación y sostuvieron la acusación los Fiscales Adjuntos de Coquimbo Felipe Ravanal Kalergis y Marcial Pérez Torres. Por su parte la defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Privado Andrés Campano Castro.

1. Antecedentes de la Causa

Los hechos que motivaron la investigación y posterior juicio oral en contra del mencionado concejal de Coquimbo se relacionan con la circunstancia de haber impedido el ejercicio de la actividad de la víctima, receptora judicial, quien se encontraba en el domicilio del acusado con la finalidad de notificarlo de una resolución judicial, dictada en el marco de una causa civil seguida en su contra, increpándola, por esta circunstancia, el acusado, además de tomarla fuertemente del brazo y agredirla con empujones con el objeto de impedir que le notificara la citada resolución; resultando la funcionaria con contusión de su brazo izquierdo, lesión catalogada como leve.

El fallo presenta interés por ser una de las pocas sentencias que define los conceptos de acometer y resistir, que son los verbos rectores de la conducta incriminada por la figura penal comentada, atentados en contra la autoridad y sus agentes, además de referirse a materias de orden procesal penal, como son la convicción necesaria para condenar y la valoración de prueba.

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

2. Extractos del Fallo

Resulta interesante extractar algunos considerandos del fallo relativos a la calificación jurídica de los hechos investigados, los verbos rectores de la conducta inculpada, los hechos que se dieron por probados, la convicción necesaria para dictar sentencia condenatoria y la valoración de la prueba.

Así los considerandos cuarto y quinto señalan en relación a los hechos probados y su calificación jurídica:

“CUARTO: *Que de este modo, de los antecedentes relacionados precedentemente, se encuentra acreditado que el día 30 de marzo de 2006, aproximadamente a las 11:20 horas de la mañana, y mientras María Isabel del Valle Irrarázabal, a raíz del cumplimiento de una orden judicial, y ejerciendo funciones propias de su cargo de Receptora Judicial, concurrió al domicilio del acusado, Coquimbo, con el objeto de notificarle una resolución judicial recaída en una demanda ejecutiva, procedió el acusado a increparla, insultarla y tomarla fuertemente del brazo izquierdo y a agredirla con empujones, con el objeto de impedir la notificación de la resolución ya dicha, resultando ésta con una contusión brazo izquierdo, lesión catalogada como leve, que sanó sin complicaciones en 5 a 7 días.*

QUINTO: *Que los hechos descritos precedentemente, son constitutivos del delito de atentado contra un agente de la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 261 N° 2, en relación al artículo 262 N° 2, todos del Código Penal, en concurso ideal con la falta de lesiones leves, previsto y sancionado en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, ambos ilícitos en grado de consumado, y en cuya participación estos mismos elementos permiten atribuir al acusado una participación culpable y penada por la ley, en calidad de autor”.*

Por su parte el considerando octavo, refiriéndose al objetivo del nuevo proceso penal, señala:

“OCTAVO: *Que, es conveniente precisar que el nuevo sistema acusatorio no tiene como objetivo y fin último el desentrañamiento de toda la verdad de un hecho, dado la evidente imposibilidad de reconstruir en forma exacta sucesos del pasado en tiempo presente, –los que además son mediatizados ante el juez por terceros–, sino que más bien se trata de formar el convencimiento del tribunal acerca de la efectividad del relato de los hechos que contiene la acusación, tal como ha acontecido.*

Asimismo, y tal como en reiteradas oportunidades lo ha sentido este tribunal, el nuevo sistema procesal ha erradicado los dos modelos de valoración de la prueba que contemplaba el antiguo proceso penal, instituyendo un nuevo sistema que se le denomina de libre convicción, en el cual no existe valor predeterminado de ningún medio probatorio, y donde la característica esencial en la forma de tratar la prueba es la credibilidad, particularidad de la cual precisamente no goza el relato del acusado, cuya versión adolece de contradicciones de tal naturaleza que le restan credibilidad”

Y refiriéndose posteriormente a la apreciación de la prueba rendida, señala:

“Estas versiones se contraponen con los dichos de la única testigo que –además de la víctima– ha impresionado al tribunal como imparcial, que no tiene problemas ni

nexos con el acusado, y única que posee una causa legítima y racional para estar en su morada a la hora de los hechos –trabaja en las tardes en un colegio de 13:30 a 18:00 horas– Sonia Hidalgo Reinún, quien vive en la casa contigua a la morada del acusado, quien ha sido enfática en señalar que el 30 de marzo de 2006 escuchó gritos de afuera de un varón, y la expresión “ándate a la mierda”, pudiendo observar a través de la ventana que eran proferidas por su vecino....., suponiendo que los dirigía a la mujer que estaba parada al frente de ella. Esta versión es concordante con lo aseverado en estrado por María Isabel del Valle, quien entre otros epítetos, relató que el acusado le gritó “vieja de mierda”, por lo que resultan desnaturalizados los atestados de Mercedes Cortés y Edilia Muñoz, quienes pese a referir haber estado prácticamente al lado de los acontecimientos –a medio metro de la casa del acusado aseveró Mercedes Cortés– no escucharon que el acusado profiriese grosería alguna a la mujer, sino que éste sólo la invitaba a salir de la casa con voz fuerte.

También fue categórica y concluyente esta testigo, cuando se le refrescó memoria de parte de su declaración prestada en la fiscalía, al señalar que así debió haber sido, en cuanto a que en aquella ocasión relató que la reja de la salida de autos de la casa de..... estaba abierta, ya que aquél se prestaba a sacar su vehículo 4x4, añadiendo que la mujer estaba simplemente parada esperándolo, sin hacer nada más. Asimismo, agregó que viene como testigo del acusado su marido, pero que éste nada presencié, pues aquel día no se encontraba en la casa. Este verosímil relato desacredita los dichos de Mercedes Cortés y Edilia Muñoz respecto a que el acusado debió abrir el portón de la salida de autos para que saliese la mujer, acción innecesaria ya que aquél permanecía abierto, tal como aseveró la ofendida María Isabel del Valle y que fue corroborado por la vecina Sonia Hidalgo. Esta última testigo también desvirtúa el relato de Mercedes Cortés y Edilia Muñoz, cuando éstas últimas aseguran que cuando acaecieron estos hechos, había gente en el lugar observando, hasta cinco o seis personas precisó Edilia Muñoz que se encontraban en la vereda del frente, en circunstancia que la vecina del acusado, Sonia Hidalgo, manifestó que fuera de su vecino Ramón Velásquez y la señora, no recuerda haber visto a más personas, testimonio que es armónico con el prestado por la víctima, quien señaló que cuando se produjeron estos hechos, nadie estuvo a su lado ni tampoco nadie ingresó al domicilio del acusado, afirmaciones que estos sentenciadores le atribuyen absoluta credibilidad por las razones ya dichas.”

Agregando, el mismo considerando Octavo, en relación a la convicción para dictar sentencia condenatoria:

“Es conveniente consignar que, puede en algunos casos, un único testigo ser suficiente para fundamentar una condena y satisfacer las exigencias legales, teniendo en consideración que el actual sistema procesal penal, no tasa o mensura el quantum probatorio de cada medio en particular, sino que más bien interesa el poder convictivo que transmita a través del contacto visu et de auditu con los jueces, como efectivamente ha acontecido en la especie, prestando un atestado ponderado, razonable y coherente, y que en ningún caso ha sido confuso ni contradictorio en sus términos, elementos que se han valorado para informar el convencimiento del tribunal”.

El considerando noveno por su parte define los verbos rectores del delito de atentado contra la autoridad y sus agentes, señalando:

“NOVENO: Es imperioso señalar por estos sentenciadores que cometen atentado los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquella o éstos ejercieren funciones de su cargo. El sentido que el legislador da a la expresión acometer es la de agredir, sea para impedir una acción del agente o bien para que este la soslaye o eluda. Por otro lado, la resistencia implica claramente una oposición activa, real, ejercida contra un agente de la autoridad y no una simple rebeldía, reproche o crítica.

En la especie, tal como lo ha establecido el tribunal, se utilizaron vías de hecho, al ser la ofendida empujada y asida fuertemente de un brazo, en una acción que implicó ejercicio de fuerza física, de tal naturaleza que provocó lesiones de carácter leve a la víctima, según se estableció, sin perjuicio que para estar en presencia de la figura típica ya descrita en el apartado cuarto de este fallo, no se requiere la materialización de una lesión en la persona de la víctima, entendiéndose que tanto en la acción de acometer como en la de resistencia, se entiende el empleo de fuerza o intimidación, y si esta lesión se verifica, no implicará otra cosa que considerar las reglas concursales entre el atentado y el delito de lesión que positivamente se haya provocado, tal como ha acontecido en la especie.

Que, en la especie, la receptora judicial, tal como ya se dijo, es un agente de la autoridad, por tratarse de un funcionario auxiliar de la administración de justicia, cargo que se encuentra regulado en el párrafo 5° del Título XI del Código Orgánico de Tribunales.

Que al establecer el artículo 261 que se cometen atentados contra la autoridad, entendiéndose dentro del concepto de tal no sólo a quien detenta la capacidad de imperio, sino que también a sus agentes, como claramente aparece del número 2 de dicha disposición, resultando también protegidos los auxiliares por la norma prevista en el numeral 2 del artículo 262. Si bien este último numeral —y no obstante que el enjuiciado registra una condena anterior— utiliza la expresión “delincuentes”, dicho vocablo sólo corresponde entenderlo como referido a la persona o personas que participan en el hecho delictivo, que corresponde a la misma interpretación mayoritaria y dominante respecto del concepto de malhechores, contenido en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal”.

Finalmente, en la parte resolutive, se condena al concejal y se aplica la regla del Art. 75 del Código Penal.

“UNDÉCIMO: Que el delito de atentado contra la autoridad o sus agentes, previsto y sancionado en el artículo 261 N° 2, en relación al artículo 262 N° 2, todos del Código Penal, en concurso ideal con la falta de lesiones leves, previsto y sancionado en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, ambos ilícitos en grado de consumado, son sancionados con las penas alternativas de reclusión menor en su grado medio o multa de once a quince unidades tributarias mensuales, y la falta de lesiones, con una pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

Que entre ambas penas previstas para el delito de atentado contra la autoridad, atendido la naturaleza y circunstancias del hecho que se tuvo por establecido, en razón de que no puede considerarse que aquel haya comprometido gravemente las bases de organización y funcionamiento del Estado, apareciendo como un incidente aislado,

estos sentenciadores optan por asignar a la infracción penal en este caso concreto, la pena de multa..

Que, como se ha dicho, tratándose de un delito de atentado contra un agente de la autoridad, en concurso ideal con una falta de lesiones leves, conforme lo dispone el artículo 75 del Código Penal, deben sancionarse con la mayor pena asignada al delito más grave, que no es otra que el máximo de la multa que corresponde, conforme se razonó en el párrafo precedente.

Que no perjudican al acusado circunstancias modificatorias agravantes de responsabilidad punitiva, ni tampoco le benefician atenuantes, teniendo en consideración que la fiscalía incorporó al juicio el extracto de filiación del encartado, el cual arrojó una anotación penal pretérita.

Que, por ende, teniendo en cuenta lo reseñado en el acápite precedente, y considerando que al acusado no le benefician atenuantes ni le perjudican agravantes, estos sentenciadores están facultados para recorrer la pena a aplicar en toda su extensión.

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 15, 18, 21, 24, 50, 67, 75, 76, 261 N° 2, 262 N° 2 y 494 N° 5, todos del Código Penal y artículos 53, 295, 296, 297, 339, 340, 341, 342, 343, 346, 348 y 468 del Código Procesal Penal:

I.- *Que se condena a Ramón Segundo Velásquez Seguel, a la pena de **MULTA de QUINCE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, como autor del delito de atentado contra un agente de la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 261 N° 2, en relación al artículo 262, todos del Código Penal, en concurso ideal con la falta de lesiones leves, prevista y sancionada en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, ambos ilícitos en grado de consumado, al igual que al pago de las costas de la causa, acaecido el día 30 de marzo del año 2006 alrededor de las 11:20 horas en Avenida El Sauce N° 1124 de la Población Sindempart, Coquimbo, de los que fue víctima María Isabel del Valle Irrarázabal.*

II.- *Que la multa impuesta al encausado, podrá ser cancelada en su oportunidad legal, en doce cuotas mensuales iguales en equivalencia, venciendo la primera dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada, y así sucesivamente.*

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 unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses, y el no pago oportuno de cualquiera de las cuotas que se han autorizado, hará exigible en forma inmediata todas las demás.

III.- *Una vez ejecutoriado el presente fallo, remítanse los antecedentes pertinentes al Juez de Garantía correspondiente, para los efectos del cumplimiento de esta sentencia."*

3. Comentarios del fallo

La presente sentencia es una de las pocas que la Reforma se ha dictado en relación al delito de atentados contra la autoridad en la modalidad del artículo

262 N° 2 del Código Penal², esto es, los que acometen y resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquéllos o éstos ejercieren funciones de su cargo.

También se trata de las pocas sentencias que ha dado contenido a las conductas incriminadas, resultando muy esclarecedor entender que por *acometer* se comprende la acción de agredir, sea para impedir una acción del agente o bien para que este la soslaye o eluda. Y que por *resistencia* se entiende una oposición activa, real, ejercida contra un agente de la autoridad y no una simple rebeldía, reproche o crítica.

El fallo en comento realiza una fundamentación de cómo la conducta por la cual se acusó ha quedado acreditada, especialmente con la declaración de la víctima, restándole credibilidad a la prueba acompañada por la defensa, la cual ha tildado de mendaz, señalando el tribunal expresamente que *“Es conveniente consignar que, puede en algunos casos, un único testigo ser suficiente para fundamentar una condena y satisfacer las exigencias legales, teniendo en consideración que el actual sistema procesal penal, no tasa o mensura el quantum probatorio de cada medio en particular, sino que más bien interesa el poder convictivo que transmita a través del contacto visu et de auditu con los jueces, como efectivamente ha acontecido en la especie, prestando un atestado ponderado, razonable y coherente, y que en ningún caso ha sido confuso ni contradictorio en sus términos, elementos que se han valorado para informar el convencimiento del tribunal”*.

Finalmente debe señalarse que el tribunal al fijar la pena, ha entendido la concurrencia de un concurso ideal de delitos, el de atentados junto al delito de lesiones leves, dando aplicación a la regla del artículo 75 del Código Penal, y aplicando la sanción mayor asignada al delito más grave, cual es la pena de quince UTM impuesta.

2 Otro fallo dictado por el delito en comento: ver Sentencia TOP Temuco, de 27/05/06 en RUC 0500417762-4, R.I.T 045-2006.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y
ESTUPEFACIENTES

CRITERIOS CONTENIDOS EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR INFRACCIÓN A LA LEY N° 20.000 ENTRE LOS MESES DE AGOSTO A OCTUBRE DE 2008¹

Renzo Figueroa Aste²

Introducción

El presente documento contiene una selección de sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de agosto a octubre de 2008, en el que se incluyen importantes criterios jurisprudenciales.

El objetivo es dar a conocer fallos relativos a materias que aún generan discusión en las causas por infracciones a la Ley de Drogas.

Los criterios rescatados en el señalado período, dicen relación con la configuración del delito de tráfico ilícito de drogas; la independencia de la pureza o cantidad de droga para que el bien jurídico protegido salud pública se entienda vulnerado; la circunstancia agravante de cometer el delito en un lugar de detención o reclusión en relación con el dolo del agente; el tráfico de drogas en sentido amplio: inducir, promover o facilitar el uso de drogas en relación a la participación; la falta de dolo como fundamento de la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos; los elementos a considerar para configurar el delito de tráfico de drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000; la interceptación telefónica como antecedente para detectar un ilícito no investigado, y el no ser necesaria la ostensibilidad para estar en presencia del porte de droga para el consumo.

1.- Pureza o concentración de la droga para configurar el delito y su trascendencia para considerarla dañina para la salud pública.³

El tribunal tuvo por establecido que el día 29 de marzo funcionarios antinarcóticos, luego de recibir diversas denuncias previas y sumado a la constatación que en el domicilio del acusado se vendía pasta base de cocaína, hicieron ingreso al mismo, previa orden judicial, logrando incautar a un tercero 0,10 gramos netos de la mencionada droga, la que había adquirido momentos antes. Posteriormente,

1 Tabla de abreviaturas: La 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, RIT y luego los considerandos incluidos.

2 Abogado asesor de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

3 TJOP Antofagasta, 04/08/08, RUC N° 0700239636-4, RIT N° 123-2008, considerando 9°.

se logró incautar un monedero de color negro contenedor de cincuenta y siete envoltorios de pasta base de cocaína la que arrojó un peso neto de 1,00 gramos, más la suma de \$6.000. Finalmente, se encontraron tres bolsas de nylon transparentes, un colador y un cuchillo -todos con restos de pasta base de cocaína-, un cuaderno cuadriculado y hojas cortadas del mismo tipo, elementos todos utilizados para la dosificación de la droga.

El total de la droga incautada ascendió a la suma de 1,10 gramos netos con un 71% de pureza.

Para la Fiscalía, los hechos configuraron el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga del artículo 4° inciso primero de la Ley N° 20.000, por cuanto la cantidad de droga y su forma de ocultamiento, permitían concluir que el destino era su comercialización, no existiendo antecedentes que permitieran siquiera presumir, que estuviese destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

Por su parte, para la Defensa las 57 dosis encontradas estaban destinadas al consumo personal y próximo en el tiempo de su representado, agregando que la cantidad incautada y su pureza, en definitiva no afectaba el bien jurídico protegido por la ley.

Para el Tribunal, los hechos configuraron el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en razón del tipo de droga encontrada, la cantidad de papelillos en que estaba distribuida, su alta pureza y las circunstancias en que se efectuó la fiscalización del acusado, esto es, previa denuncia como vendedor de droga, todo lo que permitió concluir inequívocamente que su destino era su comercialización, no existiendo antecedentes que permitiera presumir que estaba destinada a su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

En cuanto a lo alegado por la defensa relativo a que sólo se trató de un gramo de pasta base de cocaína el tribunal argumentó que: *“...tal situación fáctica que ha de entenderse según la defensa, como de mínima entidad en relación a la proporcionalidad de las penas, -en una especie de moratoria legal-, colisiona con el saber científico sobre la materia, y con el claro sentido de la ley. En efecto, la cantidad menor, en modo alguno ha de entenderse como un elemento de atipicidad, admitiéndose solo la discriminación cuantitativa del microtráfico, respecto del tráfico duro; pero ello no permite o autoriza, dejar ausente de protección, como en este caso, y por una concepción teórica de mínima lesividad, a la salud pública que se cautela por el legislador, bien jurídico que no puede relativizarse en su esencia, más aún, cuando el acusado efectuó acciones de transferencias a otras personas. En el caso de autos, quedó asentado que hubo ventas a un tercero, a quién se le encontraron cuatro papelillos, tercero mencionado por el encausado como por los policías, y quienes les manifestó haberla adquirido del acusado; la prueba incorporada a juicio, evidencia que se dedicaba a dicha actividad; y por lo demás es sabido, el peligro concreto por el hábito, tolerancia y adicción que determina; agregándose, que “cualquier pureza o concentración de la droga es igualmente dañina para la salud pública” como lo indica en términos perentorios, el informe científico agregado al debate en el juicio; pronunciamiento, no contrarrestado*

por prueba en contrario, y que fuere evacuado por el Instituto de Salud Pública de Chile, en referencia a la acción de la droga en el organismo”.

2.- La agravante especial del artículo 19 letra h) de la ley N° 20.000, esto es cometer el delito en un lugar de detención o reclusión en relación con el dolo del agente.⁴

Los hechos que el tribunal tuvo por establecidos ocurrieron el día 24 de mayo de 2007, cuando personal de Gendarmería de Chile al interior del Centro de Detención Preventiva, revisó la encomienda que llevaba el acusado, descubriendo en el interior, entre otros elementos, trozos de carbón y un envoltorio de papel de color blanco, enhuinchado en cinta adhesiva transparente, el cual contenía marihuana, la que tuvo un peso de 3,30 gramos netos, sustancia que por su forma de ocultamiento, antecedentes de la detención y el lugar en donde se pretendía introducir estaba destinada a ser comercializada entre terceros.

Para el Ministerio Público los hechos configuraron el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N° 20.000, agravado por la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal del artículo 19 letra h) del mismo cuerpo legal, esto es, cometer el delito en un lugar de detención o reclusión.

Por su parte, la defensa argumentó que en los hechos habría existido ausencia de dolo, toda vez que su representado no habría tenido conocimiento que la encomienda que se le solicitó ingresar al centro de cumplimiento penitenciario, hubiese tenido droga en su interior.

Para el Tribunal los hechos configuraron el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N° 20.000, por cuanto el tipo de droga, su cantidad, y la forma de ocultamiento, permitieron concluir inequívocamente que su destino era ser transferida a terceros que estaban en el interior del recinto penitenciario, no habiéndose acreditado que estuviere destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

Respecto de la supuesta falta de dolo del acusado, el Tribunal señaló que: “... *En efecto, la explicación del acusado no resultó suficiente y menos acreditada al pretender asentar en la convicción de los jueces, que no conocía el contenido revisado por Gendarmería. Así lo dicho que por su condición de consumidor, una persona de nombre Aida y otra de nombre Sara, previo pago de \$10.000 y promesa de darle comida y techo por un mes, le hubieren solicitado llevar a un recluso –ya que ellas debían hacer otras diligencias– un encargo con alimentos y el carbón –donde estaba la droga– es poco creíble. La policía que hizo las averiguaciones con él mismo luego de la detención, no pudo establecer dicha circunstancia; ni tampoco el imputado acompañó prueba alguna al respecto que diera visos de credibilidad a esa particular circunstancia. Del mismo modo, su explicación que revisó previamente los alimentos cuando le fueron entregados, evidencia desde luego, que sospechaba la posibilidad que dicho encargo a entregar a*

4 TJOP Iquique, 17/06/08, RUC N° 0710021132-1, RIT N° 98-2008, considerando 10° y 11°.

una persona que se encontraba recluida, contuviera drogas. Por último, recapitulando todo lo anteriormente expuesto, es necesario indicar conforme se ha señalado reiteradamente por este tribunal, que en un sistema de libre valoración probatoria como el que nos rige, la pluralidad de antecedentes de cargo, no constituye una exigencia procesal para determinar los hechos relevantes de una imputación penal, pudiendo de esta manera una sola prueba, ser suficiente para provocar la certeza necesaria que permite arribar a una decisión de condena, en la medida que, la misma sea capaz de provocar convicción en los jueces.”

3.- El tráfico de drogas en sentido amplio: inducir, promover o facilitar el uso de sustancias ilícitas en relación con la participación en calidad de autor en el delito de tráfico de drogas aun cuando no exista dirección, porte, transporte o contacto físico con la droga.⁵

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, de fecha nueve de junio de dos mil ocho, que absolvió a uno de los imputados del delito de tráfico ilícito de droga, condenándolo sólo como autor del delito de microtráfico. El recurso se fundó en una errónea aplicación del derecho, específicamente la interpretación del verbo rector del inciso primero del artículo 3° de la ley de drogas, referido a las expresiones “promover, inducir o facilitar el uso o consumo de algunas de las sustancias controladas por la ley 20.000”, error que importó absolver al imputado para luego estimar que el mismo acusado era autor del delito de tráfico en pequeñas cantidades, contemplado en el artículo 4° de la Ley 20.000.

En la sentencia absolutoria se expresa que el acusado no dirigió los actos, ni tomó parte inmediata y directa en la ejecución de los hechos, al no transportar, ni portar, ni poseer la droga, como tampoco haber tenido contacto alguno con ella.

Ahora bien, para el Ministerio Público la calidad de autor es entendida como aquel que realiza materialmente en todo o en parte la conducta descrita por el tipo y por tanto debe presumirse a su respecto que tiene el dominio del hecho ejecutado, por lo que no es necesario que el sujeto realice la totalidad del tipo penal, bastando la sola circunstancia de inducir, promover o facilitar el uso o consumo de drogas para estar en presencia de una autoría, aun cuando no exista porte, transporte o contacto físico con la droga, concluyendo que la conducta típica punible se tiene que interpretar en su sentido extenso, pues será autor cualquiera que de alguna forma o medio facilita la disposición de sustancias ilícitas a la población.

Continúa el Ministerio Público señalando que la tesis sustentada por el Tribunal Oral en la sentencia impugnada importaría la atipicidad de todas las conductas de promoción, facilitación o inducción a traficar sustancia a que se refiere la Ley 20.000 y que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, si la conspiración es un hecho sancionado por la ley, la conducta del imputado también

5 CA La Serena, 06/08/08, ROL N° 168-2008, RUC N° 0700366829-5, considerando 4°.

debe serlo, toda vez que él era el destinatario de la droga y por ende permite, facilita y promueve la disposición de la droga al interior de la comunidad y la difusión de la misma.

Por su parte, la Corte no compartió ni los fundamentos ni razonamientos dados en la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal, por cuanto el acusado reconoció haber tenido pleno conocimiento del transporte de la droga y el concierto en la nueva entrega. Además, discrepa respecto de que el imputado no habría tomado parte de una manera inmediata y directa en la ejecución de los hechos por no haber estado presente, no transportar, portar, ni poseer la droga, no haber tenido contacto alguno con la sustancia, ni dirigir los actos de su coimputado.

De esta forma la Corte, compartiendo los argumentos del Ministerio Público, expresó que: *“...de un análisis de los artículos 15 N° 1° del Código Penal, en relación con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 20.000, la participación de autor en algunos de los delitos descritos en esta última disposición, debe tener un alcance amplio y no restringido, teniendo presente que son conductas típicas, las de inducir, promover o facilitar, por cualquier medio el uso o consumo de las sustancias sicotrópicas controladas, teniendo, además, en consideración a que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes constituye un delito de peligro, en razón de que el bien jurídico protegido es la salud física y síquica de los individuos, y finalmente la de la sociedad toda. Que, en consecuencia, la sola difusión de estas sustancias, mediante la acción de inducir, promover o facilitar el uso o consumo de drogas, importa autoría en el delito. Que, en relación con lo expresado debe consignarse que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes es, en sentido amplio y estricto, un delito de emprendimiento, en los que el autor toma parte de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por él, y en las que participa una y otra vez. (Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. pág. 607 y 608 E.J.) Que, en consecuencia, se trata de un delito que se va realizando en el tiempo, complejo, en el que frecuentemente participan varios individuos, cumpliendo cada uno una función diferente, como ser uno el que financia y provee la droga, otro que la transporta, otra persona que la recibe, y finalmente quienes la distribuyen al consumidor. Que, en consecuencia, existe una cadena de conductas y actividades desde su inicio hasta el final, teniendo todos quienes intervienen la calidad de autores en sus respectivas participaciones. Que, conforme a lo razonado, Estrada ha tenido, a juicio de esta Corte, la participación de autor en el delito de tráfico por el que se le acusó, no obstante no haber recibido la droga, no haberla portado o transportado, puesto que, sí está establecido en autos que formaba parte de la cadena de conductas necesarias para que dicha droga cumpliera su finalidad ilícita, de llegar al consumidor, al haberse concertado con el acusado Olarte para recibir dicha droga en la ciudad de Santiago y en el lugar previamente determinado. Tanto es así, que comunicado telefónicamente con Estrada, se pusieron de acuerdo en el día, lugar y hora determinado para que Olarte le hiciera entrega de la droga que este último transportaba desde Perú, información que también conocía Estrada. Que, así las cosas, debe concluirse que efectivamente el acusado Estrada realizó las conductas descritas en el citado artículo 3° de la ley 20.000, en relación con el artículo 1° de la misma ley, por lo que esta conducta debe entenderse comprendida dentro de*

las requeridas en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, en cuanto a su participación inmediata y directa en el delito”.

En razón de lo anterior la Corte acogió el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, anulando la sentencia y el juicio oral.

4.- La falta de dolo como fundamento para la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.⁶

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha ocho de agosto de este año por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Calama. Dicho recurso se fundó en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en razón de no haber reconocido a los imputados la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, afirmando la sentencia que el delito fue pesquisado en situación de flagrancia, configurándose todos los elementos del mismo al momento de la detención. Ello, no obstante que sus representados reconocieron el ilícito y su participación en el mismo, renunciando a su derecho a guardar silencio.

La Defensa sostuvo que las declaraciones prestadas en juicio por sus representados fueron relevantes y aportaron antecedentes a la investigación, por cuanto cada uno de ellos señaló la participación que les correspondió en el delito, dando todos los datos relacionados con la persona que encargó el transporte de la droga, la división de tareas, la caminata hacia nuestro país, forma en que se realiza la carga, entre otros antecedentes, aportando con ello a la investigación antecedentes relativos al elemento subjetivo, esto es, el dolo de traficar, que sólo pudo ser establecido con la colaboración de sus defendidos, por cuanto no basta la situación de flagrancia para establecer el referido elemento subjetivo, ya que el hecho de haber sido sometidos sus defendidos a un control vehicular y haberse encontrado droga en el móvil en que viajaban, no es suficiente para comprobar su responsabilidad en un delito de tráfico de estupefacientes.

El Ministerio Público solicitó el rechazo del recurso, argumentando, entre otras cosas y específicamente en lo que dice relación con el elemento subjetivo del tipo, esto es el dolo, que el conocimiento de la existencia de la droga en el móvil nunca formó parte de la teoría de la defensa, por lo que no se discutió en el juicio oral ni podía discutirse ante la Corte, sumado a que la colaboración debe importar un aporte efectivo y serio para la dictación del fallo, lo que en el caso no ocurrió, toda vez que, aun faltando las declaraciones que se invocan, igualmente se habría llegado a la conclusión a que arribaron los sentenciadores.

6 CA Antofagasta, 03/09/08, ROL N° 192-2008, RUC N° 0800056799-0, considerandos 6°, 7° y 8°.

La Corte señaló que el Tribunal Oral tuvo por establecido el hecho y la participación de los acusados, y que: *“...las declaraciones prestadas por los acusados antes indicados no resultaron en modo alguno decisivas o determinantes para establecer, tanto el transporte de la droga como su participación en los hechos materia de la investigación, por lo que no significaron aporte sustancial y efectivo que permitiera al tribunal formarse convicción suficiente al respecto. Ello, por cuanto la diligencia llevada a cabo por personal de Carabineros dejó en claro desde el primer momento la existencia de una hipótesis de flagrancia no discutida, al encontrarse los imputados viajando en el interior de una camioneta en que se transportaban más de 45 kilos de droga hacia la ciudad de Calama. De ese modo, la presunción de inocencia que se establece en el artículo 4° del Código Procesal Penal aparece desvirtuada con la presunción del tráfico de la referida sustancia o estupefaciente que emana de los hechos antes descritos, de conformidad al artículo 3° de la Ley N° 20.000, sin que la misma se haya desvirtuado por la defensa de los imputados, quienes a mayor abundamiento- admitieron su participación en el ilícito, lo que consta del considerando tercero del fallo recurrido.*

Que en esas condiciones, cabe concluir que no existió la errónea aplicación del derecho alegada por el recurrente, desde que no se comprobó en forma suficiente que en efecto los acusados [...] hayan colaborado eficazmente en la investigación de los hechos y en la determinación de sus responsabilidades, de forma de configurar la circunstancia atenuante que contempla el artículo 11 N° 9, del Código Penal.

Que, conforme a lo razonado precedentemente, procederá rechazar el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia dictada en la causa por el Tribunal Oral en lo Penal de Calama, al no encontrarse acreditada la causal invocada por la defensa de los referidos imputados, y por ende, no darse los presupuestos que al efecto indica el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal”.

5.- Forma de distribución, pureza y eventuales dosis de droga como elementos a considerar para determinar que estamos en presencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo 3° de la Ley N° 20.000.⁷

Las defensas de los acusados interpusieron recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha dos de julio de dos mil ocho, en la que se condenó a sus representados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo 3° de la Ley N° 20.000, fundado en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, conforme lo establece el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Por su parte, el fallo recurrido estableció como hechos probados, que el día 12 de octubre de 2007, Carabineros, luego de recibir una denuncia telefónica, concurrió al lugar donde supuestamente se estaba transando droga, verificando la presencia de dos sujetos, que resultaron ser el imputado menor de edad y el coimputado, quienes al advertir la presencia policial intentaron darse a la fuga, siendo detenidos. Al registrar sus vestimentas se encontró la cantidad de

7 CA Antofagasta, 17/09/08, ROL N° 162-2008, RUC N° 0700803104-K, considerandos 6°, 7° y 9°.

cincuenta y seis bolsas de nylon con pasta base de cocaína, con un peso bruto aproximado de 77,5 gramos, más un envoltorio de papel cuadriculado con la misma sustancia cuyo peso bruto aproximado fue de 13,4 gramos. Finalmente, se incautaron 91 envoltorios de papel de cuaderno con 23,1 gramos brutos aproximados de pasta base de cocaína, siendo el total de la droga incautada la cantidad de 107,50 gramos netos, con una pureza de 57%.

La Corte dejó en claro que son los jueces del Tribunal Oral los únicos facultados para ponderar la prueba con libertad, en forma exclusiva y excluyente, no correspondiendo por la vía de este recurso desconocer los hechos establecidos por el mismo. Además, señaló que los recursos de nulidad interpuestos por las defensas, se sustentan y fundamentan en el hecho que ambos acusados debieron haber sido condenados como autores del delito de microtráfico previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 y no por el de tráfico contemplado en el artículo 3° de la citada ley, teniendo en consideración la pequeña cantidad de sustancia encontrada, esto es, un total de 63,77 gramos neto.

En razón de lo anterior la corte señaló que: *“...el artículo 4° de la Ley 20.000 establece el delito de micro tráfico, consistente en la posesión o tenencia de droga o materias primas que sirvan para obtenerla o la transferencia, suministro o facilitación a cualquier título de las mismas en pequeñas cantidades, que no formen parte de una organización o cantidades superiores de las cuales pueda presumirse una comercialización o posesión superior a la cantidad exigida por la ley. El legislador ha hecho una diferencia entre lo que constituye el tráfico de estupefacientes propiamente tal, de aquella comercialización o tenencia de cantidades mínimas de droga que no obstante comercializarse, no atenta gravemente al bien jurídico protegido que es la salud pública.*

[...] con el fin de calificar el ilícito como tráfico o micro tráfico debe tenerse en consideración el análisis de uno de los elementos que establece la figura típica sancionada en el artículo 4° de la ley en estudio, referido al concepto de “pequeñas cantidades”, considerando para ello, que tal figura fue creada, bajo el espíritu de establecer una diferencia punible, entre quienes trafican con pequeñas cantidades de droga como de aquellos que lo hacen en forma organizada, comercializando grandes volúmenes, como lo sostiene el Mensaje del Presidente de la República al proyecto que sustituye la Ley 19.336. La idea de “pequeña cantidad” se desprende del tratamiento que el propio legislador introdujo cuando sancionó al consumidor con una pena de falta, pues para entender que se está en presencia de un microtraficante, la cantidad de droga habida en su poder debe exceder de aquella que presumiríamos naturalmente para el consumo personal...la droga encontrada alcanza a un peso bruto de 110,90 gramos y uno neto de 107,50 gramos, con una valoración del 57%.

En concepto de estos sentenciadores, tal cantidad no puede tenerse incorporada al concepto de “pequeña cantidad” pues si bien la determinación de cuanto debe entenderse, como pequeña cantidad de droga, quedó sujeta a la decisión de los Tribunales de Justicia, en la medida que no fue resuelta legislativamente, las razones dadas por los legisladores otorgan ciertos parámetros para determinar en qué materias se está en presencia de un delito de micro tráfico. En este caso, además de estimarse el gramaje de la droga decomisada, se consideró su forma de distribución, y una proyección de la cantidad de dosis que se pudieran alcanzar, considerando además la pureza del 57%

conforme el detallado análisis del considerando octavo de la sentencia, lo que llevó al Tribunal a quo a precisar que se estaba traficando una importante cantidad de droga, en la medida que admitía una importante dosificación, en 91 envoltorios conocidos como “papelillos” y 56 bolsas de nylon pequeñas – concluyendo que se podían obtener más de 300 dosis individuales.

*Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 373 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad deducido...”*

6.- La medida intrusiva de interceptación telefónica realizada en otro proceso y que da cuenta de un ilícito distinto al investigado.⁸

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 2 de junio de 2008, que condenó a su representado como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en virtud de la causal del artículo 374 letras c), y e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal.

El fundamento del recurso dice relación con la imposibilidad que tuvo la defensa de ejercer las facultades que la ley le otorga y la incorrecta valoración de los instrumentos de prueba. En específico, la defensa alegó no haber tenido conocimiento de las interceptaciones telefónicas, sino hasta el inicio del juicio oral, no pudiendo con ello contar con los medios de defensa suficientes para poder contrarrestar dicha prueba, pues en la declaración del policía, éste se refirió a la interceptación telefónica de una tercera persona a partir de lo que se descubrió el hecho investigado en este juicio y que la defensa sólo tuvo conocimiento durante el juicio oral.

Agrega, que como medida intrusiva, regulada en la ley de drogas y Código Procesal Penal, la defensa debió haber tenido acceso a ella durante la investigación a objeto de controlar la legalidad y preparar los medios para contrarrestarla, por lo que el hecho de no haber tenido la posibilidad de conocerla impidió preparar una prueba adecuada para contradecirla, violándose con ello el derecho a defensa. En dicho sentido, al valorar los jueces de manera positiva los testimonios de los policías y fundar la sentencia condenatoria en base a las interceptación telefónica, se afectó la garantía del derecho a la defensa.

Para el Ministerio Público el recurso debía ser rechazado por cuanto en la causa en que se investigó el delito de tráfico ilícito de drogas no existió interceptación telefónica alguna, sino que ésta ocurrió en el marco de una diligencia e investigación distinta, a partir de la cual se obtuvieron los antecedentes que justificaron una detención por flagrancia, constando todos los antecedentes en la carpeta del caso y fallo recurrido, donde el Tribunal se hizo cargo de la valoración de la prueba.

8 TOP Antofagasta, 01/07/08, ROL N° 135-2008, RUC N° 0700709859-0, considerandos 4° y 5°.

Para la Corte, la omisión reclamada consistió en haber prescindido de informar a la defensa que toda la investigación se inició a propósito de una interceptación telefónica previamente autorizada en otra causa y el argumento principal consistió en desconocer el derecho para verificar los requisitos procesales de esta prueba y buscar otras para contradecir la aportada por la Fiscalía a propósito de esta disposición.

En razón de lo antes mencionado, la Corte señaló que. *“...tratándose de una medida intrusiva en otro proceso y que fue debidamente controlado por el Juez de Garantía, ningún perjuicio ha podido causar a la defensa técnica del imputado en los términos planteados, ya que no se mencionaron circunstancias de hecho que pudieran explicar la indefensión que alega el recurrente. Con relación al control de legalidad propiamente tal, ninguna fiscalización podía hacer frente a una información recibida involuntariamente en otro proceso, pues no habiéndose advertido algún hecho constitutivo de alguna infracción grave como defecto esencial, dicha omisión no ha podido influir en la parte dispositiva de la sentencia, al punto que de acuerdo al artículo 375 del Código del ramo, debiera desestimarse el recurso, teniendo presente también que lo esencial radica en el control de detención de los acusados y no la interceptación telefónica, porque fue ésta la que permitió descubrir los hechos constitutivos del delito.*

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

7.- El tipo penal del artículo 50 de la Ley N° 20.000 no requiere para su configuración que el porte de la droga sea ostensible⁹

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de quince de julio del año en curso, por la cual, el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, absolvió al acusado del delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N° 20.000. Dicho recurso que se fundó en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 4° y 50° inciso 3° de la Ley 20.000, así como en la causal prevista en el artículo 374 letra e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público argumentó que la conducta que el tribunal dio por establecida no sería atípica, sino que se encontraría sancionada en el artículo 50 inciso 3° de la Ley 20.000 a título de falta.

Dicha conducta dice relación con que el día de la detención del acusado, éste fue sorprendido junto a unos amigos bebiendo alcohol en la vía pública y al ser registrado el vehículo en el cual se movilizaba, se logró incautar una mochila que en su interior contenía dos bolsas plásticas con marihuana prensada y un envoltorio de papel con la misma sustancia a granel, más otro envoltorio de papel con la mencionada droga en el interior del vehículo.

El Ministerio Público argumentó el recurso en el hecho que el artículo 50 inciso 3° de la Ley N° 20.000 sanciona a título de falta a quienes tengan o porten en lugares públicos drogas o sustancias como las incautadas al acusado, cuando ellas están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, sin que el tipo penal exija que dicho transporte sea visible al público, como lo sostuvieron los jueces del Tribunal Oral.

En razón de lo anterior la Corte señaló que: “...al haber estimado la sentencia recurrida que los hechos que ella da por establecidos en su motivo 9° serían atípicos y no constitutivos de la falta contemplada en el artículo 50 inciso 3° de la ley 20.000, ella ha incurrido en un error de derecho, lo que amerita la invalidación de la misma, así como del juicio en el cual fue dictada, por haber infringido el artículo 373 letra b) en relación con el artículo 50 inciso 3° de la ley 20.000.

Que atendido lo precedentemente expuesto, se hace inoficioso entrar a examinar los restantes motivos de nulidad invocados por el Ministerio Público.

*Visto además lo dispuesto en las normas antes citadas y artículos 384 y 386 del Código además lo dispuesto en las normas antes citadas y artículos 384 y 386 del Código Procesal Penal, **Se anula** la sentencia definitiva del 3er Tribunal del juicio oral en lo penal de Santiago, de fecha quince de julio del año en curso, recaída en los antecedentes RIT 110-2008, así como el juicio mismo en el cual ella fue dictada, debiendo procederse a la sustanciación de un nuevo proceso por el tribunal no inhabilitado que corresponda”.*

9 CA Santiago, 16/09/08, ROL N° 1491-2008, RUC N° 0700758834-2, considerandos 5° y 6°.

CONTROL DE IDENTIDAD MIGRATORIO¹

Ximena Marcazzolo Awad²

I.- Consideraciones preliminares

El presente trabajo tiene por objeto analizar la institución del “control migratorio”, figura de reciente data en nuestra legislación nacional, proporcionando criterios para su adecuada interpretación y aplicación práctica.

El artículo 29 bis de la Ley N° 20.000, que contempla el denominado control migratorio, fue incorporado a dicho cuerpo legal a través de la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, normativa que introdujo modificaciones al Código Procesal Penal y otros cuerpos legales.

La norma mencionada, contempla los exámenes corporales que se practican en los pasos fronterizos o lugares de ingreso al país a las personas que transitan por dichos espacios físicos, siempre que existan sospechas de que pudieran estar portando droga al interior de sus organismos.

El origen de esta disposición fue dar un respaldo legal a la utilización de los exámenes corporales contemplados en el artículo 197 del Código Procesal Penal en aquellos casos en que no existe un imputado propiamente, pero respecto del cual surgen fundadas sospechas de que pudiera estar portando sustancias ilícitas en su organismo.

II.- Historia legislativa

El artículo 29 bis fue incorporado a la Ley 20.000 a través de la Ley 20.074 de 14 de noviembre de 2005. El texto del precepto reza lo siguiente:

“Artículo 29 bis. Los exámenes establecidos en el artículo 197 del Código Procesal Penal serán también procedentes cuando, en una diligencia de control de identidad migratorio, aparezcan fundadas sospechas de que la persona cuya identidad se controlare porta dentro de su cuerpo, para efectos de transporte, drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas ilegales. En este caso, se procederá de la forma dispuesta en los incisos segundo y tercero del artículo antes citado”.

La citada disposición fue objeto de debate durante la discusión legislativa del proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal y el Código Penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la reforma procesal penal, específicamente en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado,

1 Artículo previamente publicado en el Boletín Cuatrimestral de la Unidad de Drogas, N°1, de enero a abril de 2007.

2 Abogada, Subdirectora Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

y a raíz de la exposición del Jefe de la Brigada Antinarcótics Metropolitana, Prefecto Germán Ibarra, en la cual hizo presente la necesidad de modificar el artículo 197 del Código Procesal Penal, aclarando que los exámenes corporales eran plenamente aplicables en los casos de control de identidad cuando existieran sospechas de que el controlado podría estar guardando drogas al interior de su organismo.

Lo anterior, encontraba fundamento en el riesgo que significa para nuestro país el ingreso de droga por la vía de los correos humanos.

Finalmente, con el fin de que cualquier persona que fuera objeto de un control de identidad no pudiese ser sometida a exámenes corporales, se optó por incluir la fórmula de control migratorio.

En razón de lo reseñado, surge esta figura nueva que no es un control de identidad, ni tampoco supone la existencia de una investigación previa, sin embargo permite a los funcionarios policiales realizar exámenes corporales contemplados en el artículo 197 del Código Procesal Penal.

III.- Estado de situación

Ahora bien, tal como se indicó, esta nueva figura surge en nuestro ordenamiento jurídico nacional a partir del 14 de noviembre de 2005, observándose diferentes criterios jurisprudenciales a lo largo del país.

En este sentido, algunos jueces de garantía han declarado ilegales detenciones cuando los funcionarios policiales no han dado lectura de los derechos como detenidos o imputados a los controlados antes de practicárseles el examen corporal. Ello, a nuestro juicio, no se condice con el tenor del artículo 29 bis de la Ley de Drogas, el cual hace aplicable el artículo 197 del Código Procesal Penal exigiendo que la persona sea “*apercibida de sus derechos*”³.

Es por lo señalado, que resulta necesario establecer qué debe entenderse por apercibido de sus derechos y cuáles son los derechos que están involucrados en el caso de control de identidad migratorio.

IV.- Legislación aplicable

Corresponde delimitar cuál es el marco legal dentro del cual los funcionarios policiales realizan un control migratorio.

En este sentido, la facultad de la Policía de Investigaciones de Chile para controlar el ingreso y salida de personas del territorio nacional se encuentra regulada en el artículo 5 del DL 2460, que corresponde a la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones. En cuanto a los extranjeros que ingresan y salen de país esta materia se encuentra regulada en el DL N° 1094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, y el Decreto N° 597, de 24 de noviembre de 1984.

3 Como veremos durante el curso de este trabajo el apercibimiento de los derechos no es sinónimo de lectura de los derechos del detenido.

De acuerdo a la normativa antes mencionada, la Policía de Investigaciones de Chile (sólo en subsidio Carabineros) es responsable de controlar el ingreso de las personas, nacionales o extranjeras, al territorio de Chile.

Dentro del marco legal explicitado la Policía controla la identidad de las personas que ingresan o egresan de Chile⁴, lo cual forma parte del control migratorio.

Como se ha señalado, el artículo 29 bis de la Ley 20.000, regula el control migratorio en materia de infracciones a la Ley 20.000, especificando que cuando a raíz de éste se generen fundadas sospechas de que el controlado portare droga, es posible practicar los exámenes corporales en la medida que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 197 del Código Procesal Penal.

V.- Diferencias entre el control de identidad y el control migratorio

En primer lugar, estimamos que control de identidad no es sinónimo de control migratorio.

En este sentido, el control de identidad es una herramienta de prevención y de control policial contemplada en el artículo 85 del Código Procesal Penal. De acuerdo a dicha norma el objetivo de esta institución es solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados en que los funcionarios estimaren que existen indicios de que esa persona hubiera cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; que se dispusiere a cometerlo, que pudiera suministrar información útil para la indagación de un delito o en el caso de las personas que se embocen o encapuchen para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

Además de la identificación de la persona en el contexto de un control de identidad, los funcionarios policiales están autorizados para registrar las vestimentas, equipaje y vehículos de éstas.

Sólo cuando el controlado se negare a proporcionar su identidad, o si habiéndole dado las facilidades del caso esto no se hubiera verificado, es posible trasladar a esa persona a la unidad policial más cercana para fines de identificación.

El control de identidad es una facultad autónoma de la policía y en razón de ello pueden proceder de la manera señalada sin orden previa del Fiscal. Si durante el curso de este procedimiento surge un delito flagrante o la necesidad de practicar alguna diligencia investigativa tendrá que ponerse en contacto con el Fiscal, a fin de recibir las instrucciones particulares del caso o, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 87 del Código Procesal Penal, dar curso a las diligencias preestablecidas por el Ministerio Público en términos generales. Lo anterior sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 83 del Código Procesal Penal.

4 En este sentido el artículo 5° del reglamento de extranjería, DL 597 de 14 de junio de 1984, dispone: *"La entrada al país de los extranjeros deberá efectuarse por lugar habilitado, con documentos idóneos y sin que existan causales de prohibición de impedimento para ingresar"*.

En este sentido, si del contexto de un control de identidad resulta necesario efectuar un examen corporal, el funcionario policial se pondrá en contacto con el Fiscal de turno antes que éste se practique, sea que esta diligencia se realice respecto de una persona controlada de identidad y luego detenida (por flagrancia u orden judicial de detención) o también cuando dicha diligencia se haga necesaria en el contexto de la indagación de un delito⁵.

Por su parte, el control de identidad migratorio también se erige como una facultad autónoma de las Policías circunscrita a los puntos de ingreso al territorio nacional.

A diferencia del control de identidad que se refiere a todo tipo de delitos, el artículo 29 bis es aplicable respecto de la Ley de Drogas y específicamente en relación con los correos humanos.

Cuando se efectúa un control de identidad migratorio la individualización de las personas es parte esencial de este proceso y la facultad está entregada a funcionarios policiales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, Decreto Ley N° 2460, de 9 de enero de 1979, y el DL-1094, de 19 de julio de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile⁶.

En este sentido la norma persigue facultar a los funcionarios policiales para requerir la práctica de un examen corporal respecto de una persona que en el contexto de su identificación, a raíz de su ingreso o salida a nuestro territorio nacional, surgen fundadas sospechas de que podría estar portando drogas al interior de su cuerpo.

Es decir, mientras en el control de identidad las sospechas fundadas son previas, en el control migratorio es factible que ésta surja a raíz de la misma y, en este contexto, aparezca la necesidad de efectuar los exámenes corporales a que se refiera el artículo 29 bis.

Además, la identificación de la persona es parte esencial del control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, así como el registro de las personas, vestimentas y equipajes que portara consigo, pero previo a éste es necesario que se esté en presencia de *“un caso fundado”*, a diferencia del control migratorio que no exige más que ingresar o salir al país, ya que es una facultad propia de la policía de inmigración, y sólo cuando a propósito del mismo surja una fundada sospecha se puede proceder de conformidad a lo dispuesto en el artículo 197 del Código Procesal Penal.

Por lo tanto, el control de identidad siempre tiene un origen de persecución criminal. En cambio, el control migratorio se explicita en el contexto de las facultades que se les han otorgado a los policías de inmigración cuyo objeto es

5 Por ejemplo en el caso de la víctima o del ofendido por un delito.

6 El artículo 10 del DL-1094 dispone que a la Dirección General de Investigaciones le corresponde controlar el ingreso y salida de los extranjeros.

mantener un estricto seguimiento de todas las personas que transitan por los pasos fronterizos o espacios físicos de acceso a nuestro país.

VI.- Exámenes Corporales durante la diligencia de Control migratorio

Los exámenes corporales se encuentran regulados en el artículo 197 del Código Procesal Penal, tal como se ha señalado en reiteradas oportunidades en el presente trabajo.

Dicha norma legal establece: “*si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.*”

Si la persona que ha de ser objeto de examen, apercibida de sus derechos, consistiera en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren con las condiciones señaladas en el inciso primero”.

Ahora bien, de acuerdo a la norma transcrita, los exámenes corporales proceden respecto del imputado o del ofendido por el hecho punible y consisten en exámenes de carácter biológico, extracciones de sangre u otros similares.

En relación con lo dispuesto en el artículo 29 bis de la Ley 20.000, estimamos que la persona objeto de un control de identidad no tiene la calidad de imputado sino hasta el momento en que se obtienen resultados positivos de su examen (hallazgo de droga), ya que a partir de esa oportunidad el proceso penal se dirige en su contra con el fin de establecer su responsabilidad en el ilícito descubierto.

A mayor abundamiento, es posible afirmar que la calidad de imputado aparece respecto del controlado por inmigración sólo a partir del momento en que se conoce el resultado de los exámenes corporales, y no al momento en que se le requiere su documentación para identificarlo, registrar su ingreso al país o se le practique un examen corporal en los términos del artículo 197 del Código Procesal Penal.

En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica en fallo de 10 de febrero de 2006, en su considerando sexto, ratifica lo señalado precedentemente. Dicho considerando expresa: “*SEXTO: que, en consecuencia, desde el momento en que se obtiene el resultado de los exámenes corporales efectuados a los imputados, se les otorga la calidad de tales, por lo que, con el mérito de los mismos, debe entenderse que se inició la investigación en los términos previstos en el inciso 2° del artículo 7 del Código Procesal Penal, puesto que en las actuaciones previas ni siquiera tenían la calidad de detenidos, como lo ha reconocido el propio juez de garantía, sin que*

corresponda a esta Corte pronunciarse al respecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Procesal Penal”.

Es por lo antes señalado que proceder a la lectura de derechos como detenido o imputado no corresponde durante el proceso de control migratorio. Además, en su contexto, la policía procede de forma autónoma y puede trasladar al imputado hasta el centro hospitalario para que se le practique el examen corporal respectivo, siempre que se cuente con su autorización o con la del juez de garantía en caso de negativa.

De esta manera el apercibimiento de los derechos a que hace mención el artículo 197 del Código Procesal Penal **dice relación con la advertencia relativa a si autoriza o no el examen corporal** y que en caso de negativa dicha autorización podrá ser solicitada al juez de garantía. Es decir, el apercibimiento de los derechos se traduce en el conocimiento cabal por parte del apercibido de los exámenes que se le van a realizar y de la posibilidad de negarse a ello, en cuyo caso se deberá obtener autorización judicial.

Una vez que se cuente con el consentimiento del afectado o con la orden del juez de garantía, se procederá al traslado de éste al centro asistencial. Este traslado no equivale a una detención, sino a una mera conducción cuyo objeto es limitado en el tiempo y finalidad.

El examen corporal al que son sometidas estas personas es en primer término una radiografía que permite observar la presencia de cuerpos extraños en su organismo y posteriormente la ingesta de laxantes⁷ con el fin de que expulse la sustancia fuera de su cuerpo. En nuestra opinión sólo a partir de la expulsión de la primera cápsula u ovoide y su posterior prueba de campo o narcotest, estamos en presencia de un delito flagrante y por lo tanto procede su detención⁸.

Esta actividad se realiza en hospitales y ante el médico de turno. Sólo a partir del momento en que se detecte que efectivamente esa persona porta al interior de su cuerpo ovoides se procederá a su detención, por lo que a contar de ese momento es necesario hacer lectura de sus derechos como detenido.

Ahora bien, a nuestro juicio la hipótesis de flagrancia se manifiesta desde el momento en que la prueba de campo da resultados positivos. Por su parte, consideramos que la radiografía que reconozca la existencia de cuerpos extraños al interior del organismo del imputado es un elemento suficiente, junto con el resto

7 Esta es la fórmula que usualmente se emplea para lograr la expulsión de los ovoides desde el organismo humano. Sin perjuicio de lo señalado, eventualmente se podría utilizar otro mecanismo según el caso concreto y el estado de salud en que se encuentre el examinado.

8 Tal como se puede apreciar, los exámenes que se practican a los imputados en estos casos también tienen por objeto proteger un bien superior como es su vida, ello por los riesgos que conlleva el portar sustancias ilícitas al interior de su organismo, por lo tanto, desde la perspectiva de un criterio de proporcionalidad también resulta del todo adecuada la medida intrusiva cuyo objetivo es la expulsión o extracción de la droga.

de circunstancia que rodean el hecho, para solicitar al juez orden de detención, a fin de evitar la fuga del imputado.

Lo señalado es especialmente importante en aquellos casos en que la radiografía practicada da cuenta de la existencia de cuerpos extraños, pero el proceso de evacuación se prolonga en el tiempo.

En la práctica, es de normal ocurrencia que el proceso de expulsión de los ovoides tarde un par de días, en cuyo caso lo habitual será solicitar una ampliación de la detención o que la audiencia de control se verifique en el Centro hospitalario donde se encuentre el imputado.

VII.- Consideraciones prácticas en relación al control de identidad migratorio

Sin perjuicio de lo señalado en este trabajo, en la práctica se han presentado dificultades en relación con las detenciones practicadas a raíz de un control migratorio, ello fundamentalmente en atención a que al momento de la práctica de los exámenes corporales no se hizo lectura de los derechos del detenido o del imputado.

Si bien estas declaraciones de ilegalidad han cesado en atención a que actualmente se hace lectura de los derechos a las personas que serán objeto de un examen corporal, lo cierto es que dicha lectura no es procedente, ya que tal como se ha indicado, el examinado no tiene la calidad de imputado sino hasta el momento en que se compruebe que se encontraba cometiendo un delito flagrante.

Es por lo señalado que daremos algunas argumentaciones que se pueden esgrimir en las audiencias para hacer frente a esta corriente jurisprudencial:

1.- El control de inmigración es una institución autónoma, tanto respecto del control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, así como del delito flagrante.

En este orden de ideas, el estatuto legal que regula la mencionada institución es el artículo 29 bis de la Ley 20.000 y por lo tanto en él se establece la forma como opera. Consecuente con lo anterior, y tal como se mencionaba al momento de referirnos a las diferencias con el control del Código Procesal Penal, el control migratorio no requiere de ningún tipo de indicio previo para ejecutarse, bastando que se den los supuestos de entrada o salida al territorio nacional, y sólo para la práctica del examen corporal es necesario que surjan sospechas fundadas, las cuales normalmente se manifestarán al momento de dicha identificación.

Siendo así, la procedencia de los exámenes corporales a que alude la norma contemplada en la Ley de Drogas se basta a sí misma con el reenvío que efectúa al artículo 197 del cuerpo procesal penal, el cual a su vez establece principalmente la exigencia de autorización voluntaria o judicial y apercibimiento de derechos.

Ahora bien, el apercibimiento de derechos no es lectura de derechos, no sólo porque en la gran mayoría de los casos el examen será la prueba que determine la detención, sino porque esta norma es aplicable tanto respecto de imputados

como respecto de ofendidos por un delito. De esta manera, si respecto de ambos, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 197 del Código Procesal Penal, debe efectuarse el apercibimiento, no es dable argüir que “*apercibimiento de derechos*” a que hace mención la norma diga relación con la lectura de derechos del imputado.

En conclusión, no procede la lectura de derechos en el caso de un control migratorio que derive en la práctica de exámenes corporales, porque no hay imputado sino controlado.

2.- De ser procedente la lectura de derechos en el contexto de un control migratorio, la pregunta es cuándo se debe efectuar dicha lectura. Ello, ya que dicha lectura presupone la calidad de detenido o imputado.

a) Una posibilidad es considerar que la persona se encuentra detenida desde el momento mismo en que se inicia el control migratorio y, por lo tanto, la lectura de derechos debiera realizarse respecto de todas las personas que entran o salen del territorio nacional y se les requiere su identificación. Probablemente nadie estaría de acuerdo con lo mencionado porque ello equivaldría a decir que el libre tránsito de personas es constitutivo de un ilícito.

b) Una segunda hipótesis es estimar que la lectura de derechos debe ser realizada antes de la práctica de los exámenes corporales, ya que de otro modo éstos estarían viciados.

Esto equivale a señalar que la sola sospecha de que alguien porte droga en su organismo es constitutiva de un delito y que, por lo tanto, el traslado al centro hospitalario se efectúa en calidad de detenido.

Lo anterior no solamente atenta contra toda lógica, sino que además, no resuelve una situación de común ocurrencia: qué sucede con el examinado que no portaba droga en su organismo. ¿El fiscal debe dar orden de libertad? ¿Procede el recurso de amparo por detención injustificada?

c) La tercera hipótesis, y correcta a nuestro entender, es considerar que la lectura de derechos sólo procede en la medida que, a raíz del examen corporal, se acredite la existencia de un delito flagrante, y el apercibimiento de derechos a que alude el artículo 197 del Código Procesal Penal dice relación con derechos del controlado examinado y no detenido o imputado.

3.- En el evento que se estime que lo que procede es la lectura de derechos del detenido la pregunta es si esto puede desembocar en la declaración de ilegalidad de la detención.

A este respecto, es del caso señalar que la jurisprudencia actualmente es bastante conteste al momento de resolver los casos, en orden a que la sanción contemplada en nuestra legislación procesal penal por la omisión de la lectura de derechos es la contemplada en el artículo 136 del Código Procesal Penal, esto es, sanción disciplinaria o inicio de investigación penal en contra del funcionario, según el caso.

Por lo tanto, aún en el evento que se estimase que procede la lectura de derechos y ésta no se hubiera realizado, la sanción debiera ser la contemplada en

el artículo 136 del Código Procesal Penal y no la declaración de ilegalidad de la detención.

4.- Finalmente, es posible citar alguna jurisprudencia extranjera que se ha pronunciado sobre estas materias⁹:

El Tribunal Supremo Español a partir del fallo de 5 de febrero de 1999, ha mantenido una postura sostenida en el tiempo en relación con los exámenes que se practican a lo viajeros en los aeropuertos, en este sentido: *“Cuando una persona –normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero– se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es un portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia del letrado, ni la consiguiente previa detención”*.

En el mismo sentido de este fallo, el 12 de enero de 2006, el Tribunal Supremo Español reitera que no es necesaria la presencia del abogado al momento de someterse a exámenes corporales, lo cual sí se requiere al momento en que se comprueba la existencia de droga al interior del organismo y la consecuente detención de los portadores.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo agrega además un criterio nuevo: *“Por lo demás, parece acorde con el buen sentido, pensar que si una persona es consciente, como lo eran los acusados de que tienen en su organismo bolas de cocaína y acepta se le someta a un examen radiológico, lo hace a sabiendas, sin que nadie se lo advierta, que está iniciando una exploración susceptible de conducir a la preconstitución de una prueba de cargo”*.

Conclusión:

El control de identidad migratorio, en nuestra opinión, tiene la finalidad ya explicitada y su naturaleza emana de las facultades de control de personas que ingresan o egresan del territorio nacional, lo cual se encuentra regulado legalmente, entre otros cuerpos legales, en la Ley de Drogas, la Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones de Chile, Decreto Ley Nº 2460, específicamente en su artículo 5° que al mencionar las funciones de la citada institución señala que le corresponde *“controlar el ingreso y salida de personas del territorio nacional”*.

Finalmente, no se debe obviar que el Decreto Ley Nº 2460 fue objeto de adecuación por parte de la Ley 19.806, publicada en el Diario Oficial el día 31 de mayo de 2002, y considerada conforme a nuestra Constitución Política del Estado, de acuerdo a lo expresado por el Tribunal Constitucional.

9 Este punto se ha basado en el trabajo realizado por los abogados de la Unidad de Drogas de la Fiscalía Nacional Sylvia Delgado y Andrés Salazar, denominado “Detenciones en controles migratorios y exámenes corporales relacionados con transporte de ovoides contenedores de droga, en la ley chilena y en la jurisprudencia española”.

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MICROTRÁFICO

(A propósito de la STC 993-2008)

Eduardo Picand Albónico¹

I.- El delito de microtráfico. Supuesta inconstitucionalidad.

1.1 Antecedentes fácticos.

Con ocasión de la resolución pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, con fecha 29 de agosto de 2007, en la causa RUC 0700006159-4, seguida en contra de Paul Duncan Howard Morrison Cristi, que absolvió al acusado de los cargos que el Ministerio Público le atribuía como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, el referido Tribunal sostuvo que: "...la prueba producida por el acusador fiscal..., es insuficiente para destruir la presunción de inocencia...". El Ministerio Público recurrió de nulidad ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, la cual, en fallo de 17 de noviembre de 2007, dictado en los autos Rol N° 1048/2007, sostuvo que el delito contemplado en la norma aludida generaba una presunción legal de responsabilidad penal a partir de ciertos hechos², la cual alteraba el *onus probandi* y que, en consecuencia, debía el propio acusado acreditar las causales de justificación necesarias para eludir la pena penal³. La Ilustrísima Corte agregó, además, que lo dicho no vulneraba la presunción de inocencia, ya que el imputado mantenía el derecho a demostrar la inexistencia del delito y su participación. Con fecha 19 de noviembre de 2007, la defensa del acusado Morrison, representada por el abogado Raúl Tavorari Oliveros, interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, por entender que el artículo 4° de la Ley N° 20.000, vulneraba la presunción de inocencia consagrada en el Código Político. En este sentido, el recurrente solicitó al Tribunal Constitucional que declarara lo siguiente: a) La

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

2 El Considerando N° 5° de la SCAT [Temuco], 17.10.2007, señala "...que el artículo 4° de la Ley 20.000 genera una presunción legal de responsabilidad a partir del establecimiento de los hechos que la configuran, básicamente: a) la falta de competente autorización; b) el poseer, transportar, guardar o portar; c) que la actuación antes descrita incida en pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas".

3 El Considerando 6° de la SCAT [Temuco], 17.10.2007, señala que "...al constituir la norma citada una presunción legal se altera las reglas del Onus Probandi y cabe en consecuencia al acusado el acreditar las causales de justificación para la no aplicación de la sanción penal, es él quien debe acreditar la competente autorización o que está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo exclusivo y próximo en el tiempo".

presunción de inocencia, aisladamente considerada y, además, en cuanto integrante de la noción de una investigación y un procedimiento penal justos y racionales, constituye un derecho esencial que emana de la naturaleza humana; b) que esta presunción de inocencia está consagrada explícitamente en el Ordenamiento Constitucional chileno; c) en subsidio, que ella constituye un derecho esencial implícito en la Carta Política, y d) que la disposición legal impugnada en este arbitrio constitucional, vulnera y desconoce el derecho esencial de toda persona sometida a un proceso penal, de resguardarse frente al poder sancionador del Estado, en dicha presunción de inocencia.

El Ministerio Público, representado por el Director de la Unidad de Drogas, Sr. Manuel Guerra Fuenzalida, se opuso a prácticamente todos los argumentos esgrimidos por el profesor Tavolari, solicitando que se desechara el pedido de inaplicabilidad por cuanto el artículo 4° de la Ley N° 20.000 no vulneraba de modo alguno la presunción de inocencia del imputado, a través de la inversión de la carga de la prueba que se alegaba.

El 13 de mayo de 2008, el Tribunal Constitucional dictó su resolución desechando, por amplia mayoría, la tesis del recurrente, y acogiendo, a su vez, los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público, particularmente al señalar que “...la parte final del inciso primero del referido artículo 4° [ley 20.000] consagra una causal de justificación de la responsabilidad penal...”.

A continuación haré un análisis de los argumentos sustentados por el recurrente y por el Ministerio Público.

1.2 Inconstitucionalidad del microtráfico. Argumentos esgrimidos por el profesor Raúl Tavolari Oliveros ante el Tribunal Constitucional.

El profesor Raúl Tavolari entiende inconstitucional el artículo 4° de la Ley N° 20.000, arguyendo las propias expresiones del mismo: a) “*el que...*”; b) “*será castigado...*”; y c) “*a menos que justifique...*”. Así las cosas, el legislador habría contemplado una presunción de responsabilidad penal, imponiendo al propio imputado o acusado la carga de acreditar la existencia de ciertas condiciones señaladas por el propio legislador para no ser sancionado como autor de este delito. En su concepto, el precepto en comento vulneraría el principio básico de todo sistema acusatorio moderno, cual es que las personas imputadas de delitos no necesitan acreditar hecho alguno para que se les considere inocentes, pues toda la prueba inculpativa que debe presentarse en el juicio oral para acreditar que los hechos investigados se encuentran enmarcados dentro del supuesto de hecho de la norma penal, debe ser presentada por el Ministerio Público.

A continuación resumiré los argumentos esgrimidos por el profesor Tavolari en su recurso, desarrollando algunos de sus puntos con doctrina que me ha parecido relevante y que, en algunos casos, fue citada por este autor.

- **Artículo 4° de la Ley N° 20.000: Infracción a la presunción de inocencia; a la igualdad ante la ley, y a los artículos 1° y 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.**

La Constitución Política es un instrumento de gobierno destinado a restringir poderes estatales en protección a la libertad y dignidad del hombre, fines últimos del Estado⁴. Los derechos fundamentales son el contenido material central de la Constitución; en consecuencia, si el ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme los principios de la Constitución, resulta que, luego, los criterios hermenéuticos para analizar el ordenamiento jurídico son los derechos fundamentales, los cuales deben interpretarse de la manera más favorable para que resulten eficaces⁵.

El profesor Tavolari, invocando a Montesquieu, recuerda que la libertad política consiste en la seguridad, o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad, de manera tal que, cuando la inocencia de los ciudadanos no es protegida, tampoco lo está su libertad. Juicio previo y presunción de inocencia son dos caras de la misma moneda, y constituyen las garantías básicas de todo proceso penal⁶. El órgano acusador es el que debe acreditar los cargos que imputa;

- 4 Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo: *“La interpretación constitucional”*, en la obra colectiva: *Interpretación Constitucional*, coordinada por Eduardo Ferrer, Editorial Porrúa, tomo II, México, 2005, p. 759 y siguientes. Asimismo, cita al profesor Pablo Pérez, quien expresa en su *“Interpretación de los Derechos Fundamentales”*, publicada en la misma obra, que la ubicación que tienen los derechos fundamentales en las diversas Constituciones, incide directamente en la labor del intérprete, quien debe respetar principios tan preponderantes como la *“Preferred freedom doctrine”*, elaborada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica.
- 5 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 32. Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que de una u otra forma se encuentran positivizados en las constituciones. Vid., PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, 5ª. Edición 1995, p. 31. Siguiendo a Muñoz Conde, “El Derecho Penal no sólo protege derechos fundamentales, pero, en general, se puede decir que tanto en las conductas que sanciona elevándolas a la categoría de delitos, como en la forma de sancionarlos, con penas que principalmente limitan o privan la libertad, el Derecho Penal incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales y libertades públicas (...), y de otros derechos y principios que igualmente por su importancia para el individuo y la configuración democrática de la sociedad tienen rango constitucional”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Protección de Bienes Jurídicos como Límite Constitucional del Derecho Penal*, en: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín (coordinadores), Aranzadi, 2001, p. 562.
- 6 Sin embargo, Jakobs también camina desde el contractualismo en una dirección diferente, al sostener que “la prevención general negativa -junto con otros elementos, en particular la producción de la convicción- se halla contenida en la positiva, si bien simultáneamente es limitada por ésta de modo estricto a la reparación del daño culpablemente producido”. Así la pena por un lado cumple con asegurar a las víctimas potenciales la confianza fáctica de que por existir un miedo los autores potenciales se abstendrán de delinquir. Pero también la pena cumple la finalidad de restablecer la vigencia de las normas, en sentido puramente ideal, esto es, comunica que la norma está vigente, en el sentido que no ha sido violada

no es posible invertir la carga de la prueba, fijando en los hombros del propio acusado la prueba de su inocencia, o sea, la prueba de hechos negativos: el no haber participado en el delito. El principio de inocencia impide la existencia de ficciones de culpabilidad en el proceso penal, las cuales son esencialmente inconstitucionales⁷. De todas estas afirmaciones surgen, al menos, las siguientes premisas: toda persona imputada debe ser tratada como inocente, en tanto no exista sentencia firme que la declare culpable; el Estado es quien debe acreditar -sin la colaboración del acusado- los elementos del tipo penal y la participación del imputado⁸; la prohibición de la inversión de la carga de la prueba, esto es, la de imponer al ciudadano la obligación de acreditar su inocencia para no ser condenado, y la obligación de los tribunales en absolver al imputado, cuando el órgano persecutor no ha sido capaz de acreditar su participación penal. Concluye el recurrente que la presunción de inocencia es consecuencia de la libertad y dignidad de todas las personas, o sea, constituye un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, y que en tal calidad, es limitación al ejercicio de la soberanía del Estado⁹.

El profesor Tavolari sostiene, además, que la presunción de inocencia tiene consagración expresa e implícita en la Constitución Política. Expresa, pues el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de Chile, exige un debido proceso

y, con ello, confirma la identidad normativa de la sociedad. JAKOBS, Günther. La Pena Estatal: Significado y Finalidad, traducción de Cancio Meliá M./Sánchez Feijóo, Civitas, Madrid, 2006, p. 148 y 149. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. *¿“Derecho Penal” del enemigo?*, en: Günther, Jakobs/CANCIO MELIÁ, Manuel. “Derecho Penal del enemigo”. Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 80 y ss.

- 7 Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, Revista Ius ex Praxis, XI, 2005, p. 221 a 241.- Cfr. ROXIN, Claus. *¿Qué Puede Reprimir Penalmente el Estado?* Acerca de la Legitimación de las Conminaciones Penales, en: Problemas Actuales de Dogmática Penal, Traducción de Abanto Vázquez, Manuel. Ara Editores, Lima, 2004, p. 20. Especialmente puede verse, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Culpabilidad, Legitimación y Proceso, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, Fascículo I, Madrid, 1987, p. 50.
- 8 El profesor Tavolari cita en su recurso un interesantísimo trabajo elaborado por el Presidente del Tribunal Constitucional, Sr. Juan Colombo Campbell, quien señala lo siguiente: “al sistema estatal le corresponde probar los hechos fundamentales del proceso que son: el hecho punible; la participación; el grado de ejecución del delito; las circunstancias modificatorias de responsabilidad. Probado lo anterior..., se altera la carga de la prueba y al imputado le corresponde probar su inocencia, las circunstancias eximentes o atenuantes o invocar normas legales en su beneficio...”. Véase en: COLOMBO CAMPBELL, Juan: “El inocente delincuente”, Garantías Constitucionales y presunción de inocencia. Informativo Jurídico de la Editorial Jurídica de Chile, N° 37, septiembre de 2006: consultado en <www.editorialjuridica.cl>
- 9 En el mismo sentido, ROXIN, Claus. La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal. Editorial Tirant Lo Blanch. (Traducción de Carmen Gómez Rivero/María del Carmen García Cantizano. Introducción de Francisco Muñoz Conde). Valencia. 2000, p. 21.

legal, basado en un procedimiento e investigación racionales y justos, dentro del cual, claro está, queda incluido el principio de inocencia. Asimismo, este elemental principio quedaría incorporado implícitamente al texto constitucional a través del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, que limita la soberanía del Estado al contenido de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, como ocurre con la Convención Americana de Derecho Humanos¹⁰; incluso, haciendo valer la jurisprudencia de la Corte Suprema, dicho tratado internacional tendría rango constitucional¹¹. Por lo demás, se trata de un derecho que, en último término, es manifestación del artículo 1° de la Constitución¹²: todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Incluso, al redactarse la Constitución, el profesor Jaime Guzmán Errázuriz, señaló claramente que ante un eventual reproche de constitucionalidad, era perfectamente posible la interposición del recurso de inaplicabilidad, aun tratándose de la vulneración de garantías no señaladas expresamente en la Constitución¹³. Termina su argumentación, señalando que la propia Corte Suprema de Justicia, en el año 2001, resolvió categóricamente que “...entre los derechos que forman parte de la naturaleza del hombre se encuentra el principio de inocencia...”¹⁴.

El profesor Tavolari señala que si la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han presumido la inocencia ante el poder punitivo estatal, no cabe sino concluir que el artículo 4° de la Ley N° 20.000, es absolutamente inconstitucional, al decir que “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, *a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*”.

10 Rol 3125-04 (2007).

11 Rol 4183-06 (2007).

12 Este punto de vista siguiendo a Roxin, implica la asimilación de la teoría de la prevención general positiva como único sustento válido para el Estado Democrático de Derecho y, por ende, supone el abandono absoluto de la teoría de la retribución, la que se encuentra íntimamente ligada al cristianismo, la que aún cuenta con notable influencia sobre todo en la ciudadanía, la que no la entiende de modo muy distinto a la Edad Media donde fue “desarrollándose paso a paso la idea de responsabilidad ética individual del infractor del derecho, el entendimiento de la pena como respuesta a una culpabilidad moral, tal como parece haber surgido por primera vez -bajo la influencia de la doctrina eclesíástica de la penitencia-. STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Editorial Thomson, Civitas, 2005. p. 26. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas, Madrid, 2003. p. 82.

13 “Acta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”, sesión 101, de 9 de febrero de 1975.

14 SCS, 12/07/2001 (Rol 3613-00).

El recurrente, citando los argumentos de Alberto Binder, sostiene que la redacción del artículo 4° de la Ley N° 20.000 es “tramposa”, pues presume que cualquier droga que se posea es para comercializarla, ya que la posesión para uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, o destinada a un tratamiento médico, ha sido llevada al campo de la justificación. Dicho en dos palabras: la ley presume la comercialización de la droga a partir de su simple posesión. Así, lo que ocurre aquí sería lamentable, pues el Estado, invirtiendo la carga de la prueba, exige que sea el imputado quien pruebe su inocencia¹⁵.

Concluye su tesis el profesor Tavorari, insistiendo que la norma en cuestión de la Ley de Drogas, vulnera el artículo 1° de la Constitución Política, pues el estado de inocencia no es más que un estado de libertad, que, además, otorga el derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación reconocida en el artículo 19 N° 7 letra d) de la Constitución. Asimismo, es atentatorio a la dignidad humana imponer a las personas la obligación de acreditar su inocencia a través de elementos o circunstancias que el propio legislador incorpora, vulnerando de esa manera también su derecho a guardar silencio durante todo el proceso penal. Luego, si tengo derecho a guardar silencio y ejerzo este derecho, por el sólo hecho de portar droga, el legislador presume que yo la mantengo para comercializarla. El Estado me estaría impidiendo ejercer el derecho a guardar silencio, desde el momento en que me exige probar que la droga la mantenía para mi uso y consumo personal y próximo en el tiempo, o bien estaba destinada a un tratamiento médico.

Finalmente, el recurrente señala que se vulneraría el principio de igualdad ante la ley, por cuanto los acusados de microtráfico no tienen igual protección legal en sus derechos que el resto de los acusados por otros delitos, quienes sí son considerados inocentes desde un inicio y, además, pueden guardar silencio.

1.3. Nuestra opinión. Constitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000 y reconocimiento pleno de la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio.

15 Sobre la tendencia generalizada del legislador por optar por la flexibilización de garantías procesales puede verse: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2002. p. 78, 97, 110 y 149 y ss. Críticamente, DEMETRIO CRESPO; Eduardo. *El “Derecho Penal del Enemigo” Darf Nicht Sein! Sobre la Legitimidad del llamado “Derecho Penal del Enemigo” y la Idea de Seguridad*, en: Revista General de Derecho Penal, Iustel, N.º 4, 2005, p. 9. GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones Críticas Sobre el Denominado “Derecho Penal del Enemigo”*, en: Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, 2005, p. 10. El Derecho Penal del enemigo es un Derecho para “no personas”, porque el Derecho Penal es el del ciudadano “fiel al derecho; es decir, el de la persona en Derecho”. “Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia social”. Vid. JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*. Cuadernos Civitas S.A., Madrid, 1996, pp. 25 y 51.

• **La presunción de inocencia y su incorporación al texto constitucional.**

El proceso penal es la instancia necesaria para rendir la prueba que el órgano llamado a administrar justicia debe ponderar para poder condenar o absolver. Hasta que esa prueba no se rinda y valore en un juicio oral, debemos suponer que jamás se ha cometido un delito y, en consecuencia, a nadie podemos tratar como culpable y aplicarle una pena¹⁶. Debe ser la culpa y no la inocencia la que debe ser demostrada; es la prueba de la culpa y no la de la inocencia -la que por cierto se presume desde un inicio- la que constituye el objeto del juicio. No obstante que el Estado tiene el derecho y la obligación de perseguir penalmente, esto es, realiza su pretensión penal por sí mismo sin consideración a la voluntad del ofendido¹⁷, no es menos cierto que resulta más importante para el Estado que todos los “inocentes” sean protegidos, que todos los culpables sean castigados.

El principio de inocencia, la prohibición de no autoincriminación y el derecho a guardar silencio son premisas básicas con las cuales debe operar todo proceso penal que, utilizando las expresiones de Zaffaroni¹⁸, sea democrático, acusatorio, racional y justo. Se complementan recíprocamente pero no son análogas: el principio de inocencia es una garantía legal y constitucional, en cambio, el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse, derivadas de aquél, son meros derechos que se ejercen a través de facultades. La distinción, reconocida en algunas disposiciones del Código Procesal Penal¹⁹, no ha sido estudiada con detención por nuestros procesalistas, pero nos parece que el punto de diferenciación entre ellas está en la facultad de disposición de su titular. La presunción de inocencia, es una garantía constitucional, irrenunciable, piedra angular de nuestro proceso penal, en virtud de la cual el Estado se frena a sí mismo, o sea, *le pouvoir arrete le pouvoir*, imponiéndose la obligación de abstenerse de prejuciar por anticipado a sus justiciables sin haber rendido pruebas en un juicio oral, y sin que éstas hayan sido de tal naturaleza que permitan al tribunal condenar más allá de toda duda razonable, garantía que, incluso, a veces podría pesar sobre su propio titular, quien no obstante su derecho a autoincriminarse y declararse culpable durante la investigación y en el juicio, debe igualmente ser considerado inocente por el Estado hasta el término definitivo del proceso penal, a tal punto que, si el Ministerio Público sólo contara con su espontánea confesión de culpabilidad para acreditar su participación, el tribunal sólo podría

16 Cfr. FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y Razón” (teoría del garantismo penal), Editorial Trotta, Madrid, 5ª edición, 2001, p. 549.

17 ROXIN, Claus: “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 83.

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, 2ª Edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

19 Véanse el artículo 7º “Las facultades, derechos y garantías...”, y sus aplicaciones en los siguientes artículos: [garantías] 7º, 10, 13, 93, 94, 97, 134, 159, 234, 276, 316, 334 y 373; [derechos] 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 25, 54, 70, 86, 93, 94, 96, 97, 104, 108, 109, 111, 112, 119, 121, 135, 137, 141, 159, 163, 178, etc.; [facultades] 12, 71, 72, 90, 95, 104, 178, 191, 192, 256, 263, 268, 292, 302, 374, 403 y 466.

absolver. Como puede apreciarse, el principio de inocencia, en su esencia, es una *presunción legal de irresponsabilidad penal*. Guardar silencio y no autoincriminarse, por el contrario, son *derechos* procesales que pueden renunciarse a través de “*facultades*” en el juicio oral, pues miran exclusivamente al interés particular de su titular, incluso como estrategia de defensa. Son derechos, por tanto, que no limitan la acción punitiva del Estado. La garantía o presunción de inocencia es la forma como el Estado protege los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse.

Estas garantías y derechos han sido latamente reconocidos por la jurisprudencia chilena e internacional²⁰.

Por más que revisemos el texto formal escrito de la Constitución, no encontraremos en ninguno de sus pasajes alguna disposición que consagre de manera “expresa” -tal como señala el profesor Tavorari- el principio de inocencia y el derecho a guardar silencio por parte del imputado. Es expreso lo que se encuentra señalado necesariamente en términos explícitos; lo explícito no puede deducirse, de manera tal que no compartimos lo señalado por el recurrente, quien afirma que los referidos derechos se encuentran consagrados “expresamente” en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, al referirse al debido proceso legal y la necesidad de sustanciar una investigación y procedimiento racional y justo. La historia fidedigna de nuestra Constitución avala nuestra tesis²¹. En todo caso, los profesores Enrique Ortúzar; Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans de la Cuadra, al tratar este tema, en la sesión 113, de 10 de abril de 1975, manifestaron que el principio de inocencia podía deducirse de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal²².

20 Cfr. Caso *Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Caso *Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 153 y 154; y Caso *Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

21 En la Sesión N° 124 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (27.05.1975), fue aprobado el siguiente texto: “Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. Ésta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Véase: “Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República”. Fue el Consejo de Estado quien, a petición del profesor Julio Philipi y en su sesión N° 60 (15.12.1978), desechó la primera parte del texto, aprobándolo de la manera como hoy aparece en la Constitución. Véase: “Actas del Consejo de Estado”. El profesor Jorge Ovalle y el Ministro de Justicia de la época, Sr. Miguel Schweitzer, señalaron que dicha disposición dejaba a salvo las “presunciones legales” de responsabilidad, no siendo éstas contrarias a la presunción de inocencia y al ejercicio del derecho de defensa, desde el momento en que admitían prueba en contrario.

22 EVANS DE LA CUADRA, Enrique: “*Los Derechos Constitucionales*”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1999, p. 150. El autor señala que “...Los bienes jurídicos cautelados por la Constitución en materia penal son los siguientes: 1) la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Esta disposición consagra, por consiguiente, la presunción de inocencia del detenido y del procesado: su culpabilidad debe ser probada y nunca será presumida...”.

Lo que decimos no significa que el principio de inocencia o el derecho a guardar silencio no tenga rango constitucional en Chile. El Tribunal Constitucional²³ y la Corte Suprema²⁴ lo han reconocido en numerosas oportunidades. Creo que estos derechos emanan de la naturaleza humana y, más aún, son esenciales, razón por la cual tienen una doble jerarquía: a) constitucional, desde el momento mismo en que quedan incorporados a la Constitución Material, por el reenvío efectuado por el propio constituyente originario, en su artículo 5° inciso 2°, a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. De aquello dan cuenta las declaraciones universales y acuerdos internacionales que obligan al Estado de Chile²⁵, y b)

- 23 Incluso durante el año 2007, el Tribunal Constitucional se pronunció en no pocas oportunidades al respecto: STC, 03.07.2007, (Rol 728); STC, 12.01.2007, (Rol 568); STC, 12.01.2007, (Rol 561); STC, 12.01.2007, (Rol 661).
- 24 Véase, sólo a título ilustrativo: SCS, 21.09.2007 (Rol 3744-2007, “*Extradición de Alberto Fujimori*”); SCS, 29.11.2007, (Rol 3804-2006); SCS, 20.11.2007, (Rol 4982-2007); SCS.13.11.2007, (Rol 6188-2006).
- 25 Todos nuestros internacionalistas y constitucionalistas comparten este mismo criterio: LLANOS MANSILLA, Hugo: “*Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*”, Tomo I, 2005, p. 191 y siguientes. Es importante resaltar la importancia de la opinión que este autor impregnó en el criterio de nuestros tribunales de justicia siendo abogado integrante, en el famoso caso de fecha 17.11.2004, que dio inicio a la llamada “*Doctrina Llanos*”, y el cual, expresamente señala lo siguiente: “*El artículo 5° les otorga, así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulen los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...*”; DÍAZ ALBÓNICO, Rodrigo: “*La reforma al artículo 5° de la Constitución*”, en: *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*, 1991, p. 199-208; MEDINA QUIROGA, Cecilia: “*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, op. cit. p. 39 y siguientes; GAMBOA SERAZZI, Fernando: “*Derecho Internacional Público*”, Editorial Universidad de Talca, 1998, p. 95-109. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “*Dogmática Constitucional*”, Editorial Universidad de Talca, 1997, p. 67-107. MOLINA GUAITA, Hernán: “*Derecho Constitucional*”, Editorial Lexis Nexis, 6ª edición, 2006, p. 3-7. VARGAS CARREÑO, Edmundo: “*Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen el Siglo XXI*”, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 209-224. Este autor es claro al señalar que “*...aunque no existe unanimidad en la jurisprudencia y en la doctrina sobre el alcance de esta disposición [el artículo 5°/2° de la Constitución], el criterio preponderante hoy día es que el artículo 5° inciso 2° de la Constitución confiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes un valor igual al de la Constitución*”. En un análisis internacional, recomendamos la excelente monografía del Magistrado de la CIDHH, el brasilero CANCADO TRINDADE, Antonio: “*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*”, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006. NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis: “*Derecho Internacional Público*”, tomo I, Introducción y fuentes, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 537-557. Una opinión contraria acerca del valor de los Tratados Internacionales en: BERTELSEN, Raúl: “*Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho chileno*”, en: *Revista Chilena de Derecho*, volumen N° 23, tomo I. Incluso, esta

Supraconstitucional, luego que la Ley N° 20.050, rompiendo todos los paradigmas doctrinarios existentes en Chile desde la reforma de 1989 -pero cumpliendo con el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre Derecho de los Tratados²⁶-, modificara el artículo 50 N° 1 [actual artículo 54 N° 1] de la Constitución, supeditando las normas de todo nuestro ordenamiento jurídico al contenido material de los tratados internacionales, cuyas disposiciones no pueden entenderse restringidas ni derogadas tácitamente por los cuerpos normativos internos, incluida la Constitución²⁷, sin perjuicio del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que, en su caso, pueda impetrarse para eludir la aplicación particular de una de sus disposiciones al caso concreto del que se trate, conforme al numeral 6° del artículo 93 del Código Político²⁸.

En todo caso, querer establecer con un “golpe de mesa” que el principio de inocencia se encuentra o no consagrado en la Constitución, o bien que se encuentra o no previsto de manera expresa, nos parece una discusión un tanto baladí.

Existen ciertos principios, ciertas premisas, ciertos hechos incuestionables que son parte del Estado de Derecho, y resulta irrelevante que un Estado, al establecerse como unitario, democrático y republicano, deba preocuparse de garantizar por escrito, algo que es de su esencia. El propio Tribunal Constitucional así lo ha sentenciado, al decir que el hombre es titular de ciertos derechos por su calidad de tal, y no por el simple hecho de no estar recogidos en un texto constitucional formal, dejarán de tener esa misma protección²⁹.

misma doctrina fue recogida por la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional al revisar la incorporación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 08.04.2002, salvo el voto disidente del Ministro Sr. Libedinsky.

- 26 La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue suscrita en 1969 y publicada en el Diario Oficial de Chile, el 22 de junio de 1981.
- 27 El artículo 54 N° 1 de la Constitución Política de Chile, modificado por la Ley N° 20.050, de 2005, dispone que: “Las disposiciones de un Tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional”.
- 28 Véase en: SALINAS BURGOS, Hernán: *“Los Tratados Internacionales ante la reforma Constitucional”*, publicado en: Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, volumen 69, 2007, p. 489 y siguientes; PEÑA TORRES, Marisol: *“Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma del 2005”*, op. cit. p. 497 y siguientes; GARCÍA BARZELATTO, Ana María: *“Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”*, op. cit. p. 502 y siguientes; RIBERA NEUMANN, Teodoro: *“La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno”*, op. cit. p. 511 y siguientes.
- 29 Cfr. STC, 30/10/1995 (Rol N° 226, considerando N° 25): “...la doctrina, como nuestra Constitución Política, reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales”. De igual manera en: SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *“Tratado de Derecho Constitucional”*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 111.

Los principios -dentro de los cuales está el de inocencia; no autoincriminación y guardar silencio- forman parte implícita del espíritu de la Constitución y de toda nuestra legislación. No necesitan estar escritos en la Constitución o reconocidos en los tratados internacionales para que sean respetados por los órganos del Estado, siempre que ellos sean peregrinos y auténticos profetas del concepto del “Estado de Derecho”.

• **El delito de microtráfico**³⁰.

El artículo 4° de la Ley N° 20.000, dispone que “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.

La figura del microtráfico fue establecida fundamentalmente con el objeto de imponer penas más bajas, proporcionales y justas a los *dealers* callejeros, esto es, personas que “comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas”³¹, permitiendo que los jueces tuvieran la facultad de aplicar penas más bajas -incluso razonables- que admitieran beneficios de la Ley N° 18.216, a imputados sin antecedentes penales³² que fueran sorprendidos traficando pequeñas cantidades de drogas.

La figura del microtráfico fue establecida utilizando básicamente los mismos verbos rectores que el tráfico de drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, pero incorporando el elemento distintivo de la “*pequeña cantidad*” de droga; circunstancia que, no obstante no haber sido precisado expresamente

30 Véase un estudio de este delito en: POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ: “*Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*”, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 621 y siguientes.

31 Mensaje N° 232-241, de fecha 02 de diciembre de 1999.

32 Véase el Informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados (1998-2002), aludido en el referido Mensaje.

por el legislador, la jurisprudencia de la Corte Suprema³³ y de nuestras Cortes de Apelaciones³⁴ han ido circunscribiendo. El *thelos* de la ley es precisamente

33 SCS, 12.04.2007, (Rol 1479-2007), "...3° Que no se trata en la especie, de diferentes interpretaciones legales, desde que aquello que debe entenderse como "pequeñas cantidades" de droga, no ha sido calificado por el legislador, sino que ha sido entregado a la valoración y ponderación propia de los jueces del fondo, quienes para decidir esa cuestión, atienden a las circunstancias que rodean cada caso en particular...". SCS, 02.01.2007 (Rol 1506-2005), "...Que, el legislador ha empleado un concepto de los denominados "regulativos", mediante las expresiones "pequeñas cantidades", que prefirió no definir o explicitar y dejar entregada la determinación de su sentido y alcance a los jueces en cada caso concreto; como lo ha declarado este Tribunal, la precisión de las circunstancias bajo la cuales resulte político-criminalmente apropiado reducir la penalidad asignada ordinariamente al tráfico ilegal de drogas, tiene necesariamente que hacerse atendiendo a los factores de hecho concurrentes en el supuesto específico de que se trata, de manera que la facultad para así proceder ha de entenderse conferida a los tribunales que se encuentran en posesión de tales antecedentes fácticos y en condiciones de evaluarlos a la luz de las normas jurídicas que rigen el caso. Por ello, en el ejercicio de esa atribución, deben gozar de una amplia flexibilidad y discrecionalidad, desde que los mencionados "conceptos regulativos" son puramente formales y neutrales, no procuran normas ni son constitutivos para la sentencia...". SCS, 25.01.2007, (Rol 3819-2006), "...3°, Que, hay jurisprudencia reiterada de esta Corte en la materia que atañe al recurso, donde se ha expresado, en general, que el artículo 4° de la Ley 20.000 no ha creado una figura delictual diferente del tráfico de estupefacientes contemplado en el artículo 5° inciso primero de la Ley 19.366, considerado hoy del mismo modo en el artículo 3° inciso primero de la anterior, sino que se ha limitado a disponer que si en el caso concreto ese tráfico se refiere a "pequeñas cantidades" de droga, puede castigarse con una pena menor que la prevista ordinariamente para tal delito, de suerte que no puede caber duda que la nueva norma es más benigna en cuanto posibilita imponer penas inferiores y más proporcionadas a aquellas "personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas" (Mensaje de la Ley)...". SCS, 19.07.2005, (Rol 2005-05), "...8°, Que en nuestra opinión, las nociones transcritas en el razonamiento anterior explican cual es el sentido y la razón de ser del concepto "pequeñas cantidades" empleado por el artículo 4° inciso primero de la ley N° 20.000. El propósito del legislador fue someter a una pena más benévola aquellos casos en que el tráfico realizado por el sujeto era tan reducido que el peligro creado para la salud del grupo social resulta tan insignificante, a causa de lo cual, muchas veces la jurisprudencia tendía incluso a absolver, a fin de evitar excesos de punibilidad, asilándose a menudo en la idea de que versaban sobre cantidades susceptibles de ser destinadas al consumo personal y próximo en el tiempo".

34 SCAR [Rancagua], 12.11.2007, (Rol 406-2007), "...Lo primero que hay que decir respecto de dicha disposición es que surge como una consecuencia de la falta de proporción de la pena asignada a situaciones de tráfico de menor o mínima entidad, en relación con el tráfico real y efectivo de sustancias estupefacientes que contemplaba el artículo 5° de la Ley 19.366, toda vez que dicho cuerpo legal no entregaba a los jueces facultades para rebajar la pena mínima de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, para aquellos casos en que por la cantidad de la droga incautada y circunstancias especiales del hecho,

castigar a quien realiza las conductas del artículo 3° de la Ley N° 20.000 con las mismas pequeñas cantidades de droga que tendría un consumidor que no es traficante, o cuando la “calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.

En verdad, lo realmente importante en el delito de microtráfico es acreditar las conductas del tráfico de drogas, o sea, los verbos rectores que el propio artículo señala, pues el microtráfico no es más que el delito de tráfico de drogas, pero de pequeñas cantidades.

La “pequeña cantidad de droga” es un concepto común en el consumidor y en el microtraficante; la diferencia es que en uno el Ministerio Público acreditó la conducta del tráfico y en la otra no.

• Constitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000.

No comparto los fundamentos esgrimidos por el profesor Raúl Tavolari cuando alega la inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000, pues dicha

resultaba, abiertamente injusta y exagerada dicha pena mínima”. “...Tampoco se puede fundar la calificación del ilícito basado en que se está ante la presencia de un traficante y que efectivamente la droga se tenía para su comercialización, toda vez, que los elementos del tipo penal, tanto en el tráfico como en el microtráfico, básicamente son los mismos, pues de otro modo no habría conducta que reprochar criminalmente”. SCAS [San Miguel], 12.11.2007, (Rol 310-2007), “...Que según la historia fidedigna del establecimiento del artículo 4° en la Ley 20.000, el objetivo de esta norma fue someter a una sanción más benigna los casos en que el tráfico realizado por el agente era tan reducido que el peligro creado para la salud de la población resultaba insignificante, cuestión que como puede observarse de la situación fáctica enunciada, no ha ocurrido en la especie si resulta posible deducir, siendo por tanto dicha hipótesis legal inaplicable en la especie...”. SCAA [Arica], 30.04.2007, (Rol 60-2007), “...no estamos frente a las «pequeñas cantidades» de sustancias estupefacientes que exige el tipo legal por cuanto el peso de la droga, 246 gramos netos de clorhidrato de cocaína, de manera alguna representa «una pequeña cantidad de droga», y en tal sentido la dimensión de este comercio ilícito no puede ser considerada en abstracto sino ponderarse en concreto, acorde al acto ejecutado por la acusada y así, conforme a la naturaleza y cantidad del referido alcaloide, es capaz de producir perniciosos efectos a la salud de las personas...”. “...Que si bien el legislador en el artículo 4° de la precitada ley no definió qué debe entenderse por «pequeñas cantidades de droga», dejando por ende a los jueces de fondo tal determinación conforme a los antecedentes del proceso, no lo es menos, a juicio de estos sentenciadores del recurso, que el ejercicio de la misma debe supeditarse a un parámetro objetivo, cual no es otro que el peso de la droga en cuestión, atenta la acepción de «pequeñas cantidades...”. SCAC [Concepción], 08.10.2007, (Rol 480-2007), “...Estimar como justificante de penalidad privilegiada la situación económica deprimida de una persona imputada por tráfico de drogas, es una idea impresentable frente al daño social mayor que importa difundir a través del comercio el consumo de sustancias nocivas, aún de pureza reducida...”.

disposición no contempla ninguna presunción de derecho de responsabilidad y tampoco vulnera el principio de inocencia.

La Ley N° 20.000 no presume de modo alguno la responsabilidad penal del imputado; sostener algo así es pensar que el legislador ha dado por acreditados *ex ante* los verbos rectores del tipo penal, desligando al Ministerio Público de su obligación de buscar pruebas incriminatorias para sustentar su acusación fiscal. La presunción de responsabilidad penal que alega el recurrente tendría dos bases: a) la acusación fiscal y b) la falta de prueba de la inocencia por parte del acusado. Bastaría la cita de un artículo del Código Penal y la no prueba de la inocencia por parte del imputado para formular una acusación.

Una lectura apresurada de la resolución dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en la causa de marras, particularmente en sus Considerandos 5°-7°, podrían justificar la posición del recurrente, pues es ahí donde se menciona que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 contendría una “presunción de responsabilidad penal”, que alteraría las reglas del *onus probandi*, imponiendo al acusado la carga de probar los hechos negativos que la norma menciona. No obstante, es la propia Corte quien, luego, menciona expresamente que debe ser el acusado quien “...debe acreditar la competente autorización....o que la droga “...está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo exclusivo y próximo en el tiempo”³⁵. No obstante lo anterior, el fallo no menciona de modo alguno que los hechos de la acusación deba probarlos el acusado, sino por el contrario, que esta eventual “presunción legal de responsabilidad”, se configura “a partir del establecimiento de ciertos hechos que el Ministerio Público debe necesariamente probar”.

Creemos que el legislador, no obstante sus frecuentes imprecisiones jurídicas, jamás pretendió y ha querido exigir que los inocentes acrediten su inocencia para no ser castigados, de manera tal que, quien pregone una acción tan lesiva por parte del Estado, debe justificar de sobremanera sus dichos. Así como resulta absurdo e ilógico exigir a una persona viva que demuestre que se encuentra con vida; igualmente lo es exigirle a un inocente que demuestre su propia inocencia. Pensamos que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 no rompe esta lógica, y justificaré lo que digo.

Cuando el recurrente dice que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 contiene una “*presunción legal*” de responsabilidad penal del imputado, fundamenta su tesis en la construcción que el propio legislador ha utilizado: a) “el que...”; b) “será castigado...”; c) “a menos que justifique...”. Así, invoca el Considerando 5° de la resolución pronunciada por el Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de octubre de 2007, que expresamente señala lo siguiente: “...Que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 genera una presunción legal de responsabilidad a partir del establecimiento de los hechos que la configuran...”. De esta manera, tendría que ser el propio imputado quien pruebe la existencia de una competente

35 Considerando 6°.

autorización para poseer, transportar, guardar o portar la droga, o demostrar en un juicio que dicha sustancia era destinada para su consumo personal y próximo en el tiempo o para un tratamiento médico, para evitar ser sancionado por el Estado. No compartimos esta interpretación, pues si bien es efectivo lo señalado por la Corte, no es menos cierto que esa misma resolución deja claro que para que opere esa “presunción”, el órgano persecutor debe haber acreditado previamente los tres hechos que la configuran: a) falta de competente autorización; b) posesión, transporte, guarda o porte de la droga; y c) se trate de “pequeñas cantidades” de drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas³⁶.

Así las cosas, debe ser el Ministerio Público quien pruebe todas estas circunstancias para poder presentar su acusación fiscal; antes no lo hará pues probablemente perdería el juicio al no tener pruebas que acrediten los elementos del tipo penal. Jamás será necesaria la declaración del imputado para poder acreditar estos elementos del tipo penal, de manera tal que, si éste decidiera declarar y el Ministerio Público no tuviere pruebas para sustentar su acusación más que la espontánea confesión del acusado, el tribunal necesariamente debe absolver por el delito de microtráfico.

Lo que ocurre es que, luego que el Ministerio Público acredita la posesión, porte, guarda o transporte de la droga, normalmente a través de la declaración de funcionarios policiales que fueron testigos de aquello; actas de prueba de campo; protocolos de análisis; actas de pesaje; incluso luego que acredita la falta de competente autorización y, además, el hecho de tratarse de pequeñas cantidades de droga que producen dependencia física, el legislador ha previsto ciertas *causales eximentes de responsabilidad penal* en beneficio del propio imputado, con las cuales éste puede defenderse de la *prueba* obtenida por el fiscal, demostrando que, no obstante haber mantenido en su poder la pequeña cantidad de droga incautada, no era menos cierto que sólo la tenía para tratamiento médico o uso y consumo personal y próximo en el tiempo. Parafraseando a Jakobs, son los “*motivos jurídicos bien fundados*” que ha previsto en su favor el legislador³⁷.

Si el legislador presumiera los verbos rectores, posiblemente nuestros argumentos coincidirían plenamente con los del profesor Tavolari; sin embargo, aquello no es así, y la carga de la prueba del Ministerio Público no alcanza las causales de justificación que, en todo caso, deben ser alegadas y probadas por el propio imputado.

El artículo 4° de la Ley N° 20.000, no exime de modo alguno al Ministerio Público del deber de probar los *hechos* que fundamentan su acusación y que, por cierto, no requieren que el imputado haya hablado durante la investigación o durante el juicio. Cómo es posible pensar que el Ministerio Público presentará

36 SCAT [Temuco], 17.10.2007 (Considerando 5°).

37 JAKOBS, Gunther: “*Derecho Penal*”. *Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, Editorial Marcial Pons, 1997, p. 419-421.

una acusación sin pruebas o basándose solamente en la falta de pruebas sobre la inocencia del imputado. Sería realmente absurdo pensar algo así, y creemos que el legislador no se aparta de la sana lógica en este caso. Las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el fallo que comentamos, deben ser probadas por quien las invoca, conforme la regla general del artículo 10 del Código Penal, y el artículo 4° de la Ley N° 20.000, no es más que una aplicación especial de dicha regla. Indudablemente que estas especiales eximentes de responsabilidad penal que establece dicha disposición, como lo son “el tratamiento médico” o el “consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”, son circunstancias que debe probar el imputado durante la investigación o durante el juicio oral, y nada tienen que ver con la prueba de los verbos rectores “poseer; transportar; guardar o portar”, que debe necesariamente probar el Ministerio Público. Además, el artículo 4° de la Ley de Drogas no impide que la Defensa pueda rendir prueba en contrario durante la investigación, para evitar que el Ministerio Público acuse; o durante el juicio oral, para evitar que el tribunal condene, o sea, permite que la defensa presente pruebas para desvirtuar los dichos del fiscal y lograr la necesaria duda en el Tribunal que el imputado no ha poseído, portado, guardado o transportado la pequeña cantidad de droga que se imputa, y que, incluso, si aquello fuera efectivo, sustentando una determinada estrategia de defensa, que la mantenía en su poder para su consumo personal y próximo en el tiempo, cuestión que también le acarrearía una sanción³⁸. La propia Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco lo dice expresamente en el Considerando N° 7°, del fallo de fecha 17 de octubre de 2007³⁹.

El propio Presidente del Tribunal Constitucional, Excelentísimo Sr. Juan Colombo Campbell, en el mismo artículo citado por Raúl Tavorlari, expresa: “Al sistema estatal le corresponde probar los hechos fundamentales del proceso que son: a) el hecho punible; b) la participación; c) el grado de ejecución del delito; d) las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal (agravantes)”. “Probado lo anterior, en mi opinión se altera la carga de la prueba y al imputado le corresponde probar su inocencia, las circunstancias eximentes o atenuantes o invocar normas legales en su beneficio...”⁴⁰. Es de esta manera como el Estado y el acusado se distribuyen la carga probatoria en muchas oportunidades, correspondiendo al acusado la prueba de sus eximentes luego que el Estado ha probado

38 Artículo 50 de la Ley N° 20.000.

39 El Considerando N° 7° de la SCAT [Temuco], 17.10.2007, señala que “...por ende, configurándose, como así ocurrió en autos de acuerdo a la redacción empleada por el mismo Tribunal en la letra c) del considerando décimo cuarto antes citado, los supuestos de hecho que permiten hacer operativa la presunción del artículo 4° de la ley 20.000, esta norma necesariamente debió ser aplicada por el tribunal, el cual únicamente podría haberse excusado sobre la base de concurrir alguna de las causales justificantes previstas por el legislador”.

40 COLOMBO Campbell, Juan: *“El inocente delincuente. Garantías constitucionales. Presunción de inocencia”*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2007, p. 345 a 369.

su participación en el delito. La legislación y la jurisprudencia comparada así lo han reconocido⁴¹.

De lo dicho, llegamos a la conclusión que el artículo 4° de la Ley N° 20.000, no invierte el peso de la prueba de modo alguno -sobre los hechos que configuran el supuesto fáctico de la norma penal-, o sea, no es el imputado quien debe demostrar su inocencia, sino el Ministerio Público quien debe demostrar su culpabilidad a través de la existencia de los hechos que invoca. El Ministerio Público acusa por determinados hechos -los cuales deben encuadrarse en la norma penal-, y son esos hechos los que debe probar, frente a lo cual el imputado de microtráfico -como cualquier imputado de otro delito-, puede atacar los hechos⁴² o alegar eximentes o atenuantes de responsabilidad penal. La carga de la prueba de las circunstancias eximentes y atenuantes de responsabilidad penal, necesariamente debe recaer en quien las invoca, en este caso, el imputado. Al Ministerio Público sólo le cabe actuar con objetividad en la determinación y prueba de las mismas, cuando el imputado las ha invocado.

El recurrente argumentó, además, que una eventual presunción de responsabilidad penal vulneraría el principio de inocencia, en los términos del artículo 4° del Código Procesal Penal; 1°, 5 inciso 2° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Si el propio Código Procesal Penal, en su artículo 4°, refiriéndose al principio de inocencia, señala que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”, tendríamos que desechar de plano la doctrina del profesor Tavolari, salvo se tratase de una “presunción de derecho” de responsabilidad penal, pues no admitiría prueba en contrario. La Ley de Drogas no impide, como hemos dicho, que el imputado pueda defenderse en un juicio oral presentando medios de prueba -sin que ello signifique desconocer su inocencia-, y es más, aun siendo condenado, el Código Procesal Penal tampoco le impide deducir recursos procesales para impugnar la sentencia. Esto es de la mayor importancia pues demuestra fehacientemente que el principio de inocencia jamás ha sido vulnerado, ni siquiera si consideráramos que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 contiene una presunción de responsabilidad, pues en el peor de los casos, lo

41 Dixon v. United States. US Supreme Court (sentencia de Certionary to the United States Court of Appeals for the fifth Circuit, de 22. 06. 2006), N° 05-7053. La opinión de la Corte en la redacción del Ministro Stevens. [visita 19.01.2007] <<http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/certGrants/2005/dixvuni>>

42 No obstante que no compartimos la opinión sustentada por los Ministros de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en el sentido de considerar que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 contiene una presunción legal de responsabilidad penal, sí debemos reconocer que es bastante clara, precisa y correcta al señalar en su Considerando 7° que “...la referida presunción, no vulnera la presunción de inocencia que beneficia a todo imputado, ya que la alteración del peso de la prueba que ella conlleva no impide a quien se ve afectada por ella la posibilidad de demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se deduce estos hechos”.

que la Constitución prohíbe en materia penal son las presunciones de derecho y no las simplemente legales o judiciales⁴³. El profesor Raúl Tavolari, durante todos los pasajes de su presentación, sólo sostuvo que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 sería inconstitucional pues contendría una “presunción legal” de responsabilidad penal. Sólo sería factible la tesis del recurrente si sostuviéramos que el artículo 4° de la Ley en cuestión contiene una “presunción de derecho” que no admite prueba en contrario, lo cual evidentemente no ocurre en el caso de marras, y por cierto tampoco lo invoca el recurrente desde el momento en que sostiene que lo que existiría aquí es una “inversión” en la carga de la prueba, lo cual supone necesariamente la aportación de “prueba” por parte del imputado para acreditar algo. ¿Tendría algún sentido probar algo respecto de lo cual la ley no admite prueba? La respuesta “no” es categórica y destruye totalmente la pretensión del recurrente, demostrando que jamás se ha visto conculcado el principio de inocencia.

Respecto de los dichos del profesor argentino Alberto Binder, quien señala que el legislador chileno presume traficante a quien posee una pequeña cantidad de droga, siendo una causal de justificación la tenencia de la misma para su uso o consumo personal y próximo en el tiempo, tampoco comparto esta autorizada opinión, pues en muchos pasajes de la Ley N° 20.000, la simple posesión de pequeñas cantidades de drogas queda subsumida en otras figuras legales, pudiendo ser, incluso una simple falta sancionada con multa (artículo 50).

Por último, señalar que el propio artículo 4° de la Ley N° 20.000, al disponer en su inciso final que “se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”, zanja cualquier duda acerca de la naturaleza de esta disposición. En efecto, lo que hace el legislador es calificar como tráfico una conducta que, unida a ciertas circunstancias y por razones de política criminal, debe entenderse como tal. Así como algunas legislaciones entienden que el robo por sorpresa no es tal sino hurto, el legislador chileno entiende por tráfico de pequeñas cantidades la “concurencia” de los verbos rectores que señala y la “no concurrencia” de ciertas circunstancias objetivas que pueden acreditarse sin necesidad que el imputado las pruebe, como ocurre con la “pureza de la droga”. Así las cosas, el legislador es quien ha establecido este criterio objetivo que se impone a cualquier versión subjetiva que pueda aportar el imputado en su defensa. Dicho en otros términos: si la sustancia estupefaciente o sicotrópica -aunque sea en pequeña cantidad- es de tal pureza que racionalmente haría pensar a un juez o a un fiscal que no estaba destinada al consumo personal exclusivo del imputado, no cabe sino concluir que éste la portaba, guardaba, poseía o transportaba para traficarla.

43 El artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de Chile, dispone que “...la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Luego, si el Ministerio Público ha sido capaz de acreditar fehacientemente todas estas circunstancias objetivas en la conducta y en el objeto del delito, sólo cabe al imputado defenderse invocando circunstancias eximentes de responsabilidad penal, ya sea las especiales que señala el propio artículo 4° o las descritas en el artículo 10 del Código Penal. Así las cosas, si el Ministerio Público no fuera capaz de acreditar que la “pequeña cantidad” de droga incautada era portada, poseída, guardada o transportada por el imputado, no tiene posibilidad alguna de acusar y menos el tribunal de condenar; y lo mismo ocurriría si, no obstante haber acreditado alguno de esos verbos rectores, el protocolo de análisis de la droga concluyera, por ejemplo, que la sustancia era de alta pureza, caso en el cual, para algunos intérpretes, podría deducirse racionalmente que esa pequeña cantidad de droga era para el uso exclusivo y personal próximo en el tiempo, reenviándonos la conducta eventualmente a una simple falta penal o, incluso, a la absolución si no se acreditaran los supuestos del artículo 50 de la Ley N° 20.000. Lo único que presume la ley es que, si el Ministerio Público acredita los elementos y circunstancias del artículo 4° de la Ley de Drogas, no es posible castigar con el artículo 3° ni con el artículo 50 de la referida ley. El Tribunal debe absolver al imputado, si el Ministerio Público no es capaz de acreditar en el juicio los elementos del tipo penal de microtráfico en la conducta del acusado, aun cuando éste no “abra la boca durante todo el juicio”.

El artículo 4° de la Ley N° 20.000 es, por tanto, absolutamente constitucional, pues no vulnera de modo alguno el principio de inocencia y, además, porque no contiene una “presunción de derecho” de responsabilidad penal, que es, por cierto, lo que prohíbe nuestro Código Político.

• Infracción a los artículos 1° inciso 1°; 5° inciso 2° y 19 N° 3 de la Constitución.

Habiendo demostrado que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 no infringe de modo alguno la Constitución formal, a continuación demostraré que tampoco lo hace desde un punto de vista material.

Respecto del artículo 1° del Código Político, el profesor Raúl Tavolari entiende que la dignidad y la libertad de las personas se ve conculcada por el artículo 4° de la Ley N° 20.000, desde el momento en que le exige a las personas probar su inocencia para no ser condenados. Damos por reproducidos los argumentos esgrimidos en el párrafo anterior respecto de este tema, que entendemos inocuo desde el momento en que se formula bajo la idea que se ha “invertido” la carga probatoria desde el Ministerio Público hacia el imputado. Hemos demostrado que el Ministerio Público mantiene la obligación de acreditar los hechos constitutivos del delito de microtráfico, y no es necesaria actividad probatoria alguna al imputado para acreditar su inocencia. Con este nuevo escenario, sólo cabe concluir que la dignidad y la libertad de las personas sigue tan intacta como siempre, pues aun tratándose del delito de microtráfico, todos los órganos del Estado deben considerar inocente al acusado -incluso al condenado-, hasta que una sentencia ejecutoriada fije definitivamente su culpabilidad.

Por otra parte, el recurrente argumenta que el contenido de todos los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, incorporados a la Constitución Material por expreso mandato de su artículo 5° inciso 2°, también permitiría llegar a la conclusión que se ha vulnerado su texto, pues todos los derechos incorporados a ella por los Tratados Internacionales, se entienden pertenecerle, dentro de los cuales está la “presunción de inocencia”⁴⁴.

Efectivamente son muchos los tratados y declaraciones internacionales que reconocen esta garantía⁴⁵, tal como ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969⁴⁶; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966⁴⁷; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789⁴⁸; Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948⁴⁹; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948⁵⁰; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981⁵¹; Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam, de 1990⁵²; entre otros.

Ninguna de todas estas disposiciones prohíbe que los legisladores puedan establecer “presunciones legales” de responsabilidad penal, sino que sólo exigen que sean consideradas inocentes las personas mientras no haya sido acreditada su culpabilidad conforme a la Ley. Si es el Estado -el legislador- quien elaboró el artículo 4° de la Ley N° 20.000, sólo cabe considerar que esta disposición es “formalmente” constitucional. Asimismo, desde el momento mismo en que el referido artículo no impone al acusado probar los hechos de la acusación fiscal, sólo cabe concluir que es “materialmente” constitucional.

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es muy fecunda en el reconocimiento y validez de las presunciones legales y judiciales

44 En su recurso el recurrente sólo menciona el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

45 Véanse en PACHECO GÓMEZ, Máximo: “Los Derechos Humanos. Documentos básicos”, 3 tomos, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2000.

46 El artículo 8.2 dispone que “toda persona inculpada de delito tienen derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

47 El artículo 14.2 dispone que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

48 El artículo 9° dispone que “Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

49 El artículo 11.1 dispone que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

50 El artículo 26 dispone que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.

51 El artículo 7.1 b) dispone que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída. Este derecho comprende: b) el derecho a la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad sea establecida por una jurisdicción competente”.

52 El artículo 19 e) dispone que “todo acusado es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad en un juicio justo con todas las garantías necesarias para su defensa”.

como mecanismo de validación probatoria,⁵³ asunto que la doctrina ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones⁵⁴.

Incluso, siendo extremos y analizando las presunciones como un simple silogismo jurídico, podríamos sostener que las “presunciones de derecho”, eventualmente podrían no vulnerar el principio de inocencia, si la parte perjudicada por ella pudiera destruir alguna(s) de las premisas en que la ha sostenido el legislador. Lo que la ley prohíbe en ellas es presentar prueba que busque destruir la conclusión del silogismo, pero nada impediría presentar pruebas para destruir las premisas en que se sustenta la acusación, caso en el cual ella nunca se habrá configurado.

53 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el “Caso Godínez Cruz”, de 20.01.1989, resolvió que “...la práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos. La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia...”. “...se entiende por presunción (para la Corte), en sentido genérico, considerar un hecho incierto y no demostrado como verdadero por la comprobación cierta de un hecho autónomo...”. “...en este último supuesto (presunciones judiciales), no sólo estas presunciones simples o inferencias, realizadas racionalmente, son absolutamente válidas sino que, además, son propias del sistema de la sana crítica”. “En cualquier procedimiento penal en el ámbito interno, por ejemplo, resulta difícil, si no imposible, demostrar directamente -ante la inexistencia de una confesión- todos y cada uno de los elementos de la imputación...”. Véanse, además, los siguientes fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Resolución de 03.07.2007, “Caso Carlos Nieto Palma y otros” (especialmente considerando 5° letra c); Resolución de 23.11.2004 “Caso Acevedo Jaramillo y otros” (especialmente el considerando N° 13); voto disidente del juez Sergio García Ramírez a la resolución dictada por la Corte el 30.11.2005, en el “Caso complejo Tatuapé, Brasil (especialmente considerando N° 14).

54 BOVINO, Alberto: “La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, publicado en: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos3/esp/artigo_bovino.htm>

COMENTARIO SOBRE EL ÉXTASIS

Lorena Rebolledo Latorre¹

Contenido: 1. Reseña histórica. 2. Elaboración. 3. Formas de presentación y vía de administración. 4. Valor comercial. 5. Muestreo y métodos de análisis. 6. Efectos en el organismo humano. 7. Regulación nacional e internacional. Bibliografía.

1. Reseña histórica

El MDMA (3,4 metilendioxitmetanfetamina) es un alucinógeno, conocido como éxtasis, Adán, droga del amor, paraíso del amor², polvo de estrellas, entre otros nombres.

Corresponde a una droga de diseño o sintética derivada de las anfetaminas.

Esta sustancia fue aislada en forma accidental por los laboratorios alemanes Merck en 1912, fue patentada en el año 1914 como un inhibidor del apetito, sin embargo, nunca fue comercializada. En la Década de los 50 se utilizó con fines experimentales.

Los primeros consumos ilegales se detectaron en los años 60 y 70 en el oeste de Estados Unidos, y en 1985 fue prohibida en ese país.

A partir de 1990, apareció mayormente en Europa.

“Aunque el MDMA originalmente se hizo popular en las escenas de los “raves”, fiestas que duran la noche entera, en la actualidad su uso se ha expandido a una gran diversidad de ambientes y de subgrupos demográficos³”.

Es preciso no confundir esta droga, con el denominado “éxtasis líquido” (GHB: ácido gammahidroxibutirato) consumido en Estados Unidos desde los años 70. Éste es un analgésico que produce, como el éxtasis, efectos desinhibidores y cuyo consumo puede conducir a estados de coma profundo, en dosis iguales o superiores a los 2,5 gramos.

2. Elaboración

Es una droga que se elabora principalmente en Europa por síntesis química en laboratorios clandestinos⁴, los cuales pueden ser instalados y desmontados en cualquier lugar sin grandes dificultades y costos relativamente bajos.

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

2 Se le ha dado esta denominación, por cuanto esta droga se utiliza como afrodisíaco.

3 www.drugabuse.gov/ResearchReports/Extasis/default.html

4 Se han constatado dos clases de laboratorios de producción de drogas sintéticas: 1) **Artesanales o Rudimentarios**, que son aquellos que producen droga sintética de baja

Tanto el material como los conocimientos necesarios para su producción son muy elementales, lo cual facilita su producción casi en cualquier lugar.

A este respecto, nos parece interesante citar un informe del Instituto Nacional de Toxicología de España que refiere lo siguiente: “Todas las anfetaminas de diseño son sustancias que proceden de variaciones en la molécula de anfetamina, más concretamente, *fenilisopropilaminas*. La sustitución en la molécula de anfetamina de un grupo metilo por un hidrógeno en el grupo amino produce una metanfetamina que tiene mayor actividad sobre el sistema nervioso central y alta potencialidad de abuso. Añadiendo uno o varios grupos o metilendioxi en el anillo fenólico se producen drogas alucinatorias con efectos similares a los de la mescalina, como en el caso del MDA. El MDMA se obtiene por la N-metilación del MDA. Estos derivados metoxi y/o metilendioxi de la anfetamina poseen propiedades comunes a las de las anfetaminas y a las de la droga alucinógena mescalina”.

3. Formas de presentación y vía de administración

El MDMA puede presentarse en forma de polvo cristalino⁶, cristalizada (se le denomina Cristal) o en forma de comprimidos o tabletas con distintas formas, tamaños o colores; ilustradas con dibujos.

La forma más usual de administración es la oral. Puede también fumarse o inyectarse.

Sus efectos se producen a las 1-2 horas de la ingesta, pudiéndose prolongar hasta 4 a 6 horas con dosis de 75 a 150 miligramos (dosis tóxica habitual).

Resulta relevante señalar que la falta de certeza del consumidor del MDMA respecto a la sustancia adquirida acarrea además otros peligros, como los producidos por una sobredosis, derivados más allá del incremento de la cantidad ingerida, sino de su calidad, pues si es administrada en estado más puro sus efectos pueden ser destructores.

El éxtasis es la más representativa de las drogas de síntesis, por ser la de mayor demanda. Al no tener control de calidad, su composición es variable. Un

calidad y en cantidades pequeñas. Son simples y con pocos medios, pueden localizarse en cualquier parte, incluso en una vivienda urbana, disimulados en cocinas. 2) **Industriales**, que se ubican en zonas aisladas y producen drogas de síntesis de calidad importante, y en gran cantidad. Tienen amplitud física y están bien equipados.

- 5 Sequeros Sazatornil, Fernando. “El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico”. Editorial La Ley. Madrid, España. 2000. Pág. 894 y 895.

El Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses es un órgano técnico adscrito al Ministerio de Justicia Español, cuya función es auxiliar a la administración de justicia y contribuir a la unidad de criterio científico y a la calidad de la pericia analítica, así como al desarrollo de las ciencias forenses.

- 6 Chile registra la primera incautación de **éxtasis en polvo**, 5 gramos, con fecha 6 de octubre de 2007. En este procedimiento además, se incautaron 77,5 pastillas de esta droga.

comprimido podría estar adulterado con talco, comprimidos antiparasitarios para perros e incluso con otras drogas como la mescalina, el LSD y otras anfetaminas.

4. Valor comercial⁷

En Chile, el valor unitario del comprimido de MDMA asciende aproximadamente a \$13.000. En Holanda, este valor desciende a \$2.500.

La diferencia de precio que se observa entre ambos países radica en que Chile no es un país productor de drogas de diseño, en cambio sí lo es Holanda, como otros países de Europa.

5. Muestreo y método de análisis

5.1 Toma de muestra

En nuestro país, el procedimiento para la toma de muestra de presuntas drogas tiene como base las Recomendaciones de las Naciones Unidas.

Este procedimiento, para sustancias contenidas en varios contenedores, visualmente semejantes y aparentemente con el mismo contenido es el siguiente:

- Si se trata de menos de 10 contenedores, deben obtenerse muestras de todos ellos.
- Si los contenedores son más de 10 y menos de 100, se deben elegir al azar 10.
- Si hay más de 100 contenedores, se debe elegir al azar un número de contenedores igual a la raíz cuadrada del número total de contenedores, redondeando el resultado por alto hasta el siguiente número entero.

Cuando en los diferentes contenedores se han identificado distintos tipos de sustancias, debe procederse con cada subgrupo de forma idéntica a la señalada anteriormente.

5.2 Método de análisis

En cuanto al método de análisis, cabe indicar que el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP)⁸, es el organismo que pericia las drogas incautadas en las

7 Información proporcionada por la Policía de Investigaciones de Chile en la Conferencia Internacional de Drogas Sintéticas y Desvío de Precursores, realizada en Santiago entre el 1 al 4 de octubre de 2007.

Por el alto costo de esta droga, en nuestro país, su consumo no se ha masificado.

8 El artículo 43 de la Ley N° 20.000 obliga a los servicios de salud a remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo de análisis químico de la sustancia incautada. No obstante ello, en virtud de la suscripción de un Convenio sobre análisis y destrucción de estupefacientes entre los servicios de salud y el Instituto de Salud Pública de Chile, este último asumió el análisis de todas las drogas, con excepción de la cannabis.

investigaciones por infracción a la Ley de Drogas, con excepción de la cannabis, que es analizada por los Servicios de Salud.

Tanto el ISP como los Servicios de Salud aplican la Norma Técnica General N° 7⁹ para la recepción, análisis, custodia y destrucción de la droga incautada.

Para la pericia del MDMA, el ISP ocupa “espectrofotometría ultravioleta (UV)” que corresponde a una metodología analítica que compara espectros conocidos de sustancias químicas con una muestra problema permitiendo identificarlas. En el caso de sustancias previamente identificadas y puras permite determinar su porcentaje de pureza en base a una serie de estándares de calibración.

6. Efectos en el organismo humano

El éxtasis es una droga psicodélica que aumenta la disponibilidad del neurotransmisor cerebral llamado serotonina, produciendo euforia y desinhibición¹⁰. También actúa sobre el hipotálamo, en cuanto a la regulación de la temperatura corporal, pues éste constituye un verdadero “termostato”.

Las personas que consumen esta droga pueden bailar sin parar, por lo que con el calor provocado por la intensa actividad física puede producirse una violenta deshidratación. Los riesgos aumentan si se consume con alcohol porque aumenta la diuresis. Asimismo, acrecienta el peligro de padecer problemas cardíacos desde arritmias hasta un infarto. Su uso puede llevar hasta a una insuficiencia renal aguda y accidentes cerebro-vasculares.

Se han detallado sensaciones táctiles de ligereza, flotación; sensaciones auditivas transitorias, y sensación de empatía.

Dentro de los efectos de su uso prolongado podemos mencionar pérdida de apetito, pérdida de memoria, fatiga, náuseas, ansiedad, hiperactividad, taquicardia, temblores, dilatación pupilar, sudoración excesiva, deshidratación y deterioro del organismo.

Además, síntomas psicóticos con dosis superiores a los 200 miligramos. Las dosis superiores a 500 miligramos son mortales.

Otras complicaciones de la sobredosis aguda se presentan mediante delirios, convulsiones, hemorragias cerebrales secundarias a una rápida elevación de la presión arterial, rigidez muscular, etc., llegando incluso en algunos casos a causar shock hipertérmico y fracaso multiorgánico.

7. Regulación Nacional e Internacional

En nuestra legislación, el MDMA está incluido en el artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias

9 Aprobada por Resolución exenta N°440, de 3 de abril de 1996.

10 Cuando estas sensaciones decaen, sobreviene agotamiento, fatiga, inquietud y depresión, estados que pueden durar varios días.

Sicotrópicas, calificada como una droga productora de dependencia, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública.

Esta droga fue sometida a fiscalización internacional en 1986, en virtud de su inclusión en la lista I del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, suscrito en Viena el 21 de febrero de 1971; es decir, esta sustancia es considerada de alto riesgo para la salud pública, y por consiguiente, se le aplican medidas de control más estrictas.

Bibliografía

Sequeros Sazatornil Fernando: El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico. Editorial La Ley. Madrid, España. 2000. Páginas 893-908.

Ganzenmüller, Frigola y Escudero. Delitos contra la Salud Pública (II). Editorial Bosch. Barcelona, España 1997. Páginas 235 a 238.

www.conacedrogas.cl/inicio/index.php, información extraída con fecha 9/11/07.

www.puc.cl/dge/salud/html/contenido/psicologica/extasis.htm, información extraída con fecha 9/11/07.

Instituto de Salud Pública de Chile. Protocolo de Análisis Químico (MDMA), Unidad de Sustancias Ilícitas.

Informes de la “Conferencia Internacional de Drogas Sintéticas y Desvío de Precursores”, realizada en Santiago, entre el 1 al 4 de octubre de 2007. Patrocinada por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO, estructura operativa del Ministerio del Interior de España) y la Policía de Investigaciones de Chile (PICH).

www.drugabuse.gov/ResearchReports/Extasis/default.html

ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO E INTERPRETACIÓN DEL TIPO PENAL

Andrés Salazar Cádiz¹

I.- Introducción

En el último tiempo, hemos podido apreciar distintas interpretaciones jurisprudenciales referentes al contenido del tipo penal denominado asociación ilícita, en especial, en lo referido al delito regulado en el artículo 16 de la Ley N° 20.000.

Nuestra pretensión, en las breves páginas que siguen, será distinguir el ámbito de protección de esta norma de una serie de conceptos extrajurídicos, que estando presentes en algunas decisiones jurisprudenciales recientes, entendemos que no se encuentran recogidos en el ordenamiento jurídico positivo nacional, cuestión que puede afectar la aplicación concreta del tipo penal en comento.

Para lo anterior, revisaremos aspectos dogmáticos y jurisprudenciales, nacionales y comparados, además de incorporar al análisis una perspectiva criminológica, que estimamos necesaria de introducir al debate jurídico.

II.- Asociación Ilícita y Conceptos Similares

En el presente, hemos sido testigos del cambio que el fenómeno denominado “globalización” ha traído en distintos ámbitos de la sociedad, percibiendo su influencia tanto en materia económica, como sociológica e incluso jurídica. Respecto de la “globalización” y de la forma en que este suceso ha sido incorporado al ámbito jurídico y en particular al Derecho Penal, se ha escrito mucho. Sin embargo, para efectos del presente trabajo nos es imprescindible remitirnos una vez más a él para introducirnos en ciertos conceptos que son necesarios de revisar a fin de establecer ciertos puntos de partida.

El desarrollo de tecnologías que permiten una mejor comunicación y una mayor conectividad entre los habitantes del planeta, sea cual sea el punto donde éstos se ubiquen, así como la búsqueda de estructuras jurídicas flexibles que faciliten el intercambio de bienes y servicios entre los países, ha traído de la mano, no sólo un desarrollo sin precedentes históricos de la economía mundial, sino además nuevas y complejas formas de cometer ilícitos.

De esta manera se ha hablado de la transnacionalización del delito y, en particular, se ha puesto en boga el concepto de “crimen organizado”.

1 Abogado asesor de la Unidad de Asesoría Jurídica, Fiscalía Regional Metropolitana Sur, Ministerio Público.

El crimen organizado que suscita la atención de la comunidad internacional, como moderno paradigma anómico, se caracteriza por la creación de agrupaciones de personas que conforman estructuras orgánicas que, aprovechando las ventajosas condiciones otorgadas por la apertura mundial, y teniendo en vista una clara finalidad económica, realizan delitos de gran trascendencia que afectan a la vez a múltiples países. Sin embargo, no todo delito internacional merece ser incorporado al fenómeno en estudio². Ello sin perjuicio que, como veremos más adelante, es muy común que el delito de asociación ilícita esté marcado por la transnacionalidad de la actividad delictiva.

A pesar que se han podido identificar ciertos aspectos característicos de esta forma de criminalidad, aún no existe consenso en un concepto por parte de la comunidad jurídica³. Así por ejemplo, en uno de los primeros intentos aunados por definirlo, Naciones Unidas en el año 1998, a través de la resolución 53/111, señaló que la criminalidad organizada se definía por su carácter grupal, estructura, organización, permanencia temporal, finalidad de cometer delitos graves, obtención directa o indirecta de provecho financiero o económico y actuación transnacional.

Pero, además de la noción de “crimen organizado”, nos interesa traer a colación otro concepto que permanece presente (aun cuando lo sea de forma inconsciente) en toda aproximación que se realiza al tema de las asociaciones ilícitas, y éste es el concepto de “mafia”.

La mafia es la manifestación más grave de las organizaciones criminales, y podemos señalar que ellas “*representan el estadio superior del crimen organizado*”⁴. Las organizaciones mafiosas se caracterizan por actuar bajo la lógica del disimulo, discreción e invisibilidad como forma esencial de mantener su impunidad. Así,

2 Al respecto, el Procurador Nacional Antimafia italiano Piero Luigi Vigna ha señalado que debe distinguirse claramente entre los conceptos de “transnazionalità” e “internazionalità” ya que “el carácter internacional sólo hace referencia que un grupo realiza delitos que van más allá de la frontera de un Estado. Sin embargo, la noción de “transnacionalidad” se refiere a la cooperación entre grupos criminales de distintos países con el fin de gestionar alguna actividad lucrativa”, citado por Guillermo Yacobucci en el artículo titulado “Los Tipos Penales Relacionados con el Crimen Organizado” inserto en “El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización”, página 116, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2005.

3 En este sentido, el profesor italiano Andrea Castaldo ha manifestado en referencia al crimen organizado que “no existe una única definición del concepto, pues oscila entre aspectos sociológicos y perfiles normativos de descripción que modifican el concepto existente. En resumen la criminalidad organizada puede ser vista como una organización de personas con la finalidad de cometer delitos de elevada desvaloración social y claro contenido económico”. “Una Introducción al Problema” en “El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización”, página 271, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2005.

4 Jean François Gayraud, “El G9 de las Mafias en el Mundo”, página 18. Tendencias Editores, 2007.

en su funcionamiento, la mafia busca la clandestinidad, introduciéndose en las estructuras estatales, ocultándose, de manera tal de pasar desapercibida ante los aparatos encargados del control social⁵. Por ello, una de sus manifestaciones más habituales es el recurso a la corrupción como medio de adquirir influencia en la toma de decisiones trascendentes de las autoridades de un país para beneficio de sus intereses.

En razón de lo anterior, algunos autores han planteado que las grandes organizaciones colombianas de tráfico de drogas que existieron en los años ochenta no pueden ser calificadas de mafias, ya que su forma de actuación lejos de ser disimulada, era altamente llamativa⁶.

En resumen, dentro del fenómeno denominado “crimen organizado” podemos encontrar distintas manifestaciones, que en razón de su heterogeneidad, explican lo dificultoso que se ha tornado arribar a un concepto común. Asimismo, y en relación con lo que podremos ver en el próximo acápite, creemos que podemos empezar a apreciar en lo revisado ciertas diferencias con el concepto jurídico penal del delito de “asociación ilícita”.

III.- La Asociación Ilícita según la doctrina y jurisprudencia nacional

Para determinar el objeto de la prohibición residente en el tipo consagrado en el art. 16 de la Ley de Drogas, estimamos necesario recurrir tanto a la letra de la Ley y a su historia fidedigna, como a la dogmática y jurisprudencia existente en relación con el delito contemplado en el artículo 292 del Código Penal.

En primer lugar, consideramos relevante para efectos hermenéuticos la presencia en el tipo penal del verbo rector “asociar” y del verbo complementario “organizar”, sumando a una interpretación sistemática de aquella norma a los artículos 293 y 294 del Código Penal (o en su caso, con los números 1 y 2 del artículo 16 de la Ley de Drogas) que sancionan con una distinta pena al jefe y/o financista y a los demás partícipes del delito. Tales antecedentes literales nos parecen indicar que el tipo necesita de la unión de dos o más personas que con una voluntad común (asociarse) y dotados de una organización (segundo verbo) jerárquica (de donde emana la diferencia en las penas a imponer a los sujetos activos), teniendo por finalidad la comisión de determinados delitos o crímenes (en la especie, el tráfico de drogas).

5 En este orden de ideas, desde el punto de vista criminológico podemos apreciar algunas diferencias entre una asociación ilícita mafiosa y otra, por ejemplo, de corte terrorista: En primer lugar, mientras los objetivos de una agrupación terrorista se identifican con el logro del poder o el triunfo de una idea, las mafias se caracterizan por la búsqueda del lucro; por otra parte, desde la perspectiva de su funcionamiento, si bien ambas organizaciones crecen en la clandestinidad, por su esencia la agrupación terrorista requiere manifestarse públicamente (aun cuando sea cada cierto tiempo) con miras a poner de relieve sus reivindicaciones o publicitar su propaganda doctrinaria; por el contrario, la entidad mafiosa, pretende pasar desapercibida incrustándose en los distintos ámbitos de la sociedad.

6 Véase Jean François Gayraud, Op. Cit.

De manera coincidente, la historia del artículo 292 nos revela que el delito de que se trata siempre tuvo en vista el castigo de agrupaciones de personas, más o menos estables, que organizadas jerárquicamente, tienen por finalidad la comisión de delitos. Tal sentido es posible encontrar en las actas de la comisión redactora, específicamente, aquellas referidas a la sesión número 157, donde se dejó expresa constancia que *“la mente de este artículo es castigar a los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las penas asignadas al delito en el grado que determinan las reglas del Libro Primero”*.

Subsecuentemente debemos acudir a la doctrina nacional. En este punto, huelga invocar la opinión del profesor Etcheberry quien señala que *“la asociación ilícita es un grupo de carácter más o menos permanente y jerarquizado...”* donde *“no se precisa de personas necesarias para constituir asociación; en rigor bastaría con dos”*⁷.

Por su parte, Francisco Grisolia define este delito como *“un conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos. El delito se consuma por el solo hecho de organizarse donde fluye que se trata de un delito de mera actividad, de peligro abstracto, plurisubjetivo y pluriofensivo”*⁸.

Jean Pierre Matus, siguiendo al profesor Politoff, indica que la asociación ilícita (para el narcotráfico) requiere *“una organización con cierta estructura jerárquica en los participantes del delito, con un carácter más permanente”* agregando que *“los partícipes deben haber constituido un aparato de colaboración estructurada, con jerarquía interna, a diferencia de la conspiración, en la cual los sujetos que han adoptado la resolución de cometer un delito no han puesto en obra los actos materiales necesarios para llevar a cabo su propósito”*⁹.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, ésta desde antiguo se ha referido a los elementos que deben estar presentes a la hora de configurar el tipo de que se trata.

Así, la Corte de Apelaciones de Valdivia en el año 1917 expresó que: *“... según lo dispuesto en el artículo 292 del Código Penal, y la historia fidedigna del establecimiento del mismo, para que exista el delito de asociación ilícita es necesario que se forme una sociedad cuyos miembros constituyan un cuerpo organizado, con sus jefes y reglas propias, con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad”*.¹⁰

7 Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, Tomo IV, página 317. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

8 Grisolia, Francisco. “El Delito de Asociación Ilícita” en Revista Chilena de Derecho, Vol. 31 N° 1, Págs. 75-88, año 2004.

9 Matus, Jean Pierre. “Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes” en “Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, página 213, Editorial Lexis Nexis, 2005.

10 Citado por Etcheberry, Alfredo en “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, página 453. Santiago, 1987.

En este punto es de interés revisar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 3 de septiembre de 2004, la cual, al tratar los elementos que componen el delito contemplado antiguamente en el artículo 22 de la Ley 19.366, señaló que *“... en la especie concurren plenamente los requisitos que permiten configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico ilegal de drogas, puesto que ellos dan cuenta de la existencia de un conjunción de voluntades que se organizaron en torno a un fin común de cometer delitos contemplados en la ley N° 19.366, dotada de una estructura interna y de cierta permanencia y estabilidad en el tiempo, en la cual sus integrantes cumplían funciones distintas, precisas y determinadas, convergentes hacia un fin común y compartido por todos sus miembros, consistente en el tráfico ilícito de estupefacientes”¹¹”.*

IV.- Una breve revisión de la reciente jurisprudencia nacional

Revisaremos algunos fallos recientes de nuestros tribunales, los cuales dan cuenta de la tendencia a la cual nos hemos referido.

a) En relación con los elementos que pertenecen al tipo penal

En este aspecto, por ejemplo, el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC 0500322293-6, RIT 19-2007, de tres de mayo del 2007, al emitir sentencia en el conocido caso de “los Cara de pelota” señaló en su considerando decimoquinto y en relación con los artículos 292 del Código Penal y 16 de la ley de drogas que *“... de la doctrina y la jurisprudencia, podemos obtener los elementos que se requieren para estimar como configurado el referido tipo penal. Estos elementos estructurales del tipo son: 1° Pluralidad de personas (...), 2° Un centro de poder, 3° Distintos niveles jerárquicos, 4° los miembros tienen diversas tareas o misiones compartimentadas, 5° Sometimiento a una férrea disciplina, 6° Intercambio de sus miembros, 7° Aplicación de tecnología e implementación logística, 8° Apariencia de legalidad en algunas actividades o simplemente la realización de una actividad francamente clandestina, 9° Una o varias finalidades, 10° Relativa independencia de los miembros...”*.

Por su parte, el Segundo Tribunal Oral de Santiago al fallar, con fecha 18 de agosto de 2008, el también renombrado caso “Pilar del Norte”, manifestó (entre otros argumentos) para fundar su decisión, dividida, absolutoria que *“...estos sentenciadores estiman que tampoco se acreditó otro requisito de la asociación ilícita como lo es la corrupción de organismos públicos o utilización de redes de protección, ya sea a nivel de gente armada o de testaferros que permitan disimular las actividades ilícitas, obteniendo influencias o ganancias intangibles que sirven de protección a los miembros de una organización criminal”¹²”.*

11 Considerando Tercero de Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 3 de septiembre de 2004, Rol de Ingreso N° 12.188-2004, ratificada por la Corte Suprema con fecha 20 de enero de 2005 en autos Rol N° 4.512-04.

12 Sentencia del 4° Tribunal Oral de Santiago de fecha 18 de agosto de 2008, causa RUC 0500683346-4, RIT 51-2008, considerando duodécimo.

De lo visto en estos pronunciamientos judiciales, se percibe una incipiente tendencia a incorporar elementos hasta ahora ajenos a la interpretación del delito en comento, acudiendo a criterios extraños al Derecho Penal de raigambre más bien criminológica. Sobre este punto volveremos más adelante.

b) En relación con el bien jurídico en juego

Del mismo modo, llama la atención la citada sentencia del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en cuanto a la determinación del objeto jurídico que a juicio de los sentenciadores tendría la asociación delictual.

Para aquel Tribunal, la asociación ilícita debe tener una entidad tal que ponga en juego al Estado, indicando *“que analizadas las probanzas rendidas, la mayoría de este Tribunal estima que con el desarrollo de las actividades de los acusados faltó un elemento indispensable del ilícito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, cual es la afectación del bien jurídico protegido de esta figura punible, esto es, el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución política y jurídica; comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución –la asociación criminal– con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político”*.

Respecto a este punto podemos señalar que el pronunciamiento parece identificar el bien jurídico protegido por la norma del artículo 16 de la Ley 20.000, con la autotutela del Estado. No obstante, esta postura es la que menos acogida ha recibido en la jurisprudencia, en la doctrina nacional y comparada.

En este sentido, cabe hacer algunas prevenciones que merece la postura esbozada. En primer lugar, de la lectura de los artículos 16 de la Ley 20.000 y 292 del Código Penal podemos observar que la finalidad de los coasociados no es poner en jaque al Estado como organización básica y fundamental de la sociedad, sino que su meta parece ser la comisión de un número de delitos. De esta manera el profesor Fuensalida ha señalado con razón que *“del contexto del art. 292 con el siguiente, se desprende la necesidad de que el objeto de la asociación sea un crimen o un simple delito...”*; coincide al respecto Labatut al expresar que *“la terminología que emplea (el Código) es en realidad tan amplia que debemos entender que merece la calificación de ilícita toda asociación cuyos fines sean la perpetración de hechos calificados de delitos por leyes”*¹³.

En segundo lugar, exigir para la aplicación del tipo penal en análisis la existencia de un “Estado dentro del Estado” requeriría, en sentido estricto, acudiendo a la teoría política, sancionar sólo a entidades capaces de reunir los elementos de aquella institución, a saber: población, territorio, poder y finalidad (bien común), cuestión que, además de parecer una exuberancia, creemos que se aleja del ámbito de protección de la norma jurídico-penal.

Para finalizar este punto, es precisamente el profesor Guzmán Dálbora quien ha realizado una abierta crítica a esta doctrina señalando (entre otros aspectos)

13 Ambos autores citados por Grisolia Francisco, Op. Cit, pág. 87.

que *“apenas se medite en la posibilidad de una asociación criminal compuesta por dos personas... con el objeto de cometer vulgares hurtos o estafas, que ni por asomo desafía al Estado así como tampoco lo niega más allá del plano de un ejercicio dialéctico –una abstracción lógica, en suma–, se advertirá que el mencionado desafío no existe, así en la realidad empírica como en el plano de los valores”¹⁴*.

Muy por el contrario, la doctrina mayoritaria señala que la asociación ilícita protege la tranquilidad pública o que se trata de un delito *pluriofensivo* donde se afectan el orden público (tranquilidad) y aquellos bienes protegidos por los delitos objeto del programa criminal.

En este sentido, por ejemplo, la doctrina alemana dominante considera que este delito, contemplado en el parágrafo 129 del StGB, *“tiende a proteger la seguridad y el orden públicos, en particular bajo el aspecto de la paz pública”¹⁵*.

Por lo anterior, concordamos con la opinión manifestada por Ernesto Olivares en el sentido que nos encontramos en presencia de un delito *pluriofensivo* por cuanto el delito de asociación ilícita intenta dar protección tanto a la *“seguridad pública”* como a los *bienes jurídicos de los delitos que constituyen el programa criminal”¹⁶*.

VI.- Diferencias a la vista: Crimen Organizado vs. Asociación ilícita

En atención a lo expuesto podemos considerar múltiples diferencias entre las nociones en estudio.

En primer lugar, cabe hacer referencia a un criterio histórico, en 1874 los redactores del Código Penal chileno no tuvieron presente ni el fenómeno de la globalización, ni la noción de crimen organizado, más aún pensando que en aquella época la realidad de nuestra sociedad era bastante más atomizada de lo que es ahora.

Por ello, concordamos plenamente con Olivares cuando afirma *“de manera tajante... que el término crimen organizado u organización criminal no es coincidente con el del delito de asociación ilícita”*, agregando que *“...en este sentido, algunos autores han sostenido que la primera expresión “es hueca”, o que es “una noción genérica que, en definitiva, puede referirse a casi cualquier actividad criminal, siempre que sea planificada y realizada por varias personas” y aun más, se ha aludido al crimen*

14 Guzmán Dálbora, José Luis. “Estudios y Defensas Penales”, páginas 18 y 19. 1ª Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2005.

15 Ziffer, Patricia. “El Delito de Asociación Ilícita”, página 37. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 2005.

16 Olivares Rodríguez, Ernesto. “Aproximación al delito de asociación ilícita en el Código Penal Chileno”. Tesis de grado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Página 46, abril de 2007.

*organizado únicamente como “un modo de comisión de delitos” y no como un tipo penal en sentido estricto*¹⁷.

Asimismo, coincidimos también con el profesor argentino Guillermo Jacobucci, quien opina que *“no toda asociación ilícita o criminal merecerá la denominación técnica de “crimen organizado”... aun cuando, “en cuanto fenómeno de tipo asociativo, la criminalidad organizada tiene puntos en común con la asociación ilícita”*¹⁸.

Finalmente, la gran diferencia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico radica en que un concepto es de *lege lata* y otro de *lege ferenda*; uno, la asociación ilícita, forma parte de nuestro sistema positivo con todo el vigor propio que impone la ley tanto a los habitantes de la República como a los órganos del Estado, y el otro (crimen organizado) no pasa de ser una noción ilustrativa.

En este sentido, parece importante destacar que algunos países han optado por constituir tipos penales autónomos que permitan asir elementos que se han considerado característicos de esta especie de criminalidad, otorgándole a aquellos una pena acorde con su mayor dañosidad social.

A modo de ejemplo, la legislación italiana prevé en su Código Penal un tipo denominado *“Associazione per delinquere”* en su artículo 416 y otra hipótesis distinta llamada *“Associazione de tipo mafioso”* en su artículo 416 bis. La primera de ellas describe una hipótesis abstracta de forma similar a nuestro artículo 292 del Código Penal, mientras que la segunda exige como elementos del tipo la utilización de la fuerza e intimidación, así como las condiciones de sometimiento y de omertá (ley de silencio).

La opción adoptada por el legislador italiano, da cuenta que en su caso y en atención a su contexto, existió la necesidad de insertar dentro de su ordenamiento positivo, de manera expresa, los elementos que distinguen a esta forma de organización de las representaciones clásicas de la agrupación criminal.

VII.- Consideraciones finales

Para culminar, quisiéramos realizar algunos alcances que estimamos pertinentes en pos de aclarar el objeto de la exposición realizada.

Lo planteado en las páginas precedentes no tiene por finalidad defender una posición conservadora de lo que hasta ahora la doctrina y la jurisprudencia han entendido por asociación ilícita, buscando petrificar su concepto. Tal planteamiento resultaría no sólo anacrónico sino además ilógico e ilusorio, de momento que la propia inflexibilidad de la institución en análisis la llevaría a la no adaptación o inadecuación a formas modernas de comisión, cuestión que traería el riesgo de

17 Olivares Rodríguez, Ernesto. Op. Cit. Página 6, donde el autor cita en apoyo las opiniones de autores como Eugenio Zaffaroni y Gaetano Insolera.

18 Jacobucci Guillermo, “Los Tipos Penales Relacionados con el Crimen Organizado”, inserto en “El Crimen Organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización”. Página 75, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2005.

la pérdida de vigencia de la norma (lo que como hemos visto parece muy lejano de la realidad). Tal posición no es la que aquí se postula.

De lo que se trata es de llamar la atención en torno al rol que juega el principio de legalidad en la interpretación de los tipos penales, en cuanto a la importancia que tiene la referencia al tenor literal en la labor hermenéutica o, como señala Silva Sánchez, “a la asignación de sentido sobre la base de reglas lingüísticas (...) como límite a las demás operaciones interpretativas”, cuestión que, como sabemos, se asocia fuertemente en Derecho Penal a “consideraciones de seguridad jurídica y legitimidad democrática”¹⁹.

Pero lo anterior, entendemos que no obsta a que, en la labor interpretativa, se recurra a ciertas características concretas que posea un determinado colectivo criminal, que si bien no constituyen elementos del tipo penal (en el sentido propio) son de utilidad para incardinar su organización en la hipótesis prevista por el delito de asociación ilícita. En este sentido, creemos que en la determinación de lo que es una asociación ilícita el juez puede ponderar dentro de sus argumentos que, en el caso concreto, por ejemplo, ha existido corrupción de funcionarios públicos, o la constatación que al interior de la misma operan “leyes de silencio”. Efectivamente, estas circunstancias pueden servir de apoyo al sentenciador para determinar que la agrupación de que se trata no posee el mismo disvalor que la simple coautoría, sino que el injusto que dimana de ella es propio del delito contemplado en los artículos 292 del Código Penal o del artículo 16 de la Ley de Drogas.

Entendiendo de esta forma la interpretación del delito en análisis, podemos acudir legítimamente a ciertas características del fenómeno denominado “crimen organizado” para auxilio de aquella labor, sin que su ausencia determine su inaplicabilidad, ya que como se ha dicho, estas características no pueden, ni deben, ser elevadas a la categoría de “elementos del tipo”. Es justamente por lo referido, que el recurso a estos elementos no debe ser considerado vinculante para todos los casos o como requisito sine qua non para la procedencia de la figura delictiva, pero sí, a estas alturas, como indiciario de la existencia del delito de asociación ilícita, cuando concurren.

Finalmente, huelga manifestar que en el presente texto tampoco abogamos por la mantención estricta de la manera de entender aquellos elementos que sí son parte del tipo penal o aquellos que la jurisprudencia ha incorporado en su doctrina. Como sabemos, las manifestaciones delictivas de la actualidad no son las mismas que aquellas que tenían lugar en la época en que entró en vigencia nuestro Código Penal y la asociación ilícita no escapa de aquello.

Así como hoy en día el concepto de “empresa” no es el mismo utilizado en el siglo XIX, resultando básico para la actividad empresarial flexibilizar sus

19 Silva Sánchez, Jesús María. “Sobre la “Interpretación” Teleológica en Derecho Penal, artículo incorporado en Estudios de Filosofía del Derecho Penal”, página 368, Editado por la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

estructuras y organización, lo mismo sucede con las asociaciones ilícitas. Esto debe ser tenido en cuenta por el intérprete de la norma penal.

En este orden de ideas, cabe destacar el hecho de que tanto la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia como la doctrina hayan utilizado en sus definiciones de “asociación ilícita” términos tendientes a relativizar la importancia de ciertos elementos o características para adecuarlas al caso concreto. De esta manera es usual que se acuda a frases como “*cierta estabilidad y permanencia*”²⁰ o una estructura “más o menos” jerarquizada.

Por ello, estimamos necesario mantener una interpretación abierta de los elementos del tipo penal en comento a las manifestaciones reales de la actividad humana, teniendo en cuenta el contexto social en que se desarrollan, cuestión que, en definitiva, otorga el significado y sentido a dicha expresión comunitaria de los involucrados y, de esta manera, tenerlo presente para la correcta subsunción de una actividad organizada en el injusto material del delito de asociación ilícita.

VIII.- Conclusiones

Como hemos visto en las líneas precedentes, podemos observar diferencias entre lo exigido normativamente por los tipos penales establecidos en los artículos 16 de la Ley N° 20.000 y artículo 292 del Código Penal y algunas conductas que no constituyen, en el sentido típico, elementos de la asociación ilícita, proviniendo éstas de concepciones extrapenales, no receptadas por nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, podemos expresar categóricamente que ni la corrupción de funcionarios públicos, ni la producción de efectos transnacionales, ni la presencia de leyes de “omertà” son requeridas por los tipos penales en análisis para su consumación y consecuente sanción.

20 La relativización es importante sobre todo en lo que dice relación con las características “permanencia” y “estabilidad”, que a nuestro juicio no se desprenden de la literalidad del tipo penal (sí en la historia de la ley), y que sin embargo han servido de apoyo a la jurisprudencia para distanciar la asociación criminal de la coautoría. Así lo entendió por ejemplo la Sentencia de 7 de julio de 2005 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 5161-2003, al señalar en su considerando octavo que *“la permanencia en el tiempo exigible a este tipo de asociaciones para llevar a cabo tal actividad delictual puede referirse a muchas operaciones delictuales o a una sola, siendo indiferente la reiteración, porque obviamente basta el tiempo que sea necesario para llevar a cabo una de ellas, atendidas las múltiples actividades que exige la naturaleza del delito para su ejecución”*.

Lo mismo ocurre respecto de la jerarquía, ya que la complejidad de las relaciones al interior de una agrupación, la clandestinidad de que se ha dotado para proteger a sus jefes o la necesaria flexibilidad que deben darse para administrar sus recursos y conseguir sus fines es relativa.

Ello no obsta a que en su labor interpretativa, los jueces tengan presente estas características para apoyar sus conclusiones en orden a la existencia de una asociación ilícita.

Unas y otras conductas pueden darse en la práctica al interior de un grupo delictivo organizado, pero ello, de ninguna manera se desprende como elemento típico. Sostener lo contrario, podría determinar una contradicción con el principio de legalidad, y particularmente con el principio de división de funciones del Estado, en virtud del cual, a los tribunales de justicia les cabe el rol de interpretar y aplicar la ley, mas no generarla o modificarla, incorporando exigencias a los tipos penales que no fueron previstas por el legislador.

En el mismo orden de ideas, creemos que otra manifestación de la tentación de incorporar al debate jurídico elementos del concepto “crimen organizado” lo constituye la identificación del bien jurídico en ciernes con la autotutela del Estado, en circunstancias que existen muy pocas entidades ilícitas que podrían poner en entredicho el imperio de la organización política fundamental de la sociedad.

Por ello, estimamos que de constatare una agrupación de personas dotadas de una organización tal que sea capaz de cometer una y otra vez delitos, relacionados con la circulación de drogas prohibidas, y existiendo la voluntad de permanencia o perseverancia en el ilícito fin, nada más necesitamos para verificar la existencia de una asociación ilícita en los términos exigidos por el artículo 16 de la Ley de Drogas.

Finalmente, nada obsta a que las agrupaciones que pueden ser incardinadas en la noción de crimen organizado, desde un punto de vista político criminal y ante la ausencia de tipos específicamente creados al efecto, sean perseguibles utilizando la herramienta penal de la asociación ilícita, pero ello no implica que esa opción signifique desnaturalizar el verdadero sentido y alcance que posee el delito objeto de análisis.

COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y A NO AUTOINCRIMINARSE

DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

*Carolina Zavidich Diomedi*¹

Nos parece interesante exponer y comentar un fallo emanado de la jurisprudencia española -Tribunal Constitucional-, que aborda un Recurso de Amparo interpuesto en contra de una condena por los delitos de tráfico de drogas y contrabando, motivada por una supuesta vulneración de los derechos de guardar silencio, a no autoincriminarse y a la presunción de inocencia². Consideramos esta sentencia de especial interés porque recoge los elementos por los cuales la prueba indiciaria puede considerarse por el sentenciador como elemento suficiente para adquirir convicción, a fin de condenar o absolver a una persona de un determinado delito.

Hechos:

Los hechos que motivaron el Recurso de Amparo interpuesto por la condenada se verificaron con fecha 29 de enero de 1996, al ser detectado en Correos del Aeropuerto de Barajas, Madrid, un paquete sospechoso, al cual se le realizó una prueba de campo que arrojó positivo a la presencia de cocaína. Con tales antecedentes, se procedió, con la debida autorización, a realizar la entrega controlada del paquete, con la posterior detención de la condenada. Luego de ello, la acusada se negó a firmar el Acta de Apertura de la correspondencia, como asimismo, se negó a declarar ante el Servicio de Aduanas.

Circunstancias:

Con tales circunstancias, el Tribunal de Instancia condenó a la referida mujer como autora de delito contra la salud pública en concurso con un delito de contrabando, usando como fundamento de convicción para la sanción a título de estos ilícitos, que la condenada sabía de la existencia y contenido del paquete que le había sido enviado por vía postal, conforme a la siguiente prueba indiciaria:

1. La negativa de la acusada a firmar el Acta de Apertura de la correspondencia, como así la de prestar declaración ante la Policía de la Guardia Civil,

1 Abogada asesora de la Unidad de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Jurisprudencia Constitucional, 202/2000, aprobada 24/7/2000, Publicación BOE 20000824, BOE N° 203, Sala Segunda, Registro 2409/1997.
http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2000-0202

pues tales reacciones son contrarias a las comunes de una persona que se ve involucrada en contra de su voluntad en un tráfico de drogas.

2. Que en el remitente del paquete postal se escribiera el apellido de la acusada de la forma como fonéticamente suena y no como conforme a la gramática que se debiera, además que hace difícil creer que por la cantidad encontrada y el valor potencial de la sustancia ilícita, el remitente hubiera enviado el paquete a una persona al azar; todo lo cual hace presumir la existencia de un contacto verbal entre la acusada y el remitente respecto a dicha sustancia.

Alegaciones de la recurrente y razonamiento del Tribunal:

La condenada recurrente de amparo; previamente interpuso Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo Español, alegando la vulneración del derecho a presunción de inocencia y la incriminación o penalización del ejercicio de derechos constitucionales, por cuanto tales circunstancias no pueden ser un indicio de culpabilidad suficiente para fallar en contra del principio de inocencia. No obstante las argumentaciones expuestas, el Tribunal Supremo Español descartó el recurso incoado, por cuanto los indicios tomados en consideración por el Tribunal de Instancia, ante la negativa a declarar por parte de la condenada, son totalmente idóneos para fundamentar tal decisión; en tal sentido, la sentencia en comentario *“...ha de reputarse lógica, coherente, racional y ajustada a las normas de la experiencia..., como asimismo, ... el tribunal de instancia no ha criminalizado el ejercicio de derechos fundamentales, limitándose a valorar la actitud del recurrente consistente en la negativa tanto a firmar el acta de la diligencia de apertura de correspondencia en cuestión como a prestar declaración ante los miembros de la Guardia Civil...”*³.

A pesar de los reveses sufridos, la defensa de la condenada decidió insistir en su tesis ante la última instancia posible en el ordenamiento jurídico español. Por ello, a través del recurso de amparo que es objeto de nuestro comentario, elevó el asunto al conocimiento del Tribunal Constitucional español.

En su pronunciamiento, señala esta magistratura, que los argumentos presentados y expuestos por la recurrente, fueron realizados en base a manifestaciones de oratoria pura, sin un desarrollo o análisis de los mismos.

De esta forma el Tribunal comienza a reflexionar respecto al derecho de guardar silencio y a no autoincriminarse como garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico, contextualizando que estos derechos se ejercen particularmente mediante la inactividad o pasividad del sujeto, el que no puede ser forzado bajo ninguna circunstancia a declarar ni a autoculparse; y que en el caso alegado, se pudo establecer fehacientemente que en todo momento se respetó a la condenada los derechos que pretende lesionados.

Para esta magistratura, los derechos invocados tienen sólo un alcance restringido: **a que no se obligue al acusado, bajo ninguna circunstancia coercitiva**

3 Jurisprudencia citada, N°2) de los Antecedentes.

ni de presión, a declarar respecto del hecho que se le imputa. De este modo, la negativa a declarar sí puede ser valorada, en cuanto ésta exista o sea parte de un conjunto de pruebas que posea el tribunal, y en las que pueda ponderar el mismo tribunal, que aquel silencio no es sólo el ejercicio de un derecho garantizado, sino que además **“... un acto dirigido a oponerse o, a lo menos, a dificultar el descubrimiento de la verdad material, que toda investigación y enjuiciamiento criminal persigue...”**.⁴

Por otra parte, respecto al principio de inocencia invocado por la recurrente, el Tribunal dejó en claro que no sólo importó el silencio de la imputada en la generación de convicción inculpativa, ya que los sentenciadores señalaron que para arribar a dicha conclusión fueron ponderadas varias circunstancias fácticas que constituyeron prueba indiciaria suficiente. A saber, se consideró la circunstancia que el envío postal fue dirigido por el remitente directamente a nombre de la condenada, que su apellido estaba escrito de la manera que fonéticamente suena, que no hubo sorpresa por parte de la condenada al recibir dicho paquete, que se negó a firmar la respectiva acta de apertura de correspondencia; circunstancias todas que hicieron razonar al Tribunal que la condenada sabía de la existencia de dicho paquete, más aún cuando el contenido del mismo, la cantidad de 247,3 gramos de cocaína, hacen ultimar, en base a su valor económico, que no fue dirigido por el remitente a una persona al azar, o sin un conocimiento y acuerdo previo entre ambas.

Conclusiones de la prueba indiciaria:

Finalmente, a modo de conclusión, la sentencia indica que de haber pruebas que incriminen al condenado objetivamente, es de esperar que éste dé explicaciones de las mismas que incorporen una visión distinta de los hechos que se encuentran acreditados en el procedimiento y que importen contraindicios suficientes para desacreditar la prueba de cargos.

En consecuencia, ante la situación anteriormente descrita, en que el acusado no proporciona aclaraciones que desvirtúen tales evidencias, naturalmente se desprende que del silencio se generen resultados o cargos que den origen a evidencias negativas o inculpativas para el acusado. Sin dejar de respetar que la prueba total obtenida por el tribunal para condenar o absolver a un acusado respecto de la comisión de un hecho que reviste el carácter de delito debe ser sometida a las reglas de la lógica y de la experiencia, respecto no sólo de los hechos objetivos, si los hubiera, sino que también respecto a los indicios acreditativos de la existencia o inexistencia del hecho imputado, todo en razón de que toda condena debe fundarse en pruebas o argumentos de cargo válidos.

Sostiene además el tribunal, que a falta de pruebas directas de cargo, la prueba indiciaria puede ser válida, mientras ésta no menoscabe el derecho a la presunción de inocencia, esto es, que tales pruebas indiciarias no se fundamenten en

4 Jurisprudencia citada, respecto a los Antecedentes y análisis del derecho a guardar silencio.

simples sospechas, rumores o conjeturas, debiendo basarse en hechos plenamente probados o mediante indicios, que han sido razonados de manera coherente y lógica, entendiéndola como “...**comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes...**”⁵

Recapitulando, el Tribunal Constitucional concluye, que la prueba indiciaria del caso concreto fue adquirida por:

“...el hecho de figurar en el paquete postal el primer apellido de la demandante, no en inglés..., como hubiera sido procedente, sino expresado mediante una posible pronunciación fonética del castellano..., lo que se estima indicativo de que la comunicación... se habría realizado en forma verbal...

... no obstante el breve lapso de tiempo transcurrido entre la entrega del envío... y su detención en la calle, la acusada no habría realizado comprobación alguna ni mostrado tampoco extrañeza por la recepción...

... y... la doble negativa de la acusada a firmar el acta de apertura de la correspondencia en presencia judicial y a prestar declaración ante los Agentes de la Guardia Civil, aun realizada en el legítimo ejercicio de sus derechos...,

Lo que “... resultaría enteramente contraria a la reacción lógica de una persona supuestamente involucrada contra su voluntad en un tráfico de drogas...”.

En definitiva, podemos sostener que el derecho a guardar silencio y a no autoinculparse es un derecho reconocido tanto en la legislación española como en la chilena, así también el principio de presunción de inocencia. Sin embargo, la sentencia condenatoria o absolutoria debe basarse en pruebas o hechos objetivos, y no en meros argumentos retóricos, basándose fundamentalmente en los hechos objetivamente acreditados en juicio.

En este sentido, debemos reconocer que también es aceptada por la jurisprudencia y la doctrina la llamada “**prueba indiciaria**”, que puede transformarse en fundamento suficiente para decisiones condenatorias, mientras la misma se haya cimentado a base de razonamientos coherentes y lógicos; de esta forma, si tales argumentos indicativos de la existencia de un hecho estimado como delito son múltiples y precisos, lógicos y concordantes con las máximas de la experiencia, lo que se espera del acusado, ante esta situación, es una explicación razonable de los mismos. Así su silencio, de mantenerse, se puede transformar en un indicio más que, unido a los otros existentes, pueden ser capaces de atribuir culpabilidad en dicho acto.

5 Jurisprudencia citada, STC 169/1986, F.J. 2

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

LA MÍNIMA GRAVEDAD DE LA PENA EN LOS PROCESOS DE EXTRADICIÓN ACTIVA

Eduardo Picand Albónico¹

El presente artículo tiene por objeto postular una interpretación distinta a la que algunos autores en Chile han adscrito al tratar el requisito de la mínima gravedad de la pena en los procesos de extradición activa. En este sentido, explicaré que en mi concepto la interpretación que sobre el tema efectúan los profesores Matus, Politoff y Ramírez, es errada, pues entienden que este requisito sólo se cumpliría en Chile tratándose de delitos cuya pena partiere en la escala de presidio o reclusión menor en su grado *medio* [541 días a 3 años]; en cambio, justificaré que es perfectamente posible pedir y conceder en Chile una extradición por un delito que tenga como pena mínima la escala de presidio menor en su grado *mínimo* [61 a 540 días].

1.- La mínima gravedad de la pena en la legislación chilena

La complejidad que involucra la extradición en cuanto a los costos y a la actividad jurisdiccional que exige por parte de las instituciones públicas de los Estados requirente y requerido, y el hecho que, producto de la duración de tales gestiones, la pena impuesta o que se quiere aplicar al requerido pudiere agotarse o prescribir, han motivado a que desde antaño, tanto las legislaciones internas de los Estados como los tratados internacionales, exijan que el o los delitos por los cuales se solicita la detención y entrega de un individuo, revistan una mínima gravedad. Igual postura ha seguido la doctrina clásica. Citando al maestro argentino Werner Goldschmidt, “...de lo mínimo no se ocupa el pretor...”².

El *Institut du Droit International*, se ha pronunciado sobre el particular en sus sesiones de Oxford [1880]; Génova [1892]; París [1894] y Cambridge [1983], resolviendo en todas ellas que, no obstante la importancia que tiene la extradición en el actual combate internacional contra la delincuencia, no debe olvidarse que es siempre una “*medida grave*” y por tanto los delitos que la justifican siempre deben tener “*cierta importancia*”³.

Dos han sido los sistemas utilizados por las legislaciones y los tratados internacionales para regular el requisito de “mínima gravedad” de la pena⁴: en primer

1 Abogado de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

2 GOLDSCHMIDT, Werner: “*Derecho Internacional Privado*”, Editorial Desalma, 7° edición, p. 557.

3 Véase el texto íntegro de las resoluciones en inglés y francés: <http://www.idi-iil.org/> [C. el 28.11.08].

4 Véase: LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo: “*Estudios de Derecho Internacional*”, *Derecho Internacional Privado*, tomo II, Editorial Librotecnia, 2008, pp. 437-465.

lugar y utilizado en la actualidad de modo prácticamente unánime, el sistema de “pena mínima en abstracto” dada por la legislación interna del Estado requirente y/o requerido⁵; y, en segundo lugar, el sistema de las “listas de delitos”⁶ que hacen procedente la extradición. El sistema de la “mínima gravedad” es adoptado por el *Model Treaty on Extradition*⁷, y seguido actualmente en Europa a través de la *Orden Europea de Detención y Entrega*. Así, Calaza López ha dicho que el establecimiento de un *numerus apertus* de hechos delictivos sancionados con una pena de privación de libertad de cierta entidad, en lugar de la regulación, afortunadamente descartada, de un “listado cerrado” de tipos delictivos concretos por los que procede la emisión de la orden europea, resulta ciertamente laudable, habida cuenta de que la continua regulación de nuevas actuaciones delictivas, siempre al compás de la cambiante realidad social, obligaría, en este último supuesto, a una constante revisión de una normativa que nace con vocación de aplicabilidad, sin parches, en el futuro⁸.

Nuestro Código Procesal Penal, siguiendo este mismo criterio vanguardista, efectúa un tratamiento diferenciado entre la extradición activa y la pasiva para los efectos de regular el requisito de la “penalidad mínima” en el proceso de extradición. En efecto, el artículo 431 de nuestro Código de Enjuiciamiento⁹, al tratar las “Extradiciones activas”, dispone que “cuando en la tramitación de un procedimiento penal se hubiere formalizado la investigación por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya *duración mínima* excediere de un año...”; en cambio, tratándose de las “Extradiciones pasivas”, el artículo 440 del mismo texto legal¹⁰, dispone que “cuando un país extranjero solicitare a Chile la extradición de individuos que se encontraren en el territorio nacional y que en el país requirente estuvieren imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad de *duración superior* a un año, el

5 A título meramente ilustrativo pueden consultarse: Ecuador [Convención de Extradición de 1897]; México [Tratado de Extradición de 1993]; Uruguay [Tratado de Extradición de 1897]; Venezuela [Convenio de 1962]; España [Tratado de 1995]; etc.

6 Los tratados internacionales suscritos por Chile con este sistema son, entre otros: Bélgica [Convenio de Extradición de 1899]; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte [Convenio de 1897]; Estados Unidos de Norteamérica [Tratado de 1900]; etc.

7 El artículo 2° dispone que: “1. *Extraditable offenses are those punishable under the laws of both Parties by imprisonment or deprivation of liberty for a maximum period of at least [one/two] year [s], or by a more severe penalty...*”. Por su parte, el mismo artículo, tratándose de los pedidos de extradición cuyo objeto es el cumplimiento de una “condena”, dispone que se requiere un mínimo de cuatro a seis meses.

8 CALAZA LÓPEZ, Sonia: “*El procedimiento europeo de detención y entrega*”, Editorial Iustel, Madrid, 2005, p. 80.

9 El artículo 635 del Código de Procedimiento Penal dispone que el requerido sea “... inculcado por un delito que tenga señalada en la ley una pena privativa de libertad que en cualquiera de sus grados exceda de un año...”.

10 El artículo 647 N° 2 del Código de Procedimiento Penal dispone que deben observarse “los tratados vigentes o, a falta de éstos, los principios de Derecho Internacional”, para determinar el cumplimiento de la mínima gravedad en las extradiciones pasivas.

Ministerio de Relaciones Exteriores remitirá la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema”. Con esto se excluye la extradición por faltas y por delitos cuya pena privativa de libertad es de muy poca monta.

Como puede apreciarse, el legislador chileno ha sido mucho más riguroso con los pedidos de extradición que efectúa Chile que con los que efectúan los Estados Extranjeros a nuestro país, probablemente atendido a que debe acreditarse la procedencia de la prisión preventiva para que el tribunal de garantía eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva.

Los tratados internacionales que ha suscrito Chile en materia de extradición, y que se encuentran vigentes, siguen ampliamente el criterio de la “mínima gravedad superior a un año”¹¹, salvo contadas excepciones.

Los tratados internacionales multilaterales suscritos por Chile han seguido el criterio generalmente aceptado de la “mínima gravedad” de la pena, cuando ésta es superior a un año de privación de libertad. En efecto, el artículo 354 del Código de Bustamante, aplicable exclusivamente entre Estados Partes Contratantes –conforme lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención de La Habana–, dispone que “se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad”. También la Convención de Montevideo de 1933, sobre Extradición, se refiere a este requisito, al exigir que el delito “sea castigado con la pena mínima de un año de privación de libertad”, conforme las leyes del Estado requirente y requerido.

2.- Opinión de los profesores Jean Pierre Matus, Sergio Politoff y Cecilia Ramírez

Los distinguidos profesores de Derecho Penal, Sres. Jean Pierre Matus, Sergio Politoff y Cecilia Ramírez, al precisar el campo de aplicación de este requisito, han escrito lo siguiente al referirse al requisito de gravedad en la extradición activa: “...este requisito se recoge también en el CPP (2000)..., según el cual tratándose de extradición activa, se exige para solicitarla que el delito tenga “señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año” (como las escalas penales con las que se asigna la duración de las penas en el CP no contemplan la división superior/inferior a un año, *habrá que entender que esta disposición sólo puede referirse a las penas de presidio o reclusión menor en su grado medio o superior, esto es, 541 días o más de privación de libertad*);

11 Resulta muy interesante la fórmula mixta de “semisuma” [suma de los dos extremos de la escala penal y la división por dos de su resultado] utilizada por la nueva Ley de Cooperación Penal Internacional de la República de Argentina [N° 24.767], la cual dispone en su artículo 6° que “para que proceda la extradición de una persona, el hecho materia del proceso deberá constituir un delito que tanto en la ley argentina cuando en la del Estado requirente tenga prevista una pena privativa de libertad con mínimo y máximo tales que su semisuma sea al menos de un año”.

en tanto que tratándose de extradición pasiva, al requisito ya señalado de que el delito en cuestión se encuentre contemplado en el respectivo tratado (art. 449 letra b), se añade como disposición general en su art. 440, para dar inicio al proceso de extradición, que en el país requirente los individuos cuya extradición se solicita sean “imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad superior a un año”¹².

2.- Nuestra opinión

Creemos que la opinión formulada en el apartado anterior es errada.

Las razones son dos:

En primer lugar, pues al solicitar la extradición de un individuo para enjuiciarlo, debemos entender que el requisito de la “mínima gravedad” de la pena, se cumple observando en “*abstracto*” los límites que el propio legislador chileno ha establecido. Así las cosas, si su límite superior alcanza esa duración [un año], se cumple la condición¹³. Tal como precisa claramente el profesor Enrique Cury, la opinión más generalizada acepta que el límite relativo a la gravedad de la pena se cumple “...cuando versa sobre un crimen o simple delito cuya pena no es inferior a un año de privación de libertad...”. “Cuando se la solicita [la extradición] para enjuiciar al extraditado, la determinación debe hacerse en abstracto, esto es, atendiendo a la pena establecida en la norma respectiva; y si el marco allí contemplado consulta una extensión que en parte es superior al límite y en parte inferior, lo decisivo es la pena mayor autorizada por la ley...”¹⁴. Una interpretación histórica y teleológica de este requisito nos llevará irremediablemente a entender que su exigencia sólo tuvo por objeto evitar que se incoaran procesos de extradición por delitos con penas que fueran bajas en su totalidad, pues no se justificaba poner en marcha las instituciones de dos Estados por hechos que no comprometían gravemente el interés público¹⁵.

En segundo lugar, pues entendemos que el requisito de la “mínima gravedad” de la pena en la extradición activa se cumple en Chile perfectamente utilizando la escala de presidio menor en su grado mínimo, aun cuando el inferior/superior de la pena no consagre la fórmula de “un año”. Pareciera ser que los autores cuya opinión comentamos, no obstante reconocer que la pena del delito debe considerarse “en abstracto” cuando el objeto de la extradición es el “enjuiciamiento” del requerido, entienden que la expresión “pena mínima” nos obliga a abandonar la

12 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: *“Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general”*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 148.

13 GARRIDO MONTT, Mario: *“Derecho Penal. Parte General”*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 142.

14 CURY, Enrique: *“Derecho Penal. Parte general”*, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, séptima edición, 2005, p. 220. El profesor Cury rechaza la posibilidad de considerar el requisito de “mínima gravedad” como un “principio de Derecho Internacional”.

15 Véase en extenso en: PIOMBO, Daniel Horacio: *“Tratado de la extradición (internacional e interna)”*, volumen I, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1998, pp. 341 y ss.

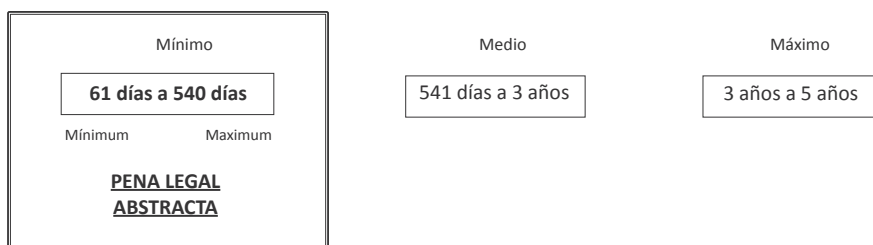
escala de presidio menor en su grado mínimo pues la misma partiría en los 61 días, o sea, en un monto de pena inferior a los 365 días. Creemos que esa interpretación es errada pues con ello, en verdad, lo que están haciendo estos autores es considerar la pena objeto del delito de extradición “en concreto”, obligando al tribunal a considerar que el requisito se cumpliría sólo cuando el “*mínimum*” del “mínimo” de la pena es superior a un año, exigencia que no es prevista en nuestro Código Procesal Penal ni en ninguno de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por Chile sobre la materia.

Esta interpretación es muy peligrosa pues impediría que delitos con pena compuesta cuyo mínimo parte en presidio menor en su grado mínimo –como es el caso de la asociación ilícita–, aunque su pena superior pueda llegar a los cinco años de privación de libertad, no puedan ser objeto de extradición activa en Chile. Estaríamos totalmente contestes con estos autores si en Chile la escala de presidio menor en su grado mínimo fuera de 61 días a 365 ó 366 días o inferior, pues en ese caso el “mínimo” de la pena [mostrado en el cuadro de la figura que más adelante se adjunta], no sería superior a un año, o sea, a 365 ó 366 días, pero en el caso que proponemos a título meramente ilustrativo, no sólo el mínimo supera con creces los 366 días, sino que también el resto de las escalas de pena. La lógica de esta postura, repito, se encuentra en el hecho de no descartar la escala de “presidio menor en su grado mínimo” por el simple hecho que la pena pueda partir en 61 días, sino que lo importante es considerar si el monto “total” de la pena “mínima” supera los 365 días, ya que de lo contrario estaríamos partiendo de la base que el tribunal no tiene libertad –en el marco abstracto legal que exigen los tratados internacionales y el Código Procesal Penal– para recorrer toda la extensión de la pena, sino que sólo podría hacerlo en el *mínimum* del mínimo, descartando la posibilidad de hacerlo en el *máximum* del mínimo y de esa manera poder recorrer toda la pena, lo que implicaría haber efectuado un análisis del requisito luego de una ponderación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que le exigieran al tribunal descartar un monto de pena superior a los 365 días.

CÓMPUTO DE LA PENA MÍNIMA



Presidio Menor en su Grado Mínimo a Presidio Menor en su Grado Máximo



Esta tesis fue recogida plenamente por la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha 28 de octubre de 2008, dictada en primera instancia, y en la de segunda instancia que la confirmó luego de ser apelada, cuyos argumentos fueron expuestos por el suscrito en el proceso de extradición pasiva Rol N° 2.194-2008, seguida en contra del requerido de nacionalidad chilena, Sr. Luis Miguel Casado Córdova, por delitos de asociación ilícita y estafas reiteradas cometidos en la República de Argentina. Es del caso mencionar que la defensa argumentó en ese juicio que no se cumplía el requisito de la mínima gravedad de la pena tanto por el delito de estafa como por el de asociación ilícita: el delito de estafa, desde el momento en que el Código Penal argentino lo sancionaba con una pena mínima de tan solo seis meses, y en Chile, con una pena mínima de presidio menor en su grado mínimo; y el delito de asociación ilícita, por cuanto el Código Penal chileno lo sancionaba desde el mismo mínimo legal. Tal como anticipamos, nuestra Corte Suprema desechó esos argumentos, entendiendo que el requisito de la “mínima gravedad” se encontraba satisfecho en ese caso específico.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
DELITOS SEXUALES Y
VIOLENTOS

APORTES DESDE LA PSICOLOGÍA A LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE “MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL”

Karen Guzmán Valenzuela¹

El concepto de “material pornográfico infantil” es de aquellos cuyo alcance está claramente determinado por los contextos sociales y culturales en los que se utiliza. Y, sin lugar a dudas, son estos mismos contextos los que fijan su extensión en el ámbito jurídico-legal.

Tradicionalmente, y desde una perspectiva jurídica, este concepto ha sido definido centrándose en los términos de “obscenidad” o “contenido sexual”. Siguiendo esta orientación, las Naciones Unidas definen la pornografía infantil como: “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.²

En Chile, el Código Penal define lo que ha de entenderse por material pornográfico infantil para los delitos de producción, comercialización y almacenamiento de pornografía infantil en el inciso segundo del artículo 366 quinquies, como toda representación de menores de 18 años dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales. Como se observa a primera vista, esta definición recoge aquella de las Naciones Unidas y pone el acento en el contenido sexual de las actividades o representaciones en que se ven involucrados menores de 18 años.

El énfasis que las definiciones legales dan a los términos de “obscenidad” o “contenido sexual” trae como consecuencia que aquellas imágenes que caen fuera de estos conceptos, sean dejadas de lado por el ente persecutor al momento de considerarlas como parte de la prueba para acreditar el ilícito relacionado con la pornografía infantil, lo que impide contextualizar en su totalidad el material incautado.

Uno de los principales investigadores en el área de la pornografía infantil es Lanning (1992, 2001), quien introdujo una importante distinción entre pornografía infantil (la reproducción sexual explícita de la imagen infantil) y el erotismo infantil (cualquier material, relacionado con niños³ que sirva a un

- 1 Abogada de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Anexo II de los Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 16 de mayo de 2000.
- 3 Al hacerse referencia en este artículo a los términos “niños” o “niño”, se alude tanto a mujeres como a varones menores de 18 años.

propósito sexual para un determinado individuo)⁴. La trascendencia de esta distinción radica en el énfasis que se hace del potencial carácter sexual de toda una gama de tipos de imágenes (y de otro tipo de material también, como: cartas, diarios, juguetes, etc.) que no puede ser reunido bajo el criterio de obscenidad (Lanning, 2001).

En esta misma área, el proyecto COPINE⁵ ha desarrollado una extensa investigación. Este grupo ha destacado que las colecciones de pornografía infantil no son accidentales, sino que son el resultado de elecciones deliberadas de un individuo que adquiere material sexual (Taylor, Holland y Quayle, 2001).

En este sentido, estos autores sostienen que es razonable hipotetizar que las elecciones realizadas por el coleccionista al escoger el material a que ha tenido acceso reflejan, de alguna manera, el valor que tiene para él dicho material. Si tales opciones predicen o influyen en la conducta posterior en términos de aumentar la colección, hacer contacto con sujetos con intereses similares, buscar a niños para agredirlos, etc., es una cuestión intensamente discutida en la comunidad científica⁶⁻⁷.

Ahora bien, desde una aproximación psicológica al concepto de material pornográfico infantil y dentro de las imágenes que son atractivas para los adultos con un interés sexual en los niños, se puede distinguir un rango de diferentes tipos de imágenes, dentro de las cuales sólo algunas son ilegales. En efecto, dentro del material incautado a imputados por delitos relacionados con la pornografía

4 Lanning, K. "Child Molesters: A Behavioral Analysis". 4a edición, septiembre 2001, p. 73 y 74.

5 El proyecto COPINE (Combating Paedophile Information Networks in Europe) tiene su base en el Departamento de Psicología Aplicada de la University College Cork de Irlanda, fue fundado en 1997 y desde ese momento ha investigado activamente en el área del abuso sexual infantil en Internet. Para más información, consultar el sitio Web <http://www.copine.ie>

6 Taylor, M.; Holland, G., y Quayle, E. "Typology of paedophile Picture collections", COPINE Project, The Police Journal, 2001, 74 (2) 2001. Taylor, M. and Quayle, E. "The Internet and Abuse Images of Children: Search, Pre-criminal Situations and Opportunity Situational Prevention of Child Sexual Abuse" en Wortley, R. y Smallbone, S. Crime Prevention Studies, volume 19, Criminal Justice Press, Monsey, NY, USA, Willan Publishing, 2006. En ambos artículos se afirma que es poco clara la evidencia que apoya que la posesión de material pornográfico infantil se relaciona con delitos sexuales contra menores.

7 Kardasz, F., "Sex offenders on the Internet: Ciber-Struggles for the Protection of Children", en Violent Offenders: Theory, research, policy and practice. DeLisi, M. y Cornis, P. Sudbury, Mass.: Jones and Bartlett Publishers, 2008, p. 261. se indica que la Dra. Anna Salter, una psicóloga que trata a agresores sexuales y que testificando ante la subcomisión investigadora de pornografía infantil del Congreso de EEUU, señaló que un importante porcentaje de individuos condenados por delitos relacionados con la pornografía infantil, han cometido también delitos sexuales que implican una agresión sexual. La Dra. Salter testificó que consideraba que hay una relación entre ver pornografía infantil y cometer agresiones sexuales.

infantil, se encuentran desde imágenes de niños vestidos a niños desnudos y en posiciones eróticas explícitas, hasta imágenes de agresiones sexuales “actuales” a niños.

De ahí que, a propósito del material coleccionado por adultos con un interés sexual en niños, Taylor, Holland y Quayle desarrollen el constructo de un continuo que recorre, en un extremo, desde imágenes del día a día y quizá imágenes accidentales que envuelven un contenido erótico abierto o un contenido mínimo (como cuando se muestra a un niño en calzoncillos o a una niña en ropa interior), a imágenes que muestran una violación y una penetración de un niño, o actos groseros de obscenidad, en el otro extremo. Este continuo da cuenta de un incremento deliberado de la victimización del niño afectado.

El proyecto COPINE sostiene que la función de las colecciones de imágenes para el ofensor es victimizar repetidamente al niño afectado, por lo que el estatus de víctima es exagerado por el uso continuo. Esta función es un propósito relevante de la colección, pues permite acceder instantáneamente al niño como víctima, ya que muchas veces la posibilidad de agredirle sexualmente es mucho más difícil, pues ello supone una compleja y larga relación, antes que la victimización tenga lugar⁸.

A partir de lo anterior, el proyecto COPINE ha desarrollado una tabla con 10 niveles de severidad de imágenes coleccionadas por adultos con un interés sexual en niños, que pueden ser clasificadas según el incremento de la victimización sexual. Esta categorización se basa en una extensa base de imágenes que circulan en Internet y que gestiona el proyecto:

Tabla 1 Una tipología de colecciones de imágenes pedófilas

Nivel	Denominación	Descripción del carácter de las imágenes
1	Indicativa	Imágenes no eróticas y no sexualizadas mostrando a niños en ropa interior, traje de baño, etc. de origen comercial o de álbumes familiares; imágenes de niños jugando en situaciones normales, en el que el contexto o la organización de la imagen indican que es inapropiada.
2	Desnudos	Imágenes con niños desnudos o semi-desnudos en situaciones apropiadas y de origen legítimo.
3	Erótica	Fotografías tomadas subrepticamente de niños en áreas de juego u otros ambientes, mostrando su ropa interior o diversos grados de desnudez.

8 Taylor, Holland and Quayle, ob. cit., p. 4.

4	Posturas	Imágenes de posturas deliberadas de niños, completa o parcialmente vestidos o desnudos (donde la cantidad, el contexto y la organización sugieren un interés sexual).
5	Posición erótica	Imágenes de posturas deliberadas con niños completa o parcialmente desnudos en poses sexualizadas o provocativas.
6	Posición erótica explícita	Énfasis en las áreas genitales, en las que el/la niño está desnudo o parcial o completamente vestido.
7	Actividad sexual explícita	Envuelve contacto, sea mutuo o masturbación propia, sexo oral y trato entre niños, sin involucrar a un adulto.
8	Agresión	Imágenes de niños que están siendo objeto de una agresión sexual, con contacto manual, y que involucra a un adulto.
9	Agresión grosera	Imágenes groseramente obscenas de agresión sexual, implica penetración sexual, masturbación o sexo oral que involucra a un adulto.
10	Sadismo /bestialidad	a. Imágenes que muestran a niños atados, vendados, golpeados, azotados u objeto de otro tipo de actos que impliquen dolor. b. Imágenes en las que un animal está involucrado de alguna forma en la conducta sexual con el niño.

Fuente: Taylor, M., Holland G. y Quayle, E., "Typology of paedophile Picture collections", COPINE Project, The Police Journal, 2001, 74 (2), p. 5. Traducción: Karen Guzmán Valenzuela.

Este sistema de clasificación incluye deliberadamente imágenes que no caen dentro de la definición legal de pornografía infantil por no ser obscenas o con un contenido sexual explícito, siendo el contexto de éstas y la forma como ellas son organizadas o almacenadas, o el principal tema ilustrado, lo que les da un carácter de inapropiado (nivel 1). Así, por ejemplo, muchos padres guardan fotografías o videos de sus hijos que no son indicativas de un interés sexual de un adulto en niños. Incluso, imágenes de niños en ropa interior o desnudos pueden ser apropiadas, según cuál sea el contexto en que se presentan (nivel 2).

Las razones para la inclusión de este tipo de fotografías en el material relacionado a adultos con interés sexual en niños, es destacar tempranamente cómo una imagen puede ser sexualizada y se puede fantasear sobre ella no obstante

su contenido objetivo. En un estudio realizado por Howitt (1995)⁹ se destaca la importancia que este tipo de fotografías relativamente inocentes tiene en la promoción y mantención de la fantasía sexual.

Por otra parte, las imágenes clasificadas en el nivel 3 (fotografías tomadas subrepticamente de niños mostrándose en ropa interior o en diversos grados de desnudez) pueden ser particularmente controvertidas, aunque normalmente no sean consideradas como material pornográfico infantil, ya que en ellas no habría víctimas pues los niños nunca se percataron que fueron fotografiados o filmados. No obstante, desde un punto de vista de la victimización, estas imágenes pueden ser consideradas como particularmente dañinas, pues sexualizan situaciones consideradas seguras y ambientes en los que se estima que los niños pueden jugar sin temor alguno (los ambientes sobre los cuales recaen estas fotografías corresponden normalmente a fotografías tomadas en piscinas y playas). Quizá aquí la falta de conocimiento de la victimización no necesariamente disminuya su gravedad (Taylor, Holland and Quayle, 2001).

En cuanto a las imágenes categorizadas en los niveles 4 y 5, no todas ellas son consideradas como material pornográfico infantil. Es el contexto, la cantidad y la organización de las mismas lo que pueden darles un contenido sexual o no (Taylor, Holland y Quayle, 2001), sin perjuicio que para un adulto con interés sexual en niños estas imágenes sugieran un propósito sexual.

Las imágenes involucradas en los niveles 6 al 10, corresponden ya a material pornográfico infantil pues en ellas se observa un claro contenido sexual.

En las imágenes del nivel 7, aunque el ofensor puede no estar visible en la escena, no es poco común escuchar a un sujeto dando las instrucciones al niño sobre qué pose tomar, que sonría, etc. Aunque no necesariamente visible, el adulto está presente como director de la filmación o de la fotografía. Por otra parte, las imágenes de los niveles 8, 9 y 10 necesariamente envuelven la presencia de alguien más en la imagen, sea un adulto o un animal.

Taylor, Holland y Quayle (2001) señalan que, desde el punto de vista de los coleccionistas, un importante carácter de las colecciones es que no son simplemente una sumatoria de imágenes. Estas generalmente ocurren en series y las series invariablemente tienen algún sentido narrativo implícito o explícito, o una temática principal. Las temáticas relacionadas entre imágenes también pueden vincular escenas particulares a un actor. Cada relación temática o narrativa es importante para el coleccionista, en términos de sostener y generar fantasías, y de la personalización y compromiso con el niño víctima. Este aspecto también juega un importante rol en la estructura de la conducta de coleccionar, pues completar los vacíos de una serie puede ser un importante factor para decidir la selección del material coleccionado. Entrevistas con agresores sugieren que encontrar imágenes que faltan es altamente reforzador para el coleccionista.

9 Citado por Taylor, Holland y Quayle, ob. cit., p. 6.

La localización de una imagen o de una serie de imágenes, en algún nivel de la clasificación propuesta por Taylor, Holland and Quayle puede no entregar siempre una caracterización completa. Estos autores señalan que otros aspectos del material a tener en cuenta para comprender la extensión y severidad de la victimización sexual son:

1. El tamaño de la colección y las características de su organización. El tamaño de la colección puede ser indicativo del grado de involucramiento en el proceso de recolección del material por parte del coleccionista, y su extensión, el grado en que un individuo se ha visto absorbido por el interés sexual hacia niños. La obsesión por cierta clase y organización de material es también indicativa del involucramiento del ofensor con las imágenes y la cantidad de tiempo que pasa ocupado con el material.
2. La presencia de material nuevo o privado. Este aspecto se relaciona con la extensión del material que el coleccionista ha producido, o el entorno alrededor del cual se mueve y en el cual circula material nuevo. También esta característica puede ser indicativa del grado de involucramiento en la pornografía infantil.
3. La edad de los niños. Hay evidencia reciente (Taylor, 1999) que sugiere que la edad de los niños en el nuevo material pornográfico que circula en Internet se está reduciendo. Niños muy pequeños (de 5 o menos) pueden ser particularmente vulnerables a involucrarse en pornografía infantil, ya que pueden ser menos susceptibles que un niño mayor a considerar estos requerimientos como inapropiados, por ej. desvestirse. Niños muy pequeños tienen poca o ninguna conciencia del contexto sexual de lo que se les está pidiendo hacer, y pueden ser objeto de victimización sexual sin el mismo riesgo de ser delatados a otros adultos. En estas circunstancias, hay un gran desequilibrio de poder entre el perpetrador y la víctima, lo que unido a la ausencia de habilidades lingüísticas, reduce la capacidad de los niños para develar la agresión. Las imágenes que involucran a bebés son particularmente graves, pues en ellas necesariamente se explotan situaciones de total dependencia.

Los hallazgos de las investigaciones del proyecto COPINE y de otros investigadores en esta área, nos permiten situar en un adecuado contexto las razones por las cuales los delitos relacionados con la pornografía infantil -la producción y la comercialización- y en especial el almacenamiento y adquisición de material pornográfico infantil deben ser tipificados como tales, pues el solo visionado de una fotografía o video de pornografía infantil implica un grado de victimización sexual para el niño que aparece en las imágenes: el coleccionista accede a estas imágenes precisamente para victimizar repetidamente al niño afectado, en forma instantánea, sin necesidad de ejecutar la agresión sexual efectivamente. A este argumento se unen los efectos permanentes de la fijación de la imagen en un soporte que circula en Internet: una vez ingresada esta imagen a la red ya no saldrá jamás de circulación. En este mismo orden de ideas, la victimización que sufre la víctima y el consiguiente daño, justifica también la irrelevancia del consentimiento sexual en esta clase de ilícitos.

Por otra parte, el desarrollo de categorizaciones más omnicomprensivas del material incautado en los casos de delitos relacionados con pornografía infantil, puede ayudar a una mejor discriminación y contextualización de dicho material, ya que al recoger toda su riqueza, se obtiene una visión que permite un juicio más acabado acerca de la extensión de la colección, el grado de involucramiento del coleccionista y la severidad del daño causado a las víctimas afectadas. Este aspecto es fundamental considerarlo al momento de seleccionar la prueba que se ofrecerá en un juicio, no sólo para convencer al tribunal acerca de la existencia de un ilícito y de la participación culpable del acusado, sino que también respecto de los elementos que es necesario tener presentes para fijar la cuantía de la pena, atendida la extensión del mal producido por el delito, de conformidad con el art. 69 del Código Penal.

Cuestiones como la extensión de la colección, la organización del material y el grado de la misma, la presencia de material nuevo o privado y la edad de los niños que aparecen en las imágenes, nos hablan de cuán involucrado está el imputado con el material seleccionado y de cuánto tiempo dedica a la colección, si el imputado produce material pornográfico infantil o si se mueve en círculos en los que se produce material nuevo que le ha sido distribuido (lo que abre una nueva línea de investigación en relación con la configuración de un delito de distribución o comercialización de material pornográfico infantil), y la edad de los niños involucrados en las imágenes nos lleva a analizar la extensión y severidad de la victimización sexual de los niños afectados.

Todos estos aspectos indudablemente deben ser considerados al momento de decidir la pena que se impondrá al acusado en esta clase de delitos y generar, además, una reflexión seria respecto a si es conveniente otorgarle algún beneficio alternativo de cumplimiento de la pena privativa de libertad de la ley 18.216. Y, en caso de optar por dicho beneficio, someterlo a alguno en el que exista una efectiva supervisión, atendido el nivel de involucramiento del sujeto condenado con la temática de la pornografía infantil y su probable reincidencia posterior.

Referencias Bibliográficas

Kardasz, F. "Sex offenders on the Internet: Ciber-Struggles for the Protection of Children" en *Violent Offenders: Theory, research, policy and practice* en *Violent Offenders: Theory, Research, Public Policy and Practice*. DeLisi, M. y Cornis, P. Sudbury, Mass.: Jones and Bartlett Publishers, 2008.

Lanning, K.V. (September, 2001). *Child molesters: A Behavioral analysis*. National Center for Missing and Exploited Children. 4th Ed, September 2001.

Morillas Fernández, David, "Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet", Dykinson S.L., Madrid, 2005, p. 243.

Taylor, M.; Holland G. y Quayle, E., "Typology of paedophile Picture collections", COPINE Project, *The Police Journal*, 2001, 74 (2), p. 97-107.

Taylor, M.; Quayle, E. y Holland, G. Child pornography, The Internet and offending. Policy Research. Summer 2001. p. 94-100.

Taylor, M. and Quayle, E. "The Internet and Abuse Images of Children: Search, Pre-criminal Situations and Opportunity Situational Prevention of Child Sexual Abuse" en Wortley, R. y Smallbone, S. Crime Prevention Studies, volume 19, Criminal Justice Press, Monsey, NY, USA, Willan Publishing, 2006.

Anexo II de los Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 16 de mayo de 2000.

COMENTARIO A SENTENCIA DICTADA EN CAUSA RUC 0700297031-1, POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA, ASÍ COMO AL FALLO RECAÍDO EN RECURSO DE NULIDAD CONTRA AQUELLA EN ROL 190-2008, SOBRE EL DELITO DE PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

Cristián Aguilar Aranela¹

A la Fiscalía Local de Antofagasta, por intermedio del fiscal Rodrigo Cusó Segura, especializado en delitos sexuales y violentos, le correspondió investigar y en su momento llevar a juicio oral la causa RUC 0700297031-1, fundada en lo medular por los siguientes hechos: “Que durante los años 2005, 2006 y hasta el mes de abril de 2007 inclusive, y con antelación en el tiempo, el acusado de iniciales J.B.V.F. procedió en varias ocasiones en un domicilio de la ciudad de Antofagasta, a realizar actos de relevancia y significación sexual respecto de la hija de su conviviente, la menor de iniciales E.A.R. actualmente de 11 años de edad, consistentes en la colocación del pene del imputado en la vagina y ano de la víctima, eyaculando sobre ella, además de tocaciones y succión de su vagina y pechos, todo lo anterior bajo su ropa, como asimismo accederla carnalmente por vía bucal eyaculando en su boca.

En ese mismo contexto, durante el año 2007 y en diversas ocasiones y con antelación en el tiempo, el mismo imputado realizó actos de relevancia y significancia sexual en la ciudad de Antofagasta a su hija de iniciales V.J.V. de 3 años de edad, consistentes en la colocación de su pene sobre la vagina de la menor, como asimismo darle besos en la boca con introducción de su lengua en la boca de la víctima. Además, aquél intervino directamente en la elaboración de material pornográfico infantil, contenido en fotografías que fueron captadas en un teléfono celular marca Motorola de la empresa Movistar, de su propiedad.

En ese lapso de tiempo, la madre de las menores de iniciales A.E.V. y en concierto con dicho acusado, su conviviente, forzó y facilitó a su hija de iniciales E.A.R. para la perpetración de los abusos sexuales y violación reiterados -antes reseñados- de los cuales fue víctima la menor. Dicha entrega de la menor tenía por finalidad satisfacer los deseos sexuales del acusado en forma habitual y con abuso de autoridad a cambio de una contraprestación que recibía la referida acusada por parte del imputado, consistente en dinero o droga. Además, aquélla produjo a través de captación de imágenes contenidas en el teléfono celular precitado, material pornográfico infantil en forma de fotografías captadas por ella.

En cuanto a la calificación jurídica propuesta para el acusado J.B.V.F. fue la de violación y abuso sexual reiterado, del art. 362, 366 bis y 366 ter, como la de producción de material pornográfico infantil, del art. 366 quinquies, todos en

¹ Abogado, Fiscal Regional de la Fiscalía Regional de Antofagasta, Ministerio Público.

grado consumado, y como autor material del art. 15 N° 1. Para la acusada A.E.V., madre de las víctimas, fue la misma calificación jurídica, con la prevención de su carácter de autor del art. 15 N° 3, dado que habría facilitado los medios con que se llevaron a efecto los delitos imputados.

El juicio oral se realizó entre el 28 y 31 de julio de 2008 ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, rindiéndose prueba testimonial, pericial, documental y de objetos, que se tradujo básicamente en la declaración de las ofendidas y, como testigos, de los educadores y policías que participaron en el procedimiento, sumándose la exposición de peritos médicos y psicólogos (pericias de credibilidad de relato), e incorporándose por medio de lectura los certificados de nacimiento de las menores, así como la exhibición del mencionado celular y de las fotografías vinculadas a la figura de producción de material pornográfico infantil, destacando especialmente una de ellas para configurar el tipo del art. 366 quinquies.

La defensa del acusado J.B.V.F., en el curso de la audiencia de rigor, discutió en lo relevante la existencia del delito de violación reiterada por no existir prueba científica que lo corroborara, además, indicó sobre la producción que debería absolverse por: 1) No encontrarse acreditado que las fotografías contuvieran material pornográfico infantil; y 2) Si lo anterior se daba por probado, en al menos una fotografía no era constitutivo del tipo al exigirse pluralidad de menores, no divisándose, como otro argumento, que hubiere una secuencia de imágenes o puesta en escena, citando doctrina en su apoyo, entre la cual un Manual de los Delitos de la especialidad que nos ocupa, escrito por este Fiscal. De otra parte, la defensa de la acusada A.E.V., en lo atinente, negó su participación en todos los ilícitos, reiterando lo planteado sobre la violación impropia y en cuanto a la autoría de su representada, que no se daban los elementos para probar el concierto que exige el art. 15 N° 3, debiendo en consecuencia absolvérsela de todos los cargos formulados.

El tribunal finalmente pronunció veredicto de culpabilidad respecto de ambos acusados y dio por acreditados con la prueba de cargo, consistente en testimonial, pericial, fotografías y evidencias incorporadas, de acuerdo al considerando séptimo, los siguientes hechos:

1º Desde el año 2005 hasta el mes de abril de 2007 inclusive, el imputado procedió en su domicilio de la ciudad de Antofagasta y en reiteradas ocasiones a realizar actos de relevancia y significancia sexual respecto de la menor de iniciales E.A.R., hija de su conviviente, nacida el 14 de agosto de 1996, consistentes dichos actos en la colocación del pene del acusado por sobre la vagina y ano de la víctima, eyaculando sobre ella, además de efectuar tocaciones y succión de la vagina y pechos de la ofendida, todo ello sobre la piel de la ofendida.

Que, durante el mismo periodo la imputada permitió que su hija de iniciales E.A.R. mantuviera las interacciones distintas del acceso carnal -antes descritas- con su conviviente (el acusado), consistentes en la colocación de su pene en la zona vulvar y anal de la menor, al punto que incluso en, al menos una oportunidad, el año 2007, la imputada -a petición de su conviviente- le tomó

una fotografía con el teléfono celular marca “Motorola” a éste en el momento que le succionaba la zona genital a la ofendida.

2º Entre los años 2005 y abril de 2007, el imputado, en su domicilio en esta ciudad, procedió en reiteradas ocasiones a acceder carnalmente por vía oral eyaculando -en ocasiones- en la boca de la menor de iniciales E.A.R. hija de su conviviente, nacida el 14 de agosto de 1996.

3º En una ocasión, durante el año 2007, en el mismo domicilio, el imputado ejecutó actos de relevancia y significancia sexual en contra de su hija de iniciales V.J.V. nacida el 13 de abril de 2004, consistentes dichos actos en la frotación del pene del acusado por sobre la vagina de la niña, como asimismo darle a ésta besos con introducción de la lengua del inculpaado en la boca de la víctima.

Los hechos reseñados en el numeral 1º los sentenciadores los calificaron jurídicamente en el considerando octavo como constitutivos del delito reiterado de abuso sexual, previsto y sancionado en los arts. 366 bis y 366 ter del Código Penal, y del delito de producción de pornografía infantil, en la medida que “al captarse por la acusada -mediante la cámara de un teléfono celular e instalada por el imputado- la imagen de su conviviente (el acusado) en el momento que le succionó la zona vulvar a la víctima, de 10 años de edad en ese entonces, se satisface el tipo penal previsto y sancionado en el art. 366 quinquies del Código citado”. En cuanto a los hechos descritos en el numeral 2º, resolvieron que configuraban el delito reiterado de violación, previsto y sancionado en el art. 362 del Código Penal, y en lo relativo al hecho descrito en el numeral 3º, estimaron que también era constitutivo del delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el art. 366 bis en relación con el art. 366 ter, ambos del Código de Castigo.

Sobre el delito de producción de material pornográfico infantil, el fallo agregó, en el acápite final del precitado considerando octavo, que se estableció que la imagen señalada en el N° 31-03-07-043 daba cuenta que un adulto efectúa una interacción sexual con una menor de edad, consistente en la succión de la zona genital de la ofendida -reconociéndose la víctima de iniciales E.A.R. en la fotografía-, habiéndose capturado la imagen con el propósito de mantenerla para un efecto distinto de acreditar con ella un hecho punible -única hipótesis exculpatoria en nuestro Derecho-.

En cuanto al grado de participación indicó la sentencia en el considerando noveno que al acusado le corresponde la calidad de autor de los delitos conforme a lo dispuesto en el art. 15 N° 1 del Código Penal, al intervenir en su comisión de manera inmediata y directa.

Respecto a la acusada, en el considerando décimo se señaló que en el primer hecho participó como cómplice del delito de abuso sexual reiterado, al tenor del artículo 16 del Código Penal, porque “cooperó en la ejecución de los hechos con actos simultáneos, tales como trasladar a su hija de iniciales E.A.R. a la cama del agresor o desvestirla para que su conviviente mantuviera contacto sexual con la niña distintos del acceso carnal”. Además, que intervino como autora del delito de producción de material pornográfico infantil, al sacarle una fotografía al imputado cuando le succionaba los genitales a la víctima de iniciales E.A.R.,

toda vez que la norma del art. 366 quinquies sanciona a cualquier persona que participe en la elaboración de material con el contenido indicado, en cualquier soporte, sin consideración al propósito o intención que se tenga en captar la imagen -salvo que se pretenda, en un caso como éste, tomar la fotografía para denunciar y acreditar el hecho punible, lo que ciertamente no ocurrió-. Finalmente, declaró que no estuvo de acuerdo con el ente acusador en cuanto a la calificación como autora del delito reiterado de abuso sexual, de acuerdo al art. 15 N° 3 del Código Penal, toda vez que no se demostró el concierto previo con el acusado para la realización de estos hechos, advirtiéndose, en cambio, que en cada oportunidad en que cooperó a la ejecución de los mismos, lo hizo de manera espontánea, decidiendo su colaboración en el momento, y acerca del delito reiterado de violación, no la consideró partícipe al no existir una prueba directa e inequívoca que demostrase que la acusada estaba presente cuando se efectuaban las penetraciones bucales a la ofendida E.A.R.

Sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, en el considerando décimo primero se rechazó la agravante de abuso de confianza del art. 12 N° 7 del Código Penal invocada por el Ministerio Público respecto del acusado, por cuando no se justificó, a juicio del tribunal, su requisito esencial para que opere, esto es, que exista una relación de causalidad entre la confianza que el imputado ha ganado para con las víctimas o sus cuidadores, de tal suerte que, de no existir, no habría podido cometerse el delito sin posibilidad de éxito, como también se rechazó la minorante de colaboración sustancial del art. 11 N° 9 del mismo cuerpo legal, por cuanto en lo atinente a la declaración que prestó durante la investigación y en estrados, solamente se refirió a un hecho de los varios en que intervino, reconociendo la misma, a su turno, en beneficio de la acusada, al igual que la irreprochable conducta anterior del art. 11 N° 6 del Código Punitivo, sólo en el hecho constitutivo del delito de producción de material pornográfico infantil, ya que ella indicó a la PDI el lugar de ubicación del teléfono celular donde se almacenaban las imágenes con dicho contenido, permitiendo que se descubriese aquel ilícito.

En suma, en la parte resolutive el acusado J.B.V.F. fue condenado aplicando el inciso 2° del art. 351 del Código Procesal Penal a la pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y el pago de las costas de la causa, como autor de los delitos de violación reiterada, abuso sexual reiterado, abuso sexual y producción de material pornográfico infantil, previstos y sancionados en los arts. 363, 366 bis y 366 quinquies, cometidos en perjuicio de la menor de iniciales E.A.R. los dos primeros y de la menor de iniciales V.J.V., el tercero, entre los años 2005 y abril de 2007 en Antofagasta, sin beneficios de la Ley N° 18.216.

Por su parte, la acusada A.E.V. fue absuelta por el cargo formulado como autora del delito reiterado de violación reiterada contra la menor de iniciales E.A.R. y condenada, arguyendo el inciso 2° del art. 351 del Código Procesal Penal, a la pena única de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y el pago de las costas de la causa, como cómplice del delito de abuso sexual reiterado y autora del delito de producción de material

pornográfico infantil, previstos y sancionados en los arts. 366 bis y 366 quinquies del Código Penal, cometidos en perjuicio de la menor antes referida, entre los años 2005 y 2007, en el territorio jurisdiccional del tribunal, sin beneficios de la Ley N° 18.216.

Las defensas de ambos condenados posteriormente interpusieron recursos de nulidad ante la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, fundándolos en la causal descrita en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, al estimar que en el pronunciamiento de la sentencia se había hecho una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo, al dar por establecido el ilícito de producción de material pornográfico infantil por la sola captación de una fotografía de una interacción sexual. Agregaron, además, que dicha conducta requería para su configuración del elemento subjetivo del injusto de procurar la excitación sexual de terceros, no bastando sólo con el ánimo lascivo del sujeto activo o que se actúe para procurar su propia excitación, haciendo alusión a la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Indicaron, asimismo, que la producción forma parte del eslabón que conforma la concatenación para la existencia del ilícito, de modo tal que la conducta desplegada por los agentes no constituye delito alguno, razón por la cual debería absolverse a cada uno de ellos.

Además, la defensa de la acusada A.E.V. indicó que también existió una errada aplicación de lo dispuesto en el art. 351 del Código Procesal Penal por sobre lo estatuido en los arts. 67 y 74 del Código de Castigo, al haberse impuesto una pena mayor a la que en derecho le correspondía, privándola del derecho a acceder al beneficio de la libertad vigilada por el juego de atenuantes concurrentes.

Solicitaron en el petitorio que se invalidara la sentencia, dictándose, sin nueva audiencia pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo que modificara el fallo absolviendo a sus defendidos por el ilícito de producción de material pornográfico infantil y, en subsidio, la defensa de la acusada señaló que de estimarse que se estaba en presencia de la figura típica del art. 366 quinquies, se le impusiere una pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, por concurrir dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante y, en lo concerniente al delito de abuso sexual reiterado, considerando su calidad de cómplice como la concurrencia de una circunstancia atenuante, se le asignara la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Por su parte, el Ministerio Público pidió el rechazo de los recursos presentados por las defensas por considerar que el delito de producción de material pornográfico infantil se configura con la existencia de una sola imagen, de acuerdo a la historia del establecimiento de la ley y al bien jurídico de naturaleza personalísima que cautela, descartando además la exigencia de un elemento subjetivo del injusto por el propio tenor literal del artículo 366 quinquies, argumentando, en fin, sobre la correcta aplicación de las reglas de determinación de penas aplicadas por los sentenciadores recurridos del Tribunal Oral.

El Tribunal Superior, en sentencia del 9 de septiembre del corriente, dictada en autos rol N° 190 – 2008, decidió acoger los recursos de nulidad interpuestos

por las defensas de ambos acusados, declarando nula la sentencia del cinco de agosto de dos mil ocho del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, dictando a continuación sentencia de reemplazo.

En cuanto a los fundamentos que en lo pertinente la I. Corte de Apelaciones tuvo en consideración se encuentran los siguientes que se reproducen en forma literal:

“...CUARTO: Que para el análisis de la causal de nulidad habrá de centrarse previamente sobre la base de los hechos asentados por los jueces del fondo, si en la especie se dan los presupuestos para dar por configurado el ilícito de producción de material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, previsto y sancionado en el artículo 366 quinquies del Código Penal.

En este discurrir habrá de referirse en primer lugar a la situación de la imputada A.E.V. en lo que dice relación con este ilícito.

QUINTO: que según se desprende del considerando séptimo de la sentencia, cuya invalidación se solicita, se dio por establecido que “al menos en una oportunidad, en el año 2007, la imputada, a petición de su conviviente, le tomó una fotografía con el teléfono celular marca “Motorola” a este en el momento que le succionaba la zona genital a la ofendida”, hecho que los sentenciadores en el considerando octavo estimaron como constitutivo del delito de producción de material pornográfico infantil, previsto y sancionado en el artículo 366 quinquies del Código Penal.

SEXTO: Que la circunstancia fáctica que ha constituido un presupuesto esencial para tipificar el delito relativo a la producción de material pornográfico infantil contemplado en el artículo 366 quinquies, consiste en una reproducción fotográfica obtenida desde un celular; hecho que por sí solo no configura el ilícito, no sólo porque el Tribunal Oral en lo Penal prescindió de establecer las características del aparato telefónico, en términos de saber si es posible reproducir la imagen, sino especialmente, porque el verbo rector de producción de material debe analizarse a la luz de la definición otorgada por el diccionario de la Real academia de la Lengua Española que exige “generar rentar o procrear situaciones”, lo que no se desprende de este solo hecho, más aún si en la historia fidedigna de la ley se discutió que el verbo rector se entendía en cuanto se buscaba excitar a agentes distintos de los partícipes, situación que tampoco puede obtenerse, desde que se ha establecido la toma de una fotografía aisladamente.

Por lo demás, en la sentencia no se explica por qué esta circunstancia “satisface” el delito deferido, razones más que suficientes para estimarse que no se ha comprobado antecedente alguno que pueda configurar el delito del referido artículo 366 quinquies del Código penal, debiendo por consiguiente, dictarse la correspondiente sentencia absolutoria a su respecto.

SÉPTIMO: Que por otra parte, el inciso 2° del artículo 351 Código Procesal Penal establece “que si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pudieran estimarse como un solo delito, el Tribunal aplicará la pena señalada

a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de delitos...”.

OCTAVO: que del tenor de la norma transcrita se desprende que el aumento en uno o dos grados surge sólo del número de delitos, pero cuando el tribunal de Juicio Oral en lo Penal estableció los hechos no determinó con precisión la cantidad de ellos, estando obligado a efectuar un razonamiento que justificara un aumento en los grados de la pena, resultando procedente, en consecuencia, la reiteración en un solo grado, y en ese contexto permite sostener que la infracción ha influido en la determinación de la pena, por lo que se ha producido en la especie la exigencia establecida en la letra b) del artículo 373 del Código procesal Penal.

NOVENO: Que en este orden de consideraciones si se tiene como base, respecto de la imputada, el delito del artículo 366 bis del Código Penal, atendida su participación en calidad de cómplice y concurriendo a su respecto la circunstancia atenuante de irreproachable conducta anterior, corresponde aplicar la pena de presidio menor en su grado máximo, considerando para ello el grave mal causado conforme lo establece el artículo 69 del referido Código.

DÉCIMO: Que en lo concerniente al delito de producción de pornografía de menores en el que se vio involucrado el acusado, conforme a los hechos que se dieron por establecidos por los jueces de fondo a que ya se hizo referencia en el considerando quinto y conforme se razonara en el motivo sexto, la conducta desplegada por dicho imputado no reúne los requisitos del tipo, por lo que también habrá de absolverse de tal ilícito”.

Finalmente, la sentencia de reemplazo del Tribunal de Alzada en su parte resolutive absolvió a la acusada A.E.V. y al acusado J.B.V.F. del delito de producción de material pornográfico infantil; condenó a la acusada referida a sufrir la pena de cuatro años y seis meses de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa, como cómplice del delito de abuso sexual reiterado cometido en perjuicio de la menor E.A.R., sin beneficios de la Ley N° 18.216; y condenó al acusado precitado a la pena única de trece años de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y al pago de las costas de la causa, como autor de los delitos de violación reiterada, abuso sexual reiterado y abuso sexual, cometidos en perjuicio de la menor E.A.R., los dos primeros, y de V.J.V., el tercero, accesorias legales y al pago de las cosas de la causa, sin beneficios de la Ley N° 18.216.

Comentarios a las sentencias y a la figura de producción de material pornográfico infantil.

Como cuestión previa daremos una mirada doctrinaria al delito de producción de pornografía infantil:

- 1) El art. 366 quinquies amenaza penalmente al que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años de edad.

2) El bien jurídico protegido que se advierte es **la moral sexual colectiva**, por cuanto se desea proscribir **la producción de cualquier tipo de obra impúdica y obscena en que sean utilizados menores de edad**, con la finalidad de evitar despertar los bajos instintos sexuales o provocar libertinaje, cuestiones que, por lo demás, corrompen a nuestra sociedad². Asimismo, se busca proteger **la libertad e indemnidad sexual de los menores**, puesto que ellos no tienen la suficiente madurez para decidir protagonizar una producción pornográfica, que afecta su normal desarrollo físico, emocional y psíquico³.

3) En cuanto a los sujetos del delito, **el activo** puede ser tanto una mujer como un varón, mientras que **el sujeto pasivo** puede ser cualquier persona, en tanto sea **menor de edad**, con independencia de su sexo. O sea, incluye **a todo menor de dieciocho años**, sin que tenga relevancia la circunstancia de que su intervención **sea voluntaria o sin esa voluntad**⁴.

4) La conducta típica prohibida consiste en **“participar de alguna forma en la producción de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido empleados menores de dieciocho años de edad”**. Al efecto debemos precisar:

4.a) Por **producción** debe comprenderse la **“elaboración o fabricación de material pornográfico infantil”**⁵.

4.b) El **sujeto activo** corresponderá al que **asista de cualquier modo, sea filmando, grabando, captando imágenes o sonidos, fotografiando, actuando o interviniendo**⁶, en la producción de material pornográfico infantil⁷. En otras palabras, **comprende a todos y cada uno de quienes intervienen en el proceso de producción**⁸.

La intervención **incluye todo el proceso necesario para la obtención del referido material, así como su elaboración definitiva** (v.gr. montaje, edición o impresión)⁹.

4.c) El legislador ha definido material pornográfico como **“toda representación de menores de dieciocho años dedicados a actividades**

2 Cristián Aguilar Aranela, Delitos Sexuales, Editorial Metropolitana (2008), pág. 164.

3 Aguilar Aranela, obra cit., pág. 164 y 165. Para Molina Cantillana el bien jurídico protegido en la generalidad de los casos es la integridad sexual de los menores de edad puesto “que su utilización en un contexto sexual para la elaboración de material pornográfico constituye una conducta susceptible de producir un detrimento en su bienestar físico, psíquico y emocional” (René Molina Cantillana, Delitos de Pornografía Infantil, Librotencia (2007), pág. 58.

4 Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial Tomo III, Editorial Jurídica de Chile (2000), pág. 404.

5 Molina, obra cit., pág. 63.

6 Tribunal Oral de Antofagasta, 16 de diciembre de 2006, RIT 164-2006.

7 Aguilar, obra cit., 165.

8 Garrido Montt, obra cit., T. III, pág. 404.

9 Molina, obra cit., pág. 63.

sexuales explícitas, reales o disimuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales” (art. 366 quinquies inciso 2º)¹⁰. Además, la Ley N° 19.846 sobre calificación de producción cinematográfica entiende por contenido pornográfico, la **“exposición abusiva o grosera de la sexualidad o la exposición de imágenes obscenas, con interacciones sexuales más o menos continuas que, manifestadas en un plano estrictamente genital, constituyen su principal fin”** (art. 2 letra d).

4.d) La faz objetiva del tipo, al exigir para su punición la utilización de menores de dieciocho años, impone la necesidad de que **la producción de material pornográfico considere al menos uno de ellos en una o más representaciones, imágenes o fotografías, fundado en el carácter personalísimo de los bienes jurídicos cautelados (indemnidad o libertad sexual)**¹¹.

4.e) En cuanto al concepto de **representación** contenido en el art. 366 quinquies inciso 2º, debe entenderse como **“toda captación de imagen y sonido, las que podrán encontrarse en cualquier clase de soporte, sea papel, magnético o digital. Así, la representación podrá consistir en fotografías, dibujos, grabaciones visuales contenidas en cintas de video, DVD, aparatos de telefonía celular con cámara digital incorporada, etc., y también en grabaciones sonoras de la voz del menor”**¹².

4.f) Al exigir el tipo la utilización de **menores de edad**, supone que **la producción pornográfica los incluya como partícipes de la obra, en un rol principal o secundario**, descartando su intervención como colaboradores externos de aquélla, por no afectarse en tal caso el bien jurídico cautelado. Tampoco como espectadores de la misma, por encontrarse captada dicha hipótesis en el art. 366 quáter.

4.g) La conducta del agente se agota **al participar en la elaboración del material pornográfico infantil**, siendo irrelevante el objetivo perseguido por éste al asistir a su creación¹³.

5) Acerca de la faz subjetiva del tipo, el sujeto activo debe actuar con **dolo directo** al colaborar en la creación de la obra y, al menos, con **dolo eventual** “en cuanto al hecho de ser **la producción propiamente pornográfica** como

10 Este concepto corresponde al desarrollado por el art. 2º letra c) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (Molina, obra cit., pág. 64).

11 Aguilar, obra cit., pág. 166.

12 Molina, obra cit., pág. 64 y 65. El citado autor agrega que los dibujos pornográficos serán captados por el tipo cuando efectivamente se haya utilizado a menores en su elaboración, como cuando aquéllos han actuado como modelos y posado para el dibujante; en caso contrario, o sea, si sólo emanan de la imaginación del imputado, restarán impunes por falta de tipicidad (obra cit., pág. 67 y 68).

13 Aguilar, obra cit., pág. 167.

a la edad de los menores que en ella participan”¹⁴. De otra parte, debe **descartarse la exigencia de un elemento subjetivo del injusto** en este delito, consistente en alguna clase de ánimo o tendencia especial, por no exigirlo el tipo y no encontrarse fundamento en la historia fidedigna de la Ley N° 19.927, que agregó este artículo al Código Penal, que lo justifique¹⁵. En efecto, si el legislador hubiere deseado incluir dicha clase de ánimo, lo habría señalado expresamente, como en los arts. 366 quáter y 367¹⁶.

A la luz de lo señalado anteriormente, corresponde indicar, a nuestro juicio, que la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta con fecha 5 de agosto de 2008, **se ajustaba al análisis que en este artículo se defiende sobre el delito de producción de material pornográfico infantil**, por cuanto el hecho fijado consistente en “**tomar una fotografía con un teléfono celular en el momento que un tercero le succionaba la zona genital a una menor de catorce años de edad**”, cumplía con los requerimientos de la figura típica del art. 366 quinquies para dar por configurado el delito precitado, tanto desde un punto de vista de la faz objetiva del tipo, como de la faz subjetiva del mismo, desde que un **tercero captó mediante una fotografía la ejecución de un acto de relevancia y significancia sexual** de los descritos en el art. 366 ter contra un sujeto pasivo menor de dieciocho años de edad, teniendo **el carácter de autores ejecutores tanto la acusada que asistió a la captación de imágenes (fotografía), como el acusado que intervino directamente en su elaboración abusando sexualmente a la ofendida**, constituyendo a la luz de nuestro ordenamiento jurídico-penal, claramente y sin lugar a dudas, material pornográfico infantil **al tratarse de la representación de una menor de edad, existente y verdadera, dedicada a una actividad sexual explícita y real**.

No se está, en consecuencia, de acuerdo con lo resuelto por **la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta** el día 9 de septiembre de 2008 al acoger los recursos de nulidad de los condenados y absolverlos por este delito de corte sexual, ya que justamente **al fijar fotográficamente los imputados la secuencia de un hecho que representaba a una menor avocada a una actividad sexual en vivo en al menos una oportunidad, e insertarla luego en una memoria del mismo aparato celular, procedieron a generar, recrear y procrear una situación fáctica verdadera** que constituye material pornográfico infantil de conformidad al inciso 2° del art. 366 quinquies.

14 Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile (2005), pág. 286.

15 Aguilar, obra cit., pág. 167 y 168. Con esta doctrina, también Politoff, Matus y Ramírez, en obra cit., pág. 286. Agregan estos últimos autores que “se castiga por igual al autor y al cómplice, no exigiéndose que lo haga para satisfacer deseos propios o ajenos, como ocurría cuando (esta figura) se regulaba en el art. 366 quáter”.

16 Con la postura contraria, Molina Cantillana indica que esta figura requiere como elemento subjetivo del injusto el deseo del agente de procurar la excitación sexual de terceros con el material pornográfico producido, o bien, el suyo propio (obra cit., pág. 77).

Tampoco era óbice a su calificación típica que se tratara de **una fotografía en donde apareciera una sola menor interactuando con un adulto**, puesto que, como se ha anunciado, este ilícito **se satisface cuando el material producido considera al menos uno de ellos en una o más representaciones, imágenes o fotografías**, lo que se justifica en la entidad de los **bienes jurídicos cautelados**, esto es, y en la hipótesis concreta, **la indemnidad sexual de una menor de edad**, bien jurídico de naturaleza personalísima que se quebranta con cada reproducción efectuada por el agente, máxime cuando esta interpretación se ajusta con **el mandato contenido en el art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en Pornografía**, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000 **-ratificado y vigente en nuestro país por el D.S. N° 225, y publicado en el Diario Oficial del 6 de septiembre de 2003-** que señala que todo Estado parte adoptará las medidas para incorporar en su legislación penal el castigo por la posesión de material pornográfico infantil, conjuntamente con la **producción**, distribución, importación, exportación, oferta o venta de dicho material, **no requiriendo que el soporte que contenga el material tenga una o más imágenes, con una o más víctimas.**

Finalmente, si bien es cierto que en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.927 publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de enero de 2004 que introdujo los delitos de producción de material pornográfico infantil junto a otras figuras como la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión, exhibición, adquisición y almacenamiento de pornografía de menores de edad en el Código Penal, se discutió que el verbo rector se entendía en cuanto se buscaba excitar a agentes distintos de los partícipes, **aquello fue descartado al no agregarse en el art. 366 quinquies mención expresa a un elemento subjetivo del injusto**, como lo hizo el legislador en los arts. 366 quáter y 367 que castigan los delitos de exposición del menor a actos de significación sexual y favorecimiento de la prostitución de menores y exigen que **la acción típica sea desplegada para procurar la excitación sexual propia o de un tercero, y para satisfacer los deseos de otro**, respectivamente, por lo que mal puede requerirse para su punición “excitar agentes distintos a los autores, cómplices o encubridores” que participaron en la producción del material prohibido.

COMENTARIO DE SENTENCIA SOBRE TRATA DE PERSONAS, CAUSA RUC 0600062854-7 DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SAN ANTONIO

Francisco Soto Donoso¹

En primer lugar, es dable hacer un análisis sobre algunos aspectos argumentativos que la defensa plantea y que creo son de absoluta relevancia a la luz de nuestro actual tipo penal de trata de personas del artículo 367 bis del Código Penal. En efecto, la defensa de las acusadas, ante la pretensión del fiscal de sancionarlas en base a la figura simple de trata, esto es, sin que medien calificantes que la hagan más gravosa, plantea que al salir voluntariamente a ejercer la prostitución en el extranjero las víctimas estarían haciendo uso de su libre albedrío, siendo disponible en este caso el bien jurídico indemnidad sexual, excluyéndose la ilicitud del hecho por estas circunstancias.²

Este encuadre que realiza la defensa en torno a la antijuridicidad de la conducta, desplazando la discusión desde el plano de la tipicidad, llevó al tribunal a realizar un razonamiento basado principalmente en la vigencia misma del tipo penal, para lo cual incluso recurre a su historia legislativa y a instrumentos internacionales que abordan el tema de la trata pero que hoy están superados por normativa más moderna y acorde a los tiempos.³ El problema que ostenta

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Sentencia T.O.P. San Antonio, de 2 de abril de 2008, RUC 0600062854-7. De acuerdo a lo señalado en el considerando 5° del fallo, los argumentos planteados por la defensa en su alegato de apertura son del siguiente tenor: *“Las personas deben ser tratadas como si fueran una cosa u objeto las personas de ahí que es inherente a este tipo penal que la operación se realice contra la voluntad de la persona, ya que para sean tratadas en tal calidad quienes son materia de este delito deben ser contra la voluntad, por lo que es un difícil camino el que intenta realizar el Ministerio Público, al acusar por el delito de trata de personas toda vez que si hay consentimiento, lo cual es un tema netamente jurídico, no podría castigarse por la figura simple que persigue el artículo 367 bis del Código Penal, toda vez que el consentimiento efectuado por una persona adulta, respecto de su libertad sexual, es un bien jurídico disponible, por esa razón evidentemente son las modalidades de engaño, abuso, habitualidad, las que pretende castigar este tipo penal. Sin embargo en un problema jurídico, pero su representada no tiene ninguna participación en los hechos y los funcionarios policiales y las víctimas que ojalá declaren en la audiencia, a su representada se le vincula a doña Margarita Marcos quien nunca salió y doña Jessica Paulsen que tampoco salió, declaren en la audiencia para que se estableciera definitivamente la inocencia de su representada”*.
- 3 A este respecto, se lee en el considerando 20° del fallo: *“En esta dirección, cabe hacer presente que de acuerdo a lo señalado en el Informe de la Comisión de Constitución. Legislación y Justicia, contenida en el boletín 1324, al referirse a la moción parlamentaria, relativa al proyecto de modificación al código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas, estableció que la ideas matrices o fundamentales del mismo*

la argumentación del tribunal, para hacer frente a lo sostenido por la defensa, es que en ningún momento razona a propósito de la forma en que las conductas descritas por el inciso 1° del artículo 367 bis afectan los bienes jurídicos involucrados, limitándose a señalar que se trataría esta figura de un delito de peligro y de mera actividad.

Interesante hubiera sido que el tribunal se manifestara a propósito de las argumentaciones de la defensa, en el sentido de fundamentar la aplicación del tipo penal en el mismo plano planteado por ella. Esto en función de que la figura simple del artículo 367 bis no presenta, a simple vista, una racionalidad basada en la protección de bienes jurídicos individuales. Es esta apariencia la que debía desvirtuar el tribunal, sin lograrlo satisfactoriamente.

Se hace necesario, entonces, señalar cuál sería la línea argumentativa que permitiría dar contenido de injusto a esta figura. Ésta pasa por reconocer el contexto jurídico y criminológico en que se desenvuelve. Tanto en el plano del Derecho Internacional como en el de las legislaciones internas más avanzadas, este contexto se ha denominado “Explotación Sexual Comercial”, ostentando ciertas características específicas que la convierten en un tipo de criminalidad distinta a la común de los delitos sexuales. En lo que respecta específicamente al delito de trata de personas del artículo 367 bis, el tipo penal contiene ciertos elementos que dan cuenta de un contexto de explotación que el legislador quiso sancionar a título de delito de peligro, sin esperar que el objetivo de prostituir a la víctima se concrete en la práctica. Existe, a este respecto, cierto acuerdo en la doctrina comparada en torno a reconocer como bien jurídico protegido en este delito a la dignidad humana, cuestión que por cierto también ocurre en los restantes tipos penales involucrados en la esfera de la Explotación Sexual Comercial. Esta caracterización del objeto de tutela jurídica tiene relevancia porque, por un lado,

eran “la situación, materia o problema específico existente y a cuya solución tiende esta iniciativa legal, es la de consagrar una norma que tipifique y sancione el acto de promover o facilitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que estas ejerzan la prostitución”. En el mismo informe, se indicó que al efecto se consideró la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución, de 1949, donde se tuvo presente que en “su artículo 1° del citado Convenio, señala que las Partes se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona y, 2) Explotare la prostitución de otra, aun con el consentimiento de tal persona”. La Comisión, tuvo además presente la legislación extranjera, en especial la de Italia, España, Colombia y Brasil donde se indicó que “de la legislación penal comparada, tenida a la vista, se desprende que los elementos para la configuración de este tipo penal son los siguientes: a) Los actos que den lugar a la comisión del delito se realiza en países distintos: en uno, se efectúa el reclutamiento de las víctimas, y en el otro, se las destina al mercado de la prostitución; b) las acciones delictivas consisten en facilitar, promover, favorecer, inducir o reclutar personas para la entrada o salida del país, para que ejerzan la prostitución. Generalmente se hace uso de promesas o engaños para facilitar esta acción, no obstante que, para el desplazamiento de un país a otro, puede contarse con el consentimiento de la víctima del delito”.

extrae estas figuras del discurso tradicional sostenido a propósito de los delitos sexuales comunes, en el sentido que los bienes jurídicos en que se basan serían la indemnidad y la libertad sexuales, y, por otro, entrega al legislador mayor flexibilidad para la construcción de los tipos penales atingentes. En este sentido, si sumamos a esto la forma como en la práctica se verifica el fenómeno de la trata de personas, vinculado a la existencia de redes criminales, estigmatización de las víctimas e invisibilidad del problema, entre otras características, la regulación jurídica no podía ser la tradicional. En efecto, un somero análisis del inciso 1° del artículo 367 bis nos revela que el legislador pretendió castigar situaciones en que entiende que la sola promoción o facilitación de la salida del país de origen de una persona para que ejerza la prostitución en otro supone necesariamente un riesgo y desamparo para la víctima. Es evidente que el consentimiento no es considerado por la ley para efectos de tipificar la conducta, cuestión que se explica precisamente por el contexto fáctico que regularmente rodea estas actividades, en que se produce un desarraigo de la víctima en el lugar de destino, en que se termina privándola de la posibilidad de regreso y en el que, en definitiva, existe un ambiente hostil propio de situaciones de explotación.

Visto el tema desde la perspectiva señalada, lo planteado por la defensa a propósito de la disponibilidad del bien jurídico involucrado pierde sentido, en atención a que la relación existente entre éste y el contexto especial en que se desenvuelve el negocio de la trata de personas nos lleva indefectiblemente a plantear la indisponibilidad. En un nivel de antijuridicidad, en donde priman las valoraciones que hace el legislador por sobre las propias descripciones contenidas en los tipos penales, ya existe una toma de postura en orden a proteger a la víctima de este flagelo, entendiéndose cuáles son los riesgos que *per se* producen estas actividades respecto de ella.

En esta misma línea, está en lo cierto el fallo al afirmar que se trataría de un delito de peligro, pues el legislador no espera que se verifiquen las situaciones de explotación para entender consumada la conducta.⁴ Las actividades de prostitución de la víctima, entonces, operan como un elemento subjetivo del tipo, una simple finalidad a la que debe tender el sujeto activo. Además, este fallo se destaca por establecer claramente el momento consumativo del delito, para lo cual recurre a lo sostenido por el profesor Garrido Montt, en orden a que esto ocurre cuando se realiza la actividad prohibida, esto es, las conductas de promover o facilitar, sin que sea necesario siquiera que las víctimas entren o salgan del

4 En este sentido, en el considerando 20° se señala: “Cabe hacer presente, que de acuerdo al análisis antes efectuado, el tipo penal establecido en el inciso primero del artículo 367 bis del Ordenamiento Punitivo, es una figura penal independiente de las figuras agravadas del inciso segundo, por ello se le denomina como tipo penal “simple”, el cual, tal como antes se dijo, se trata de una figura, que aunque pueda ser criticable por su amplitud, constituye un tipo penal de peligro y de mera actividad, el cual se encuentra vigente, por lo que estos sentenciadores deben aplicar dicho precepto cuando sus supuestos se encuentren a acreditados por la prueba de cargo rendida por el ente persecutor, tal como ocurrió en el juicio de marras”.

país, adquiriendo esto último la fisonomía de un resultado que se opondría a la configuración de delito de mera actividad que se reclama para esta figura.⁵

Sin embargo, existen algunos parámetros señalados que están ausentes en la argumentación del tribunal y que darían contenido a un tipo penal que en apariencias no ofrece protección a bien jurídico alguno, pero que a la luz de conceptos tales como la dignidad humana y la explotación sexual, recobra fuerza y sentido. Por el contrario, el tribunal se limita a establecer que los bienes jurídicos conculcados en la hipótesis del inc. 1° del artículo 367 bis serían la libertad y la integridad sexuales, afirmando de paso que también se vulneraría la “dignidad de la persona”. Pero no dice nada más, pues luego complementa lo dicho contravirtiendo lo señalado por la defensa en el sentido que su decisión no significa hacer apología de una “moral de la edad media”, advirtiendo que el reproche no recae en la actividad realizada por las víctimas, sino que sobre los “individuos que ejecutan las labores de promoción y facilitación de la salida (...) para ejercer la prostitución”.⁶

5 En extenso, la referencia a lo señalado por el profesor Garrido Montt se consigna en el considerando 20° de la sentencia: *“Cabe hacer presente, que en este sentido, el Profesor Mario Garrido Montt, en su obra “Derecho Penal” Parte Especial, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, página N° 425, ha señalado respecto de la figura penal establecida en el artículo 367 bis del Código Penal que se “mantiene la tendencia del legislador de crear delitos de peligro, en la especie vinculados a la prostitución. Se hace referencia a la actividad que se denomina “trata de blancas” con sentido más amplio, porque no distingue en cuanto al sexo de la víctima.” El mismo autor señala que las expresiones de facilitación y promoción tienen el mismo alcance que el tipo penal de promoción a la prostitución. (...) Dicho Profesor, al analizar en la página 422 de la obra ya citada, los conceptos de promoción y facilitación, señala que el primero es “inducir o inclinar a otros a dedicarse al comercio sexual” mientras que el segundo “es posibilitar el ejercicio de la prostitución, como sería proporcionar los medios para ese efecto.” (...) El mismo autor, en la página N° 425 del texto ya referido señala que “el tipo objetivo está conformado por las conductas de facilitar o promover la entrada o salida del país de personas, estas conductas son atípicas a menos que se den las condiciones de índole subjetiva que el delito requiere. Cualesquiera actividad en el sentido indicado_ criterio cuestionable por su amplitud_, tales como reclutar personas para tal efecto, publicitar la referida posibilidad, obtener los pasajes para el viaje, los pasaportes o autorizaciones y otras análogas quedan comprendidos en los verbos rectores. El hecho se consuma con la simple realización de la actividad prohibida, no exige que las víctimas realmente salgan o entren al país para que el tipo se dé, porque es un delito de mera actividad, como tal, no requiere resultado”.*

6 En el considerando 20° del fallo se señala en extenso: *“De estos antecedentes, se establecer que efectivamente el tipo penal por el cual se formuló acusación, es una tipo penal independiente de las figuras agravadas que se encuentran en el inciso 2° del artículo 367 bis del Código Penal, que el bien jurídico protegido no sólo es la afectación a la libertad sexual, sino que a la integridad sexual de la persona y en definitiva, a la dignidad de la misma, por lo que no se trata de tener una moral “de la edad media”, como señala la defensa en sus alegatos, sino que, de dar una debida protección a los bienes jurídicos antes indicados, haciendo especial énfasis en que el reproche no recae sobre la actividad que puedan desarrollar un grupo de personas que sale del país, personas que además son consideradas víctimas del delito, sino que sobre los individuos que ejecutan las labores de promoción y facilitación de la salida de dichos sujetos para ejercer la prostitución”.*

En segundo lugar, podemos aproximar algunas ideas a propósito de la absolución de la acusada Pamela Cariaga. El tribunal limita su análisis al hecho que ella no realizó ninguna conducta constitutiva de los verbos rectores “promover” o “facilitar” la salida de personas del país para que ejerzan la prostitución, desprendiéndose de su argumentación la exigencia que se verifiquen actividades materiales concretas. Lo sostenido por el tribunal es insuficiente a la luz de lo establecido en las normas sobre autoría y participación de nuestro Código Penal, ya que en base a ellas se puede castigar, incluso a título de autor, a quien no ha realizado actos de ejecución directos. El artículo 15 N° 3 regula dicha hipótesis exigiendo un concierto previo entre los coautores, cuestión que en este caso no es sostenible descartar en función de la propia dinámica de los hechos.⁷

Por último, mención aparte merecen los aspectos probatorios que resaltan en este fallo. Dentro de todo el caudal de pruebas rendidas podemos destacar las actividades de seguimiento realizadas por la Policía de Investigaciones, así como también la declaración de personas que, sin saber que se trataba de una actividad ilícita, prestaron servicios a los tratantes. Estas pruebas son de vital importancia porque no sólo entregan al tribunal los elementos necesarios para

7 A propósito de la absolución de Pamela Cariaga, en el considerando 22° se señala en extenso: *“De la prueba de cargo presentada por el ente persecutor no es posible establecer más allá de toda duda razonable, que la conducta desplegada por la acusada Pamela Cariaga Vera, sea constitutiva de una actividad tendiente a facilitar o promover la salida de personas del país para que ejerzan la prostitución, atendido que, en la agencia de viajes todos los trámites los efectuó Francisco Sánchez Gámez, y solo le dijo a Karin Cueto que para “futuros viajes”, Pamela se contactaría con ella, es decir no ejecutó ninguna acción positiva en los términos requeridos por el legislador para estimar que ella haya tenido una participación en los hechos por los cuales se le formuló en la acusación. (...) Por otro lado, de acuerdo al resto de los testigos, esta sólo fue vista en los momentos que se encontraban en el aeropuerto, ya que Julio Oyanedel Morgado, indicó que la única persona que daba instrucciones era el hombre que tenía acento español, mismo quien había contratado el viaje. A mayor abundamiento, respecto de ese momento, la defensa rindió prueba testimonial de Jessica Paulsen, quien indicó que ambas eran pareja y que la acusada la fue a acompañar al Aeropuerto, ayudándola a ella, acompañando además una carta y fotografías que refrendaban tal relación sentimental, antecedentes que a juicio de estos sentenciadores articulan una duda razonable respecto a la razón por la que se encontraba en el aeropuerto y en consecuencia, a su efectiva participación en estos hechos. (...) A lo anterior, cabe sumar que de acuerdo a la prueba rendida por el ente persecutor, existe una clara diferencia entre las acciones desplegadas por Roxana Pizarro y Pamela Cariaga, ya que la primera no sólo fue vista realizando trámites junto con “Paco” en la ciudad de Viña del Mar, sino que además viajó a la ciudad de San Antonio a contactar o reclutar mujeres participando directamente en los ofrecimientos que se realizaban, teniendo una actividad directo en el ilícito por el que se les acusó. (...) Cabe hacer presente que tanto el Profesor Mario Garrido Montt en la obra ya citada como el Profesor Luis Rodríguez Collao en su obra “Delitos Sexuales” Editorial Jurídica, página N° 235, exigen en este tipo penal dolo directo, es decir, el conocimiento y la voluntad de que las personas salgan del país con la finalidad que ejerzan la prostitución, sin que sea necesario que dicho propósito se concrete, basta que el agente lo tenga cuando facilite o promueva la salida y justamente, este elemento subjetivo no fue acreditado por el ente persecutor, por lo que respecto de Pamela Cariaga deberá dictarse sentencia absolutoria”.*

acreditar concretamente cada uno de los elementos del tipo penal, sino que también otorgan datos fundamentales para establecer el contexto especial que tiene la trata en sus distintas etapas. Así, dichos elementos de convicción, unidos a las declaraciones de las propias víctimas, fueron aportando coherentemente cada una de las piezas de esta empresa criminal: el proceso de captación, el traslado de un lugar a otro, los elementos para hacer posible dicho traslado, la actividad que iban a desarrollar las víctimas fuera del país, etc. Es importante, en fin, destacar que estas investigaciones son de suyo complejas, requiriendo de mayor proactividad y expertiz para enfrentarlas, cuestión que sin duda se logró con éxito en este caso.

COMENTARIO DE SENTENCIA SOBRE TRATA DE PERSONAS Y FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN INFANTIL

Carmen Gloria Troncoso¹

La sentencia que dictó el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso² con fecha 11 de abril de 2008, por los delitos de trata de personas y favorecimiento de la prostitución infantil, nos devela una realidad que creíamos lejana. Que Chile sea un país de tránsito en materia de tráfico de drogas no es un misterio, dadas nuestras especiales características y las de nuestros países vecinos, pero la trata de personas simplemente no era parte de nuestro lenguaje y es a partir de sentencias como ésta que, por fuerza, comenzamos a familiarizarnos con términos nuevos y con nuevas realidades.

Lo primero que llama la atención son las dificultades que tuvo la fiscalía para rendir su prueba. De las cinco víctimas de favorecimiento a la prostitución infantil sólo una declaró, y las dos víctimas adultas de trata que depusieron lo hicieron cambiando completamente sus primeras declaraciones, debiendo ser contrastadas reiteradamente durante el juicio.

Ahora bien, la débil defensa del imputado se limitó a levantar una tesis paralela vinculada con su calidad de empresario artístico -lo que habría justificado su viaje a España-, y con su situación económica -que no sería concordante con su calidad de “tratante”-, además de intentar soslayar su responsabilidad en la prostitución infantil adjudicándosela a algunos empleados sin experiencia, pidiendo, por cierto, la absolución respecto de ambos ilícitos.

Un esfuerzo tan limitado no justificaría el análisis de esta sentencia y, por lo mismo, en ella se echa de menos una visión más profunda que diera cuenta del real alcance del delito que investigó el Ministerio Público, entendido como un nuevo fenómeno criminal. Ello, como siempre, es una aspiración que no pasa del deber ser y nos devuelve a la realidad de nuestros tribunales, donde es difícil no caer en la transcripción de declaraciones y en donde tampoco se levantan tesis jurídicamente interesantes por parte de la defensa.

Enfrentada la fiscalía a un caso como el que comentamos, inteligentemente entrega al tribunal las pruebas suficientes para lograr la condena. Se utiliza el mecanismo del artículo 332 del Código Procesal Penal para poner en evidencia que entre las primeras declaraciones de las víctimas y el juicio sucedió algo que hizo cambiar su testimonio, siendo lo relevante en este punto la claridad que tuvieron los funcionarios de la Policía de Investigaciones para explicar al tribunal

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

2 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, de 11 de abril de 2008, RUC 0700136875-8.

que las primeras declaraciones de las víctimas se tomaron en el mismo tiempo y lugar, por lo que resulta imposible que hubieran mentido, expresando ambas con igual detalle los hechos vivenciados. Las máximas de la experiencia y los principios de la lógica permiten concluir que la primera declaración es la declaración real, ya que el cúmulo de circunstancias, nombres, lugares y fechas que se entregan no pueden salir de la imaginación de los policías que las consignan, ni menos ser coincidentes entre sí. Con esa simple idea reafirmada durante todo el juicio ya se puede intuir la decisión condenatoria del tribunal.

En este mismo sentido, cuando se investigan casos que tienen una intensidad mayor que la normal, ya sea porque son “mediáticos”, porque tienen como intervinientes a personas conocidas, o porque presentan una mayor complejidad jurídica, parece relevante utilizar el recurso de la simpleza, recurrir a lo que es de sentido común y no esperar que el tribunal se sitúe en un plano superior, donde parece tan difícil explicar lo que ocurre en la vida diaria. El tribunal está mucho más consciente de la realidad de lo que imaginamos, y de ello da cuenta la sencilla conclusión a que llega en el considerando 11° de la sentencia, en el que, ante la queja de la defensa por no haber presentado la fiscalía a la tercera víctima de trata, señala que ésta podía haber presentado dicha prueba sin dificultades y que era obvio que la fiscalía no la presentaría atendida la forma en que habían declarado las otras víctimas, sin la posibilidad de poder contrastar ese testimonio con una primera declaración como en los otros casos. Vemos cómo el tribunal razona y responde con simpleza a un requerimiento de la defensa que pretende dejar mal parada a la fiscalía, pero sin utilizar argumentos de peso.

Por otro lado, si bien en la sentencia no se hizo un cuestionamiento mayor al tema del consentimiento de las víctimas, remitiéndose a señalar el defensor que la ida a España de ellas no tuvo por objeto la prostitución, nos parece relevante referirnos a este importante aspecto siempre presente en estos delitos. Como suele ocurrir en nuestros debates jurídicos, ya sea en tribunales o en la academia, tendemos a desviar nuestro objeto de atención hacia la víctima y no hacia el victimario. Muchas veces en los delitos de robo con intimidación nos preocupamos de la actitud que tuvo la víctima, si se sintió o no amenazada, si era fuerte o débil, incluso en la capacidad que tenía de anticipar lo que le iba a suceder. Qué decir del delito de violación: ¿se resistió la víctima?, ¿se defendió?, ¿qué sintió cuando era abusada?, ¿cómo reaccionó?, ¿por qué no pidió ayuda? En todos estos casos buscamos criterios objetivos de actuación, pensamos en el ciudadano medio e intentamos justificar lo que muchas veces no tiene justificación. Cuando pensamos en general en los delitos sexuales nos vemos enfrentados a barreras muchas veces insalvables: niños víctimas sin relato, mujeres víctimas humilladas y dañadas en su ser más íntimo, hombres víctimas avergonzados, historias de vida que poco tienen que ver con códigos y leyes. Pero, ¿qué ocurre con las víctimas de trata de personas? ¿Qué ocurre cuando nuestras víctimas no se sienten víctimas, cuando declaran en juicio que estaban de acuerdo, por ejemplo, con viajar al extranjero, e incluso cuando señalan que se iban a prostituir y no tienen cuestionamientos morales al respecto? ¿En fin, cuando exoneran de responsabilidad a sus proxenetas?

Analizamos entonces el consentimiento de estas mujeres, que abandonan sus hogares y a sus familias, tratamos de justificar sus palabras en el juicio y nos ubicamos en escenarios de abandono y miseria. Nuevamente, como vemos, nos centramos en las víctimas: qué van a decir, incluso cómo se van a vestir. Tenemos preparados discursos diversos según cómo se desarrolle el juicio.

La prostitución en Chile no es delito. Su regulación se rige por el Código Sanitario. ¿Cómo justificar entonces el inciso primero del artículo 367 bis de nuestro Código Penal? Una atenta lectura de la norma nos ayuda a comprender el fin último que protege la trata de personas. Las víctimas de trata lo son no porque consientan o no en serlo, lo son porque el victimario tiene como fin su explotación –y en el caso de Chile, su explotación sexual–, la que realiza promoviendo o facilitando su entrada o salida del país. Por ello, nuestra mirada debe dirigirse hacia esos sujetos que lucran con seres humanos, sujetos que en principio las tratan bien, les dan dinero, les compran ropa, las ayudan, ayudan a sus familias, las acompañan hacia sus países de destino. En esos actos no hay grandeza, no hay compasión, ni siquiera preocupación; lo único que hay es lucro.

La trata de personas no es un fenómeno cultural que deba analizar un grupo de psicólogos y sociólogos. El tribunal necesita pruebas que den cuenta de un hecho típico y antijurídico, no requiriéndose de un análisis mayor, ya que ha sido el propio legislador quien ha establecido una figura simple, básica, sin mayores condicionantes: el sujeto tiene como fin la explotación de la víctima, para lo cual utiliza ciertos medios que al verificarse consuman la figura descrita en el tipo penal. El fin puede alcanzarse o no, pero el delito se encuentra siempre consumado.

Por estas razones, la explotación sexual de las víctimas de trata por parte de sujetos que la promueven o facilitan es el lugar donde debemos poner el acento. Los casos de laboratorio en que encontremos a víctimas que realmente quieran ser parte de una red de explotación de mujeres, que consientan en ello, con conocimiento, no son los casos que llegarán a tribunales ni serán investigados. Es por ello que debemos poner atención no sólo en las declaraciones de esas víctimas. Tenemos que observarlas más allá de sus declaraciones, debemos conocer sus condiciones de vida, sus familias, sus necesidades, la forma en que se desenvuelven, la libertad que tienen y la forma en que han sido vulneradas, muchas veces sin necesidad de que sean ellas quienes lo expresen. Una mujer que está fuera de su país natal, desarraigada, sin contacto con personas ajenas al burdel, que es vigilada y que debe prostituirse para devolver el dinero que le permitió salir del país, no es una persona libre, es una esclava. Ese punto de partida permite entender esta figura simple de trata de personas y los bienes jurídicos que son el objeto de su protección.

El protocolo para reprimir y sancionar la trata de personas, o Protocolo de Palermo, así también lo ha entendido, ya que en su artículo 3° señala expresamente que “el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas o toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”. Estos medios son: amenaza, uso

de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La normativa de Palermo también da cuenta de los otros elementos esenciales del delito de trata de personas: la acción, que se entiende como la captación, transporte, traslado, encubrimiento o recepción de personas, y el propósito, que es siempre la explotación.

En la trata de personas es irrelevante el consentimiento dado por la víctima. Si la persona accedió a ser llevada por los delincuentes, mantiene el estatus de tal. Este hecho se debe a que los medios a través de los cuales una persona ha sido captada para ejercer la prostitución han sido la coacción, el engaño o el abuso de una situación de vulnerabilidad, entendiéndose esta última como cualquiera situación en la que la persona involucrada no tiene otra alternativa real o aceptable más que someterse a los abusos en cuestión.

En relación a todos estos puntos, podemos observar lo importante que resulta acreditar en juicio que efectivamente el imputado recibía dinero por cada mujer que llevaba hasta España -en este caso, quinientos mil pesos-, cómo se aseguraba de acompañarlas hasta su lugar de destino y, del mismo modo, que el lugar de destino era un lugar donde se ejercía la prostitución, lo que se acreditó no sólo mediante los testimonios de las víctimas y policías, sino que también con el expediente criminal sobre prostitución del Juzgado de Cartagena, Murcia, que se incorporó como prueba documental. Recordemos, además, que se probó una conexión familiar entre el imputado y el dueño del local Skay, al que llegaron las víctimas en España.

Al revisar las declaraciones de las víctimas es posible colegir que intentaron restarle importancia a los hechos y, por sobre todo, liberar de responsabilidad al imputado, señalando que no lo conocían con anterioridad, que iba a hacer un negocio a España, que no les pagó los pasajes, que viajaron en su compañía para abaratar costos y no con otro objeto, pero coincidiendo ambas en el hecho que las condiciones que les habían ofrecido al viajar a Murcia habían cambiado, que las mantenían encerradas, que lo que recibían era mucho menos de lo prometido y que, por ello, decidieron irse. En este sentido, y como hemos señalado, al ser contrastadas con sus primeras declaraciones, el tribunal encontró los suficientes elementos para desvirtuar la segunda declaración, pudiendo concluir y acreditar, como reza el considerando 11^o,³ que viajaron con la finalidad de prostituirse y que el acusado les entregó el dinero para la obtención de sus pasaportes, les

3 En extenso el considerando 11° de l fallo señala: “*Que, de la misma prueba antes analizada, los dichos de J.S. y L.M., los antecedentes documentales en que consta la salida del país del acusado, en el mismo destino de las mujeres que salieron a prostituirse, la circunstancia de haberlas invitado y costeados los gastos del viaje, incluyendo pasaporte y pasajes; a lo que debe agregarse que según lo que narró L.M. a uno de los funcionarios él percibiría la suma de \$500.000 por cada una de las mujeres que llevó a España, permiten tener por acreditada su participación; y su decidido propósito de cometer el delito; existiendo dolo directo en su accionar; colmando todos y cada uno de los elementos fácticos que exige la norma, es decir promovió la salida de tres mujeres al extranjero, y*

compró los pasajes e incluso las mandó a comprarse ropas y hacerse tratamientos de belleza.

Por otra parte, irrelevantes resultaron las alegaciones de la defensa en torno a la idea que por la situación económica del imputado era imposible que estuviera adscrito a una red de trata de personas. Dichas alegaciones olvidan que el delito de trata es un delito de emprendimiento, es decir, independiente de la función que se cumpla, siempre se realiza el tipo penal, no debiendo acreditarse algún grado de pertenencia a una asociación. En este caso, se acreditó suficientemente que el imputado proveyó a las víctimas de fondos para obtener la documentación y los pasajes necesarios para salir del territorio nacional a ejercer la prostitución en el extranjero, además de llevarlas al lugar.

Como podemos observar, el tribunal consideró suficiente para acreditar el delito del artículo 367 bis del Código Penal que el imputado hubiere facilitado la salida de las víctimas del país con la finalidad de prostituirse, siendo irrelevante el consentimiento que manifestaron, hecho que si bien no fue debatido por la defensa, subyace en la decisión condenatoria del tribunal: las víctimas se fueron a España a prostituir y al llegar allá, las condiciones que les habían ofrecido cambiaron sustancialmente, razón por la que deciden irse. No olvidemos que acá se contrastan dos declaraciones: en la primera viajan a España para prostituirse, por las razones que sean, llegan allá y al ver que les cambian las condiciones,

les facilitó los recursos para hacerlo; además las llevó el personalmente hasta el sitio en que debían prostituirse.

La alegación de la defensa en cuanto a que su viaje tenía por objeto la promoción de su principal artista el cantante Antonio Ríos, no resiste mayor análisis, porque si bien los testigos presentados por su parte Arnaldo Francisco Panelli Villalobos, Nelson Hernán Gana Coradines, Luis Eugenio Fuentes Silva, Germán Limari Tapia, Alexis Rodrigo Larenas Quiroga y Hernán Segundo Pérez Alvarado se refirieron a esta actividad, la verdad es que sus dichos fueron vagos e imprecisos, todos ellos sabían que estuvo desempeñándose como promotor de eventos y de artistas, señalando algunos que representó a Antonio Ríos, sin embargo fueron dubitativos respecto al tiempo en que desarrolló tal actividad, refiriéndose incluso a épocas muy pretéritas a la ocurrencia de estos hechos. Por lo demás, si el objetivo era promocionar a Antonio Ríos, lo lógico es que fuera con este artista, o al menos que se exhibiera alguna documentación de los contactos logrados, o finalmente, que se trajera a dicha artista a estrados para que confirmara esa versión, lo que tampoco ocurrió.

La alegación de la defensa en cuanto a criticar que el Ministerio Público no haya presentado a M.C., quien estuvo en dependencias del tribunal, tampoco resiste mayor análisis, desde que esa misma parte pudiendo hacerlo, no la ofreció como testigo, por lo demás, con la experiencia de la S. y de la M., que cambiaron su versión en estrados y respecto de las cuales si pudo contrastar sus declaraciones y en definitiva sus retractaciones; obviamente no tenía objeto presentar a una testigo respecto de la cual no tenía esa primera versión.

De esta manera, resultó demostrada la participación con dolo directo del acusado Carlos Parra Ruz en el delito de promoción o facilitación a la salida del país de tres personas para que ejercieran la prostitución en el extranjero, adquiriendo el tribunal, sin lugar a duda alguna, la convicción de la existencia de un hecho punible y que en él le cupo participación al acusado por lo que decidió dictar sentencia condenatoria en su contra”.

no las dejan salir, se encarece todo y ven que no podrán pagar la deuda sino sometiéndose a dichas condiciones, deciden irse; en la segunda, viajan a España para mejorar su calidad de vida, trabajan como coperas y camareras, y llegado un momento les dicen que deben ejercer la prostitución, razón por la que deciden irse.

Este punto resulta relevante y es precisamente aquí donde podemos apreciar la vinculación con los bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de personas.

El profesor Luis Rodríguez Collao, en su texto “Delitos Sexuales”⁴, desarrolla in extenso el tema de los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales. Señala este autor que en su forma simple la figura sería prácticamente inaplicable, porque atendido el amplio espectro de hipótesis que aparecen cubiertas por la forma agravada, los únicos casos que podrían quedar comprendidos son aquellos en que la persona consiente en cruzar las fronteras con el propósito de ejercer la prostitución, agregando que como la indemnidad sexual es un bien jurídico disponible, la voluntad del sujeto excluiría la ilicitud del hecho incriminado. Haciendo un parangón con el delito de favorecimiento de la prostitución, agrega que resulta claro que la intención de la norma no es castigar la inmoralidad intrínseca del acto a través del cual se favorece el comercio carnal, sino proteger la indemnidad de la víctima, puesto que el artículo 367 restringe la punición a aquellos casos en que la persona prostituida fuere menor de edad.

Sobre el concepto de indemnidad sexual, señala que en estricto rigor, alude a una estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas. Para el autor este sería el concepto más adecuado, ya que permite dar una respuesta coherente a la mutación de las actitudes sociales, precisamente porque actúa sobre la base de parámetros perfectamente graduables. Como consecuencia del principio de la autonomía ética del individuo -derivación del reconocimiento del valor de la dignidad humana- nadie podría desconocer que las personas poseen una plena capacidad de autodeterminación en el campo sexual, de lo cual se sigue que la indemnidad sexual es un bien jurídico perfectamente disponible. En otras palabras, que el consentimiento válidamente emitido para la ejecución de un acto sexual prima sobre el interés estatal por proteger a la persona, aunque ésta efectivamente se vea expuesta a sufrir alguna forma de detrimento a raíz de la ejecución de ese comportamiento. La autonomía del individuo se traduce en su capacidad de autodeterminación, es decir, en la aptitud para decidir libre y racionalmente sobre cualquier modelo de conducta y para actuar conforme a sus propios criterios valorativos.⁵

Como ha quedado claro, si examinamos la sentencia a la luz del bien jurídico indemnidad sexual, siguiendo al profesor Rodríguez Collao, la decisión de

4 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, “Delitos Sexuales”, p. 235 a 237, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

5 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, op. cit., p. 127 y ss.

condena del TOP sería al menos discutible. Sin embargo, y utilizando los mismos conceptos vertidos en el libro referidos ahora a la “integridad sexual”, estimamos que la decisión de condena del tribunal es perfectamente coincidente con la protección del bien jurídico señalado y que se incorporó a nuestro Código Penal a partir de la modificación del año 2004. Señala el profesor Rodríguez Collao que junto a los conceptos de integridad física y salud, el código vigente en España da cabida también a la noción de integridad moral de las personas, expresión bajo la cual se agrupan varios tipos que tienen en común el hecho de implicar un cierto grado de violencia y un trato degradante para la víctima. Pero algunos entienden el calificativo de “moral” como opuesto a lo físico, otros sostienen que al tutelar la integridad moral, el derecho no sólo protege a la persona contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino de toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular, por lo que la integridad moral podría ser homologada con la inviolabilidad de la libertad. Por ello se entiende que su vulneración se produce cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre, de forma que no quepa atribuir la conducta de la víctima como propia.⁶

Sin duda que estas proyecciones teóricas respecto del bien jurídico en los delitos sexuales son perfectamente aplicables a los hechos que se conocieron por el TOP de Valparaíso: las víctimas viajaron hasta España sabiendo que se iban a prostituir -lo que sin duda facilitó el acusado- pero ese consentimiento no anula el acto, no lo hace atípico, porque las víctimas viajaron a España pensando que les pagarían entre 600 y 1000 euros al mes y al llegar allá se dieron cuenta que las condiciones no eran las que les habían prometido, tal como lo establece el considerando 10°:⁷ *“estaban encerradas todo el día, a las seis de la tarde debían salir*

6 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, op. cit., p. 88 y ss.

7 En extenso, el considerando 10° a este respecto señala: *“La promoción consistente en el reclutamiento de las tres mujeres para su salida al extranjero fue demostrada con los dichos de J.B.S.M. señaló que en el año 2005 quería salir de viaje por motivos personales y en agosto del 2005 se puso en contacto con L.M., le comentó que se iba a ir del país porque su hermano estaba en Barcelona y la mandaba a buscar, no sabía en que trabajaba L.. El Ministerio Público le hizo valer una contradicción con lo declarado ante la Policía de Investigaciones por delegación del Fiscal, declaración tomada en Viña del Mar el 27 de abril del 2007 en que señaló: “recuerdo que en agosto del 2005 se encontró con su amiga L. y le dijo que la iban a llevar a España a trabajar a un prostíbulo y su amiga trabajaba en esto por eso no le extrañó lo que le decía”. Explicó que eso lo señaló bajo presión porque estaba trabajando y no la dejaban irse. Continuando con su testimonio expresó que no conversaron con L. cuanto podía ganar trabajando en España y que ésta no le comentó que necesitaban más mujeres para trabajar en prostitución; la testigo antes de ese viaje no había ejercido la prostitución; se le hizo valer una nueva contradicción, con lo que había expresado antes: “me dijo que le pagaban todos los gastos del viaje, pasaje y pasaporte y todos los gastos y además que le iban a pagar mucha plata, hablaba de 600 a 1000 euros mensuales L. le comentó que faltaban mujeres para ir a trabajar por lo cual considerando en que aquel momento se encontraba mal emocionalmente (...) En su contrastada declaración esta testigo continuó mencionando que Don Carlos arrendó un automóvil para irse a la ciudad de Murcia; en el juicio expresó que no le devolvió*

la plata a don Carlos, sin embargo en la etapa investigativa había dicho: “Charly nos dijo que nos íbamos a Murcia y en ese momento ya nos habían quitado los US\$800”. Señaló que se fueron directamente al Skay, porque se iban a alojar en el local; donde hay unas casas de containeres, en que habían tres camas y un baño para las tres; al día siguiente comenzó a trabajar, en el local que administraba Jano; trabajaba ocho horas; ella trabajó desde las seis de la tarde hasta el cierre, dos y media a tres, depende de cómo estuviera la noche, alcanzó a trabajar tres días, ella le consultó a don Carlos por trabajo en el local en que trabajaba su sobrino, le consultó y éste dijo que si había trabajo, el trato era de trabajar de copera, al terminar la semana no le quisieron pagar porque le dijo el Jano que por orden de su jefe llamado José debía prostituirse, lo mismo que L., por eso se vinieron; M. se quedó porque era la pareja del Jano acá y fue su decisión quedarse, no sabe si prostituyéndose porque ella se fue; cuando estaba en el lugar se comunicaba con su familia de un teléfono público que estaba a la vuelta, ella llamaba cuando se le ocurría, en el lugar no tenían teléfono, no podían salir todos los días y a cada rato; la señora del Jano era Rumana y se llamaba Nicoletta; ella estaba como guardia para que no se fueran a arrancar supuestamente, estuvieron encerradas cuando se vino don Carlos. Dijo que el sistema operaba de la siguiente manera: las niñas que trabajan allí cobraban 42 euros y diez euros quedaba para la casa; a ella le pagaban semanal doscientos euros; ellas estaban haciendo otra cosa y pagaban semanalmente la comida y el alojamiento; las niñas se ocupaban con el cliente y de esa plata debían pagar el alojamiento y la comida, no sabe si los pasajes; conversó con L. para irse y tenían que esperar que les pagaran; no recuerda que más hablaron: de conformidad al artículo 332 del Código Procesal Penal se le refrescó memoria con la declaración anterior en que dijo: “juntos con la L. empezamos a hablar que nos habían mentido y querían arrancar del lugar”; la L. empezó a hacer problemas con otras chicas y se pudieron ir, o sea las echaron, L. había peleado con M., no sabe porque, le preguntaron si se quería ir y ella dijo que sí, eran las doce de la noche, estaba en Murcia con su pasaporte y el dinero que todavía le quedaba, se fue donde el cuñado de L. que vivía en Torre Vieja, allí se quedaron en un hotel porque era tarde y al otro día se juntaron con el cuñado de L., porque él tenía que ir a trabajar y se reunieron el sábado en la tarde (...) Se oyó a L.M.M.P. quien señaló que ejerció la prostitución cuando fallecieron sus papás el 2002 hasta el 2006 (...) Mencionó que llegaron los cuatro juntos a Madrid y de acuerdo a lo que decidieran en el trabajo se quedaban y si no se iban; ella llevaba ochocientos dólares que le mandó su hermano; arrendaron un auto y se fueron donde el sobrino de don Carlos, quien supuestamente conocía el camino, J. llevaba un mapa que le dieron en el aeropuerto; el local estaba en la carretera y había casas cerca; no se acuerda mucho porque ha pasado mucho tiempo; el Ministerio Público le exhibió las fotos del local Skay, dijo que era la entrada del negocio; ella era camarera, J. copera y M. hacía el aseo en los baños; los clientes se podían ocupar con algunas niñas (...) Estuvieron trabajando cinco días en ese lugar; le gustó el trabajo; cuando se fue don Carlos al otro día le quitaron la labor y querían que se dedicaran a la prostitución; les pagaban por hora y le pagaban cuarenta euros por las cuatro horas, con don Carlos no hablaron de plata; lo que le pagaban era lo que ella esperaba ganar; duró cinco días porque dejaron de ver a don Carlos, quien tuvo que viajar porque se enfermó su padre; y el Jano salió con que debían prostituirse; a don Carlos, lo vio hasta que la dejó en el local Skay; la primera noche que llegó a Murcia descansaron hasta el día siguiente a las dos de la tarde; las echaron a la calle les dieron treinta euros a ella y a J.; a los cinco días que estuvieron no les quisieron pagar y les dijo el Jano que si no querían prostituirse debían irse y les pagaban los treinta euros, las echaron a la calle a ella y a J., no sabe que pasó con M., ella se quedó ahí; expresó que durante el tiempo que estuvo en ese local tuvo la posibilidad de llamar a su familia; lo que fue contradicho con lo declarado ante

a trabajar hacia el club nocturno donde debían prostituirse, por cada relación sexual, se cobraban 52 euros que eran 10 para pagar la manutención, comida y alojamiento y los otros 42 eran para costear lo que les había salido el pasaje, les estaban cobrando quince mil euros que debían pagar en un plazo no superior a tres meses...”; “... al cabo del tiempo se dieron cuenta que ni podían salir ni tener contacto con nadie, de alguna manera las obligaban a atender clientes para saldar la deuda por eso se generó una molestia; eran vigiladas por cámaras y por la esposa de Meza, una rumana...”. Como podemos observar, no se trata sólo de la indemnidad sexual. Aquí se vulneran distintos bienes jurídicos: la integridad psíquica y sexual, la libertad y seguridad personal, la libertad sexual, la libertad de desplazamiento, el respeto a la honra de los seres humanos; de allí que debamos entender a la trata de personas en su integridad, observando el fenómeno como un todo y castigando efectivamente a quienes la promuevan y faciliten.

La incorporación de este nuevo concepto -integridad sexual-, si bien puede parecer aún insuficiente, a nuestro juicio permite entender de mejor manera la sentencia que hemos revisado, ya que sin duda, más allá del ámbito estrictamente sexual, las víctimas se vieron limitadas en su libertad y vulneradas en su dignidad.

Una mirada coincidente en este punto la vemos en Politoff, Matus y Ramírez, ya que al estudiar la trata de personas -a la que siguen llamando “trata de blancas”- lo hacen en el capítulo que se refiere a los delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual, y no dentro del capítulo referido a delitos sexuales, estimando que el bien jurídico protegido en este delito es necesariamente pluriofensivo, ya que en él se tutela tanto la libertad ambulatoria (castigando el engaño de que se sirven los tratantes para mantener a sus víctimas privadas de libertad), como la seguridad personal y la libertad sexual. Agrega que en el caso de la figura simple, no es necesario que concurra ni la violencia ni la intimidación, ni siquiera el engaño, pues la ley parece suponer que el hecho de trasladar a una persona a un país extranjero produce de por sí suficiente desamparo

la Policía donde refirió que: “posteriormente todo cambió nos negaban llamar a nuestras familias y solo salían al lugar donde trabajaban desde las 18 hasta las tres y media de la mañana”.

Explicó que no llegaron a acuerdo con el Jano si se ocupaban con un cliente; aseveración que también se le contradijo con sus dichos anteriores en que manifestó que “cuando ingresaban con los clientes ellos debían pagar 32 euros por los diez minutos que permanecían con ellos teniendo relaciones sexuales”; la testigo dice que eso no lo declaró; que tenía libertad para llamar a su familia; que conoció a Nicoletta y no tuvo problemas con ella; habló por teléfono con su pololo él la llamó, le dijo que estaba bien y no tuvo problemas por esa llamada; no le contó a su pololo que la tenían encerrada, lo que también fue controvertido con su testimonio previo donde había dicho: “no tenía libertad para llamar a su familia, comenzó a tener problemas con una rumana, recibió una llamada de su pololo y le dijo que estaba mal que la tenían encerrada”; explicó que ella discutió con M., peleó por tonteras, discutieron por la hora de salida del trabajo, ella quería trabajar más horas; relató que el día que se fue a la una de la mañana le llamaron un taxi y las echaron con treinta euros en los bolsillos y dos cajetillas de cigarrillos; después llamaron a Chile y se contactaron con su hermano que vivía en Barcelona y con él se fue a trabajar; trabajó un mes por 250 euros y estuvo siete meses en España”.

y riesgo para su seguridad, el que se encuentra aumentado por el propósito ulterior y reprochable del autor de prostituir a su víctima. Señala que, como causa de justificación, el consentimiento no parece tener valor en este delito, entendiendo la ley que en tales situaciones no podría considerarse real aquel, pues las situaciones fácticas en que se produce la trata, privando a las mujeres de la posibilidad de retornar a sus países de origen o de pedir auxilio, hacen difícil apreciar un consentimiento que no esté viciado de antemano.⁸ Como vemos, el análisis coincide con los planteamientos que hemos vertido, y con el Protocolo de Palermo, en cuanto se refiere al estado de vulnerabilidad en que se encuentran las víctimas y con una visión íntegra del fenómeno de explotación sexual que existe detrás del delito de trata de personas.

No podemos, finalmente, dejar de mencionar que la sentencia fue condenatoria por los dos delitos contenidos en la acusación respectiva, obteniéndose una pena de tres años y un día de presidio y multa de 20 UTM por el delito de trata de personas, y cinco años y un día de presidio, por el delito de promoción o facilitación de la prostitución infantil. No nos referimos a este último delito, no con el afán de restarle importancia, sino para realzar el trabajo realizado por la Fiscalía de Valparaíso específicamente en el delito de trata de personas, que por sus especiales características es de suyo difícil de investigar, máxime en un escenario hostil como el que debieron enfrentar los fiscales y sus equipos de trabajo, lo que, por cierto, esperamos contribuya a incentivar futuras investigaciones y obtener nuevas condenas.

8 En este sentido, POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, págs. 206 y ss., 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

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

PUNIBILIDAD DE LA SUSTRACCIÓN O VENTA DE UNA CARTERA DE CLIENTES

Alejandro Moreira Dueñas¹

1. ¿Qué es una cartera de clientes?

Una persona natural o jurídica que pretende desarrollarse económicamente, no solamente debe organizar sus medios productivos de una manera eficiente, sino que también debe contar con un importante activo que se relacione con todo el conocimiento que la experiencia y los años en el mercado le han otorgado. Este especial conocimiento también puede ser adquirido a título gratuito u oneroso, o sea, es un bien comerciable.

Si pensamos en una empresa de bebidas gaseosas, es evidente que su activo no sólo lo integran sus fábricas, máquinas y botellas, sino que también hay un importante bien incorporal que forma parte de su patrimonio; está la fórmula con que se elabora la bebida, la marca, la publicidad, los clientes etc. Estos últimos “bienes” tienen un innegable valor pecuniario y en muchas oportunidades quizás tengan una valía superior al activo físico con que cuenta la organización.

Uno de los actos de comercio enumerados en el Código del ramo es la “venta de un establecimiento de comercio”, operación que no sólo recae sobre el edificio o mercaderías que integran el establecimiento, sino que también sobre el “derecho de llaves”, el que es definido como “...la fuente de utilidad o beneficio que significan para el establecimiento comercial circunstancias tales como su prestigio, ubicación, calidad de la clientela o bondad de los productos que expende”².

Contablemente una persona cuenta con activos tangibles e intangibles. Estos últimos corresponden a “aquellos activos que sin tener existencia física o corpórea, han implicado un costo de adquisición para la empresa y son aprovechables en el negocio.”³ Este tipo de activos pueden ser a su vez identificables y no identificables, los primeros corresponden a “patentes, franquicias, marcas, concesiones, derechos sobre líneas telefónicas, bases de datos, servidumbres, etc.”⁴ En un balance, este activo tiene un valor asignado por su propietario.

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. “Derecho Comercial”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago año 2005, p. 180.

3 “Contabilización de activos intangibles” www.ayudacontador.cl

4 Idem. En el mismo sentido BOSCH BOUSQUET, JULIO y VARGAS VALDIVIA, LUIS en “Contabilidad básica”, Editorial Soelco Ltda., Santiago, año 1989, p. 159.

Tan importante es este activo intangible que el Derecho Comercial tuvo que crear nuevas formas para comerciar con él, principalmente los contratos de know-how⁵ y de franchising⁶.

El empresario también puede llegar a tener información que ha obtenido producto de su propia actividad, y en este lugar se encuentra la “cartera de clientes” entendida como *“un conjunto de personas que tienen la costumbre de requerir los servicios de una casa de comercio”*⁷. Básicamente son datos que se han recopilado que son útiles para el negocio y en algunas oportunidades otorgan ventajas productivas sobre la competencia; luego, puede llegar a ser muy importante mantener dicha información ajena al conocimiento de terceros.

Resumiendo lo anterior, la cartera de clientes forma parte del activo intangible de una empresa y mediante su utilización pueden obtenerse importantes réditos y ventajas comparativas.

2. Derecho Penal y “cartera de clientes”.

2.1. Generalidades.

Como anteriormente señalamos, para un negocio puede ser muy importante mantener cierta información ajena del conocimiento de terceras personas, por lo que probablemente para la organización estos antecedentes tendrán la calidad de confidenciales o secretos, surgiendo la interrogante de si cualquier acto que deleve este tipo de información podrá constituir algún delito.

Antes de referirnos a lo anterior, hacemos presente que en nuestro Código Penal encontramos distintas disposiciones que tipifican conductas que conllevan la vulneración de un secreto, por ejemplo, el artículo 231 en la figura de prevaricación de abogado, castiga al procurador o abogado que descubriera los secretos de su cliente causándole perjuicio; por otro lado, los artículos 246 a 247 bis sancionan a los empleados públicos que develaren secretos o los utilizaren en

5 *“Aquel en cuya virtud una persona que tiene conocimientos especializados y secretos sobre la forma de enfrentar la fabricación y/o la comercialización de un producto, en general, pero no obligadamente protegidos por patentes, modelos y marcas, proporciona a otra persona, natural o jurídica, dichos conocimientos, otorgándole licencia para usarlos en beneficio propio, mediante el pago de una suma determinada, un porcentaje sobre las ventas o utilidades, o de una combinación de dichos conceptos.”* CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO. “Instituciones de Derecho Comercial”, Editorial Lexis-Nexis, Santiago año 2005, p. 863

6 *“Concesión de una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta. El concedente de la franquicia cede al cesionario el uso de la marca del producto, sus métodos de fabricación, y se obliga a suministrarle, en algunos casos, las materias primas o parte de ellas y, en todo caso, los medios de comercialización de los productos, así como también los demás servicios que se hubieren convenido.”* Ídem., p. 864.

7 Ídem, p. 178.

beneficio propio o de un tercero⁸ y el inciso segundo del artículo 247 establece la figura de “*violación de secreto profesional*”.

Más adelante, entre las figuras que agrupan a los “*crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas*”, se encuentra el artículo 284 que castiga al que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de fábrica en que está o ha estado empleado.

En legislación especial existen distintas disposiciones que castigan la divulgación de determinada información sujeta a cierto sigilo, entre éstas podemos destacar el artículo 154 de la Ley General de Bancos que castiga al que proporcionare antecedentes relativos a depósitos o captaciones que reciben los bancos; también podemos nombrar a las distintas disposiciones de la Ley que crea la Agencia Nacional de Inteligencia, artículos 43 y 44, que en términos generales sancionan la vulneración del deber de secreto que sobre cierto tipo de antecedentes recae sobre los funcionarios de la Agencia, y, por último, hacemos referencia a la Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero, que castiga al que difunda o entregue información de cualquier antecedente de una investigación por lavado de activos.

Todas las normas anteriormente mencionadas responden a cierta estructura común en la que una persona se encuentra en posesión de determinado cargo o función que le impone deberes y uno de ellos toma la forma de una prohibición, ya que no se permite la divulgación, y utilización en algunos casos, de antecedentes que ha conocido. También se castiga al tercero que no desempeña alguna función, cargo institucional o contractual, pero que ha entrado en relación con antecedentes que la ley declara secretos, casos a los que hay que agregar la violación del secreto profesional a que nos referiremos más adelante.

En todo caso, y esto tiene importancia para lo que se dirá, en general es la ley la que establece que cierto antecedente o información tiene la naturaleza de secreto y que su divulgación constituirá un delito. Esto, que parece tan obvio, tiene una importante consecuencia consistente en que aun cuando los particulares perfectamente pueden declarar secreta cierta información, piénsese en un contrato laboral, su vulneración, en casi todos los casos, no será constitutiva de delito¹⁰.

8 Véase punto 2.2.6. de este artículo.

9 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS y OSSANDÓN WIDOW MARÍA MAGDALENA. “Delitos contra la función pública”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2005, p. 456.

10 “...los seres humanos viven en el marco de ciertas vinculaciones características hacia los demás, esto es, ostenta determinados roles. Producen una defraudación si abandonan su rol; esto conduce a la responsabilidad por la lesión de una institución”. JAKOBS, GUNTHER, “El concepto jurídico-penal de acción”, en Estudios de Derecho Penal, Editorial Civitas, Madrid 1997, p. 115.

2.2. La situación problemática.

Aproximándonos al tema que motiva este artículo, surge la pregunta de si la divulgación o conocimiento (indebido) de la “cartera de clientes” puede subsumirse en el supuesto de hecho de alguna figura penal o se trata de una situación atípica que no acarrea responsabilidad penal alguna.

Un par de ejemplos podrán explicarnos mejor cuál es la problemática que se enfrenta:

- a) El gerente de ventas de una importante casa comercial es contratado por la competencia y antes de comunicar su renuncia, graba toda la base de datos que contiene los clientes más importantes de la tienda. Sin el conocimiento y autorización de sus ex-empleadores entrega y utiliza la base de datos, logrando un repunte espectacular en las ventas de su nuevo trabajo en desmedro del antiguo.
- b) Un estudiante logra acceder indebidamente al sistema computacional de un banco y copia el listado de clientes junto con los datos necesarios para individualizarlos. Esta información llega a otro banco el que empieza a contactar a los clientes ofreciéndoles sus servicios.

Este tipo de conductas, ¿constituyen un delito? ¿Cuál sería la figura que subsumiría estos hechos? Sin duda que la respuesta no es fácil, por lo que a continuación enunciaremos las distintas figuras que *prima facie* parecieran aplicables a la situación problemática previamente identificada.

2.2.1. Hurto.

Algunos de los requisitos que nuestra doctrina y jurisprudencia exigen en el delito de hurto es que el objeto material sobre que el recae la acción sea una cosa corporal, mueble, ajena y susceptible de valoración pecuniaria¹¹. Si reconocemos que la “cartera de clientes” probablemente esté escrita (impresa o en versión digital) cabe preguntarse si es posible afirmar que alguien comete hurto si se apropia, materialmente, de dicho listado, por ejemplo, si lo imprime y lo guarda en su maletín.

Pareciera que en este caso se cumple con los dos primeros requisitos que debe cumplir la cosa hurtada, pero definitivamente caben dudas sobre los dos últimos.

La ajenidad de una cosa puede ser bastante obvia en la mayoría de los casos, sin embargo, el punto no es tan claro cuando la información se encuentra a disposición de un empleado que la guarda en su ordenador o en un archivador sobre el escritorio. Físicamente el listado está a su disposición y sobre él puede ejercer casi la totalidad de las atribuciones que el derecho de dominio entrega al dueño, sin embargo, y demos por sentado que actúa con ánimo de lucro, pareciera que si se apropia de la lista, sin el consentimiento de su empleador,

11 Véase por todos GARRIDO MONTT, MARIO. “Derecho Penal”. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2000, p. 152 y ss.

la conducta aparentemente caería bajo la figura del hurto pues él no es “dueño” de la información.

En algunas ocasiones este tipo de situaciones se soluciona a través de la inclusión de cláusulas que declaran la propiedad de la empresa sobre la información que mantiene el empleado en los medios que la primera pone a su disposición para desempeñar su labor, pero incluso si no hubiera dicha declaración, los antecedentes relacionados con la empresa seguirían siendo de propiedad de ella.

Aún falta por tratar un tema crucial: ¿Cuál es el valor pecuniario que tiene una “cartera de clientes”? Seguramente será una cifra superior al valor del papel, pero no sería fácil avaluar dichos listados y unificar los criterios que nos lleven a asignarle tal o cual cuantía, pues parece evidente que el listado de clientes de una multinacional tiene un mayor valor que la lista de clientes de nuestro viejo y querido almacén de barrio.

Algunos buscarían la respuesta en que la valoración pecuniaria está en lo que el papel representa, tratando de aplicar la solución que la doctrina da para el caso en que se hurta el boleto ganador de alguna lotería¹², pero no creemos que ésta sea la solución correcta, ya que de por sí la cartera de clientes no representa cantidad alguna de dinero, sino que su utilidad se encuentra en la ventaja comercial que de ella puede extraerse y esa cifra probablemente pueda asimilarse al “lucro cesante”, pero no es algo que esté en la esencia de la lista. Dicho con otras palabras, la utilidad que representa conocer información de la competencia dependerá de la forma en que se aprovecha dicho conocimiento.

Si se acepta lo anterior, inevitablemente debemos concluir que el artículo 432 del Código Penal no es aplicable a la sustracción de la “cartera de clientes”.

2.2.2. Violación de secreto de fábrica.

El artículo 284 del Código Penal sanciona al que “*fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado*” con penas alternativas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Este artículo, que permanece intacto desde la promulgación de nuestro código, fue copiado literalmente del Código Penal Belga sin perjuicio que de todas maneras en la Comisión Redactora se manifestó que “*...esta disposición exige revelación fraudulenta; lo que importa el rompimiento de los compromisos que contrajo el culpable de no revelar los secretos de que se le hizo confianza, hecho que puede ser grave y peligroso para el estímulo y adelanto de las industrias*”¹³.

Si llevamos la problemática anteriormente descrita a este tipo penal nos surge la interrogante de si el “secreto de fábrica” es un concepto equivalente o semejante a la “cartera de clientes”, y por ende, si se puede afirmar que su comunicación

12 ÍDEM, p. 153.

13 MARINKOVIC VERDUGO, MARIO. “Código Penal”, Editorial Cono-Sur, Santiago año 1986, p. 631.

constituya el delito a que se refiere el Código Penal. La respuesta pasa por determinar qué se entiende por “secreto de fábrica”.

La Ley de Propiedad Industrial puede darnos algunos criterios para aproximarnos a una solución. El artículo 86 de la mencionada ley señala: *“Se entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva.”*¹⁴

Desde nuestro punto de vista, el conocimiento sobre un procedimiento industrial se relaciona más bien con la forma o mecanismos con que se obtiene un producto (fórmula, maquinaria, materia prima, etc.), idea que no pareciera abarcar al listado de clientes. Tampoco pareciera que la “cartera” tenga alguna relación con determinados conocimientos sobre el producto mismo, como por ejemplo sus características, utilidades o ventajas sobre otros similares¹⁵.

En virtud de lo anterior, estimamos que el secreto industrial no es un concepto que comprenda o abarque a la cartera de clientes, por lo que la obtención (legítima o ilegítima) y posterior divulgación no cae en el supuesto de hecho del artículo 284 del Código Penal. Esta conclusión se refuerza con lo sostenido por el profesor Etcheberry, quien afirma que la mencionada disposición del código otorga protección al secreto de industria, el que se identifica con las técnicas de fabricación, presentando diferencias con el secreto comercial o empresarial, ya que este último se refiere a los antecedentes financieros y comerciales de una empresa¹⁶.

Si observamos la legislación comparada sobre esta materia, se puede constatar que el Código Penal Español presenta disposiciones semejantes a nuestro artículo 284, sin embargo, para la doctrina de ese país el cambio de denominación del objeto protegido, que pasó a llamarse “secreto comercial”, abandonando el antiguo “secreto de fábrica”, es un concepto mucho más amplio que este último y que sin duda abarca a la cartera de clientes¹⁷.

14 Se debe tener presente que la Ley N° 19.039 no incluyó ninguna sanción penal especial para el caso en que se revelen secretos empresariales. Con todo, el artículo 88 pareciera hacer una remisión al Código Penal para sancionar la vulneración del secreto empresarial.

15 Durante la tramitación de la Ley N° 19.996 que modificó la Ley de Propiedad Industrial en esta y otras materias, se señaló que “la definición del alcance del secreto empresarial no puede ser materia de una declaración formal, sino que es parte integrante de la política de una empresa, que es definida por sus órganos competentes y comunicada a quienes quedan afectos a la obligación de respetarlo. Lo más frecuente es que se haga constar en los contratos de trabajo.” Otras opiniones indican que este secreto abarca el know-how o secreto de gestión.

16 ETCHEBERRY, ALFREDO, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, Tercera Edición, Editorial Jurídica, p. 278.

17 MORENO Y BRAVO, EMILIO, en “Derecho Penal Económico”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2000, p. 382. Este autor da algunos ejemplos de “secretos empresariales”: a) los comerciales (clientes, estrategias, publicidad, etc.); b) los de organización interna y

2.2.3. Espionaje informático y revelación de datos.

La Ley N° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática, contempla una hipótesis de *“espionaje informático”*¹⁸ que se encuentra en su artículo 2, el que castiga al que *“con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él”*.

Por otro lado, el artículo 4 sanciona al que *“maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información”*, agravando la sanción en este último caso cuando el sujeto activo es el *“responsable del sistema de información”*.

En la medida que la “cartera de clientes” se encuentre dentro de un sistema de tratamiento de información, como probablemente ocurra en la mayoría de los casos ya que usualmente estos datos se encuentran alojados en la memoria de un computador, se nos plantea la interrogante de si las conductas consistentes en acceder a ella o divulgarla, pueden ser castigadas por las normas antes señaladas (recuérdese la situación más arriba descrita en la letra b).

Partiendo de la base que la cartera es un dato que en muchas ocasiones será celosamente custodiado por una empresa ya que representa un activo importante para ella, nos parece que si se accede indebidamente a ella, ya sea que se actúe a distancia o presencialmente frente al computador, se está incurriendo en el delito descrito en el artículo 2 de la Ley de Delitos Informáticos, siempre y cuando concurra el elemento subjetivo que integra dicha figura (ánimo de apoderarse, usar o conocer), además del dolo.

A nuestro juicio es importante tener presente que esta conclusión será aplicable cuando hubiere un *“acceso indebido”*, ya que en caso contrario, si por ejemplo el gerente puede conocer libremente esa información, no tendría cabida la figura indicada.

Desde otro punto de vista, la *“revelación o difusión maliciosa”* de la cartera de clientes puede encuadrarse en el tipo descrito en el artículo 4, con la importante limitación que el legislador ha incorporado al exigir que el agente actúe maliciosamente¹⁹.

relaciones de la empresa; c) los secretos técnico-industriales (fórmulas, investigaciones de productos, etc).

18 *“Para Romeo Casabona, consiste en la obtención, sin autorización, de datos almacenados en un fichero informatizado, con la intención de obtener un enriquecimiento económico con ello”*. Citado por MAGIONA MARKOVICH CLAUDIO y LÓPEZ MEDEL MACARENA, en *“Delincuencia y fraude informático”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1999, p. 58.

19 Cfr. MAGLIONA y LÓPEZ, Ob. Cit. *“El tipo nos parece demasiado amplio, y la aplicación de éste requerirá un gran cuidado por el juez. En la redacción del tipo, en ningún momento se habla de secretos. Se llega al término de secreto luego de una interpretación. Creemos que sólo deberían protegerse por este artículo aquellos datos que realmente sean de interés para el sujeto pasivo, que tengan relevancia. Si se ocupa el verbo revelar, esto implica que el dato es secreto. Si se ocupa el*

2.2.4. Estafa.

Quien ha sufrido el “robo” de su cartera de clientes casi con certeza sufrirá un perjuicio patrimonial por lo que seguramente se sentirá “estafado” si ve cómo la competencia se lleva toda su clientela (recuérdese la situación descrita precedentemente en la letra a)). Luego, cabe preguntarse si las maniobras engañosas que una persona dirige a otra para obtener la entrega voluntaria de su cartera de clientes pueden castigarse a título de estafa.

En el entendido que aceptamos la posición mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre los elementos del delito de estafa, a saber, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, y al tratar de encontrarlos en la situación problemática que aquí se trata podemos señalar que, en nuestra opinión, la principal dificultad, pero no única, que puede encontrarse para subsumir los hechos en el artículo 468 del Código Penal, es que nuevamente encontraríamos serios problemas para valorar pecuniariamente el perjuicio, cuestión que ya tratamos a propósito del delito de hurto y cuyas consideraciones estimamos plenamente aplicables en la especie.¹

Sin perjuicio de lo anterior, la dificultad antes denunciada no se presenta en el caso del artículo 473, ya que esta norma no contempla el valor de lo defraudado como criterio para determinar la sanción, pero aquí es posible construir otro argumento para descartar el mencionado tipo penal, y en general de las estafas: se ha sostenido que la disposición patrimonial debe vincularse causal o normativamente al perjuicio y si aplicamos dicha exigencia al caso bajo estudio vemos difícil aceptar que entre estos dos elementos se dé el nexo requerido, ya que, como hemos señalado anteriormente, la cartera de clientes no pareciera tener valor en sí misma, sino que lo tiene por el beneficio que su utilización representa y esto último, que puede o no causar perjuicio dependiendo de la habilidad con que se actúe, no parece estar vinculado ni causal ni normativamente a la disposición patrimonial.

2.2.5. Revelación y uso de información privilegiada.

Cabe analizar si la divulgación y utilización de la información que contiene el listado de clientes puede encuadrarse en alguna de las figuras penales que sancionan el uso de información privilegiada.

Recordemos que la Ley N° 18.045 contempla distintos delitos que castigan la revelación y uso de información privilegiada, definida esta última en el artículo

verbo difundir, no es necesario que el dato sea secreto. Pero insistimos en la idea, los datos deben ser relevantes. Relevancia económica o de otro tipo. Aquí el bien jurídico protegido puede ser de diversa índole, por ejemplo, con este artículo se protegen la privacidad, secretos industriales o empresariales o de otro tipo”. p. 170.

20 No debe prestarse para confusiones el hecho que los activos intangibles en el balance general tengan asignado un valor monetario, ya que como dijimos anteriormente, la cartera de clientes es sólo una parte de dicho activo y no tiene un valor individual por sí sola, sino que en conjunto con los demás integrantes de los “intangibles”.

164 como *“cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley. También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores.”*

Visto lo anterior, no parecieran existir objeciones fuertes para concluir que la “cartera de clientes” puede llegar a ser información privilegiada si se relaciona con un emisor de valores.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley de Valores sanciona la utilización o divulgación de información privilegiada sólo en el contexto de una transacción u operación de valores de oferta pública, por lo que quedarán fuera de la aplicación de estos tipos penales las situaciones descritas más arriba en las letras a y b como también la mayoría de los casos que pueden presentarse, pues la Ley N° 18.045 no castiga la sustracción o apropiación de la información, sino que su utilización en forma indebida para influir en el precio de una acción.

2.2.6. Violación de secretos de particulares cometidas por funcionarios públicos.

El artículo 247 castiga con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa al empleado público que *“sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste”*. Es sabido que muchas áreas de nuestra economía se encuentran fuertemente vigiladas por una serie de organismos fiscales, los que dentro de sus atribuciones y para cumplir su rol, en muchas ocasiones pueden enterarse de información “estratégica” de una empresa fiscalizada, y dentro de ésta puede encontrarse la cartera de clientes, por lo que cabe preguntarse si tendría aplicación este tipo penal si un funcionario público entrega esta última a un tercero, sin el conocimiento ni consentimiento del titular de la información.

En principio nos inclinamos a pensar en una respuesta afirmativa, no obstante, la frase “secretos de un particular” ha sido interpretada en nuestro medio como “hechos relativos a su vida íntima”²¹, entendiéndose que la información protegida sólo corresponde a la que dice relación con una persona natural, afirmación que puede discutirse pues no hay ninguna razón lógica para limitar la expresión “particular” a una persona natural, ni menos para sostener que los secretos protegidos únicamente se identifican con los aspectos de la vida privada.

21 RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW, Ob. Cit. p. 454. Los autores citados además llegan a una serie de interpretaciones bastante discutibles, como por ejemplo, que el delito puede cometerse por omisión, que el perjuicio a que se refiere la ley también abarca al “moral, político, social” y por último que el elemento “perjuicio” a que se refiere la ley constituye una condición objetiva de punibilidad.

Mucho más complejo es compatibilizar el cumplimiento de esta normativa penal con el recién incorporado inciso segundo del artículo octavo de nuestra Constitución, que declara públicos a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, como también a sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

2.2.7. Violación del secreto profesional.

El inciso segundo del artículo 247 sanciona a los que “*ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.*” Es bastante común que empleados o terceros que prestan servicios tengan acceso a cierto tipo de antecedentes (secretos) ya que en muchas ocasiones se relacionan directamente con la labor para la que fueron contratados, por ejemplo, piénsese en una auditoría externa o en una asesoría tributaria.

En nuestra opinión los profesionales que revelen a un tercero la “cartera de clientes” de una empresa podrán ser castigados de acuerdo al artículo 247 inciso segundo, siempre y cuando se les hubiere confiado dicha información voluntariamente (tácita o expresamente) por el cliente en razón de su desempeño profesional, sanción que se justificaría por la defraudación de la confianza en él depositada¹.

Es importante destacar que este tipo penal no exige perjuicio para ser sancionado y que existen figuras especiales, como la prevaricación de abogado, que pueden llegar a presentarse en una situación concursal.

2.2.8. La protección de la propiedad intelectual.

Nuestra Ley N° 17.336 enumera dentro de los objetos especialmente protegidos por la propiedad intelectual a “*las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual.*”

De acuerdo a lo anterior, la ley declara protegidas a las “*bases de datos*”, probablemente porque la manera en que se organicen, agrupen o proyecten será una nueva aplicación o creación sobre la cual se podrá ser titular del derecho de autor. Debe recordarse que la ley también protege expresamente a los programas computacionales, dentro de los cuales existen algunos que simplemente organizan u ordenan datos.

Es bastante común que la “cartera de clientes” se encuentre inserta en una base de datos, por lo que nuevamente se nos presenta la interrogante de si obtener el listado de cliente puede sancionarse por alguna de las figuras penales de la ley de propiedad intelectual.

22 “Tratándose de secretos privados, a la definición dada respecto a los públicos hay que agregar que no basta el mero capricho de que no se sepa si se prefiere ir a veranear a la playa o a la montaña. Debe existir un interés justificado.” POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN-PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2004, p. 514.

La clave para responder a esta pregunta la da la propia Ley de Propiedad Intelectual, al afirmar que la protección legal no abarca a *“los datos mismos”*, luego, si aceptamos que la “cartera de clientes” es sólo un dato, o varios, podemos afirmar que ninguno de los delitos establecidos en esta ley especial tendría aplicación a la situación problemática analizada a lo largo de este artículo.

3. Conclusiones.

La “cartera de clientes” integra el patrimonio de una persona natural o jurídica que desarrolla una actividad económica pues obtiene ventajas y beneficios de su utilización, información que usualmente se complementa con secretos (know-how) y otros datos de relevancia para su propietario.

Ante la pregunta de si la sustracción y utilización ilícita de dicha información se encuadra dentro de las distintas figuras penales que anteriormente se han individualizado, nos inclinamos por los delitos informáticos, violación de secretos de particulares y de secreto profesional sólo en la medida que se cumpla con los requisitos que contemplan los cuerpos legales correspondientes.

ESTADO DEL DELITO DE COMERCIO CLANDESTINO EN LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Verónica Rosenblut Gorodinsky¹

1. Generalidades.

Como punto de partida, y para los efectos de aclarar la terminología que será utilizada en esta sede, resulta importante señalar que cuando hablamos de comercio clandestino, si bien es éste el nombre que generalmente se ha dado a la figura contemplada en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, nos referimos también al denominado comercio irregular, esto es, al tipo penal previsto en el numeral 8° del mismo artículo, dado que la mayoría de las veces las conductas que se persiguen por uno de estos delitos serán también calificables a título de la figura restante, y que ha sido la propia jurisprudencia la que en algunos casos ha hecho sinónimos ambos conceptos², sin perjuicio de que evidentemente se trate de tipos penales distintos y de que por lo mismo sea completamente relevante entender las diferencias que existen entre uno y otro.

El comercio clandestino propiamente tal, previsto y sancionado, como se dijo, en el numeral 9 del artículo 97 del Código Tributario, castiga *“el ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria”* con multa del treinta por ciento de una unidad tributaria anual a cinco unidades tributarias anuales, con presidio o relegación menores en su grado medio y, además, con el comiso de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos.

Este precepto, en lo que se refiere a la conducta típica, se ha mantenido intacto desde la dictación del actual Código Tributario, contenido en el Decreto Ley N° 830, de 1974, y sólo sufrió la derogación de una hipótesis especial relativa a la fabricación y comercio clandestino de alcoholes y bebidas alcohólicas y la modificación del monto de la pena de multa, en los años 1976 y 1981, respectivamente.

Por su parte, la figura del artículo 97 N° 8 sanciona *“El comercio ejercido a sabiendas sobre mercaderías, valores o especies de cualquiera naturaleza sin que se hayan cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que graven su producción o comercio”*, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento de los impuestos eludidos y con presidio o relegación menores en su grado medio.

Como puede verse, en ambos casos se sanciona la realización de una actividad comercial o industrial clandestina, es decir, furtiva, ya sea porque se realiza al

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 JG Temuco, de 17 de agosto de 2007.

margen del sistema impositivo, o bien, a espaldas y oculta de la autoridad tributaria, diferenciándose empero ambas figuras en que mientras la primera persigue sancionar el ejercicio efectivamente clandestino del comercio, la segunda busca sancionar la elusión de los gravámenes que genera dicha clandestinidad.

Fuera de la semejanza que en relación con la conducta perseguida presentan ambos tipos penales, en general, ambas figuras han enfrentado a nivel jurisprudencial las mismas dificultades, las que dicen relación fundamentalmente con la posibilidad de entender que es posible la configuración de estos delitos aun cuando la naturaleza del objeto al que se refiere la actividad comercial realizada sea ilícita, y de otro lado, que la relación concursal en que se encuentran con otras figuras con las que habitualmente concurren, particularmente con el delito contemplado en el artículo 80 b) de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, es de carácter ideal y no aparente, dado que los bienes jurídicos protegidos por unos y otros delitos son distintos, aspectos que precisamente serán lo que revisaremos en este artículo desde la óptica de la jurisprudencia que durante el último tiempo ha emanado de nuestros tribunales superiores de justicia.

2. Análisis de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema relativa a la naturaleza del objeto de la actividad comercial clandestina que se considera típica.

Como se señaló anteriormente, la evolución que ha tenido la jurisprudencia en relación con este punto se refiere al hecho de haber abandonado la concepción según la cual, y tal como se sostenía en muchos fallos, se excluía la posibilidad de que se configuraran los tipos penales en análisis cuando el objeto sobre el cual recaía la conducta era de carácter ilícito, como ocurría por ejemplo en los miles de casos en que el comercio clandestino es desarrollado respecto de copias ilegales de fonogramas.

La razón a la cual puede atribuirse tal evolución, radica en el consenso jurisprudencial que desde hace un tiempo se ha producido en torno a la aceptación de que no existe razón para que se exija que el comercio o la industria clandestina tengan por objeto mercancía gravada.

Tratándose de la figura contemplada en el numeral 9° del artículo 97 del Código Tributario, y con anterioridad a este cambio, la jurisprudencia argumentaba en pos de exigir tal requisito, que *“...no es posible que el Estado, sin contrariar el principio de legalidad constitucional antes esbozado, intente cobrar tributos a quienes para obtener ingresos realizan actividades ilícitas, pues es evidente que de así hacerlo legitimaría la conducta de aquellos que delinquen, al insertarlos dentro del sistema impositivo regular, contraviniendo, como ya se sostuvo, lo dispuesto en el artículo 19 N° 22 de la Constitución Política del Estado el que le otorga libertad a todas las personas, para realizar cualquier actividad económica, en la medida que tales actividades, se realicen conforme a la ley, cuestión que es desde el punto de vista lógico, resulta imposible para aquellos que, a través de una actividad delictual, se procuran ingresos”*.

De esta forma concluían “... que el delito a que hace referencia el artículo 97 N° 9 del Código del ramo, sólo está reservado para los contribuyentes, esto es para aquellos realizadores de actividades lícitas sin estar inscritos en el rol respectivo, aquello se puede concluir recurriendo a la definición que de contribuyente señala el artículo 8 del Código Tributario, norma que prescribe que son contribuyentes “aquellas personas naturales y jurídicas o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectos por impuestos”, definición que debe necesariamente conjugarse, por una parte, con los motivos de la creación del rol general de contribuyentes descritos en el DFL N° 3 de 1969 del Ministerio de Hacienda, el que de manera sucinta explica que se hace necesario identificar a todos los contribuyentes del país y mantener un control del cumplimiento tributario, agregando que con ello se busca una mayor justicia tributaria mediante el control de contribuyentes que no dan cumplimiento a las obligaciones tributarias, como asimismo, con las disposiciones del mismo decreto, el que señala expresamente en su artículo 3, que es obligatorio el enrolamiento sólo en la medida que las actividades que se desarrollen causen y o deban retener impuestos. De, esta forma, puede finalmente concluirse que no es efectivo, como lo pretendían los acusadores, que la obligación de enrolarse era un deber autónomo y por tanto suficiente para configurar el delito de marras, sino que, por el contrario sólo se hace necesario el enrolamiento, en la medida que se sea contribuyente, esto es, en tanto y en cuanto, se desarrollen actividades de cualquier naturaleza lícita que obliguen a pagar y o retener impuestos, lo que, como ya se sostuvo, no es el caso de las actividades ilícitas desplegadas por el acusado”³.

Sin embargo, como se señaló, esta concepción dio paso a la aparición de una nueva corriente jurisprudencial liderada por nuestra Excm. Corte Suprema, que para los efectos de prescindir del mencionado requisito, argumentó que “que el artículo 2° del D.L. 825, de mil novecientos setenta y cuatro, al precisar el concepto de venta, no distingue si los bienes corporales objeto de la convención, tienen una procedencia lícita o ilícita y, a su vez, el artículo 2°, número 1°, del D.L. 824, del mismo año, al definir la noción de renta, prescribe que son los ingresos que constituyen utilidad o beneficio que rinde una cosa o actividad, cualquiera sea la naturaleza, origen o denominación, de donde necesariamente se desprende que **la legislación tributaria no diferencia entre entradas producidas por actividades legítimas o ilegales**. Y en todo caso, la conducta no se comprende entre los ingresos no constitutivos de renta del artículo 17 del último cuerpo legal citado, de todo lo cual debe concluirse que pesa sobre el encausado la obligación que establece el artículo 3° del mismo Decreto Ley, antecedentes todos que llevan a que el recurso no pueda prosperar”, señalando además “Que ello es así porque **no parece equitativo que el legislador grave las actividades mercantiles lícitas y libere de estas cargas aquellas realizadas al margen de la ley** y por eso que el injusto previsto en el numeral 9° del artículo 97 del Código del ramo, castiga “el ejercicio efectivamente clandestino del comercio”, en otras palabras, los actos de esta naturaleza realizados al margen de la legalidad, que es exactamente lo que acontece en la especie pues en realidad no se sanciona propiamente la elusión de los gravámenes, como lo reclama el compareciente, sino el ejercicio furtivo del comercio, acción distinta de aquél, y cuya clandestinidad se refuerza con la procedencia delictual

3 Fallo 4° TOP de Santiago, 18 de marzo de 2006, RUC N°0500233866-8.

de las mercancías, sin perjuicio de la penalidad que pudiera corresponderle por el delito que las originó.⁴

Esta visión ha sido confirmada por nuestro máximo tribunal, en una reciente sentencia⁵ en la cual acogió un recurso de casación en el fondo, por estimar que el tribunal a quo efectivamente había incurrido en un error de derecho al resolver en relación con el artículo 97 N° 9 en referencia, que *“sólo es aplicable al ejercicio efectivamente clandestino de actividades mercantiles o industriales lícitas”*, señalando por el contrario, que *“no existen razones que permitan la interpretación restrictiva en el ámbito de aplicación del citado precepto”*.

Resulta empero importante detenerse en el análisis de los razonamientos que la Excma. Corte utiliza en dicho fallo para los efectos de arribar a tal conclusión, por cuanto apartándose de lo sostenido en pronunciamientos anteriores, descarta la plausibilidad de ciertos fundamentos que antes hizo suyos, y que siendo comúnmente esgrimidos por el Servicio de Impuestos Internos, hoy no considera atendibles.

En primer lugar, la Corte desvirtúa como argumentos invocados para los efectos de rechazar la aplicación restrictiva del precepto, aquellos que atienden a la amplitud con que la legislación tributaria manejaría el concepto de renta, dada la aparente falta de distinción de la procedencia lícita o ilícita de los bienes o servicios que de acuerdo con el artículo 2° de la Ley de IVA deben ser gravados con tal impuesto, y de que el artículo 2° de la Ley de la Renta, la identifica con todo ingreso que constituya una utilidad o beneficio que rinde una cosa o actividad, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación. En segundo término, prescinde también del argumento de texto en virtud del cual el tipo penal en comento no contemplaría la exigencia expresa de licitud de la actividad clandestina, por cuanto sostiene que una interpretación teleológica de las pautas que se consagran en un mismo párrafo pudieran llevar a deducir que, aun satisfaciendo las exigencias del tipo, el hecho investigado no fuera ilícito.

Por el contrario, los Supremos destacan la validez del argumento que alude a la grave discriminación que se habría consagrado por el legislador, si se pretendiera, como se hace en el fallo recurrido, que sólo están gravadas las actividades mercantiles lícitas y no aquellas llevadas a cabo al margen de la ley, y es por ello, señala la Corte, *“que el injusto previsto en el numeral 9° del artículo 97 del Código del ramo, castiga el ejercicio efectivamente clandestino del comercio, en otras palabras, los actos de esta naturaleza realizados al margen de la legalidad”*.

Ahora bien, tratándose de la figura contemplada en el numeral 8° del artículo 97 en referencia, y a diferencia del criterio jurisprudencial actual, nuestros tribunales rechazaban también su configuración cuando el comercio ejercido sin que se hubieran cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que graven su producción o comercio, recaía sobre mercaderías o especies ilícitas, argumentando para ello, *“que el objeto gravado requiere necesariamente que*

4 Fallo Corte Suprema, 19 de octubre de 2006, Rol Ingreso Corte N°999-05.

5 Fallo Corte Suprema, 18 de agosto de 2008, Rol Ingreso Corte N°2155-2008.

*las mercaderías, valores o especies afectas a su producción o comercio deban emanar de una actividad ilícita y no como en el caso sub lite, que se trata de materiales obtenidos en forma ilegal; debiendo considerarse su venta o comercialización como una etapa de agotamiento del delito, puesto que es evidente que la finalidad ulterior del hecho, al reproducir ilegalmente los D.V.D. y CD fue venderlos para conseguir el mero pretendido por su autor; por lo que estos actos posteriores no pueden servir de base impositiva y su correlato punitivo, a título de delito tributario”.*⁶

Sin embargo, al igual que lo ocurrido con el tipo penal del numeral 9° del artículo 97, actualmente nuestro máximo tribunal aboga por sostener una interpretación amplia del tipo penal en cuanto a la naturaleza de los objetos sobre los que puede recaer la actividad comercial ejercida al margen del sistema impositivo, señalando así en un reciente fallo⁷, que reemplazó al fallo de instancia que fue invalidado por el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Servicio de Impuestos Internos en un caso de comercio ambulante del sistema antiguo, *“Que la comercialización de las mercaderías encontradas en poder del inculpatado se hacía sin acatar las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que gravan dicho comercio, por cuanto no otorgó en cada caso la correspondiente boleta de compraventa. El acto de comercio que se ha dado por acreditado se desprende de la circunstancia de haber sido sorprendido el acusado ofreciendo al público la venta de soportes digitales de películas, música, juegos y programas computacionales. Y el incumplimiento de sus obligaciones tributarias fluye inequívoca de la circunstancia de no contar con una iniciación de actividades concordante con el giro, de la total ausencia de documentación que demuestre la regularidad de las operaciones y del testimonio extrajudicial efectuado por la dirigente gremial del Persa Los Tamarindos, en el sentido que no emitían boletas a los clientes. 3°).- Que los sucesos descritos en el párrafo segundo del raciocinio precedente, configuran el delito tipificado en el artículo 97, N° 8°, del Código Tributario, en detrimento del Fisco de Chile, pues el agente ejecutó a sabiendas actos de comercio sobre mercancías sin cumplir las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que gravaban tal comercio”.*

3. Análisis de la jurisprudencia actual de la Excma. Corte Suprema relativa al concurso entre los delitos de comercio clandestino y piratería.

En relación con este punto, primitivamente la jurisprudencia sostenía que entre los delitos contemplados en los artículos 97 N° 8 y 9 del Código Tributario y el delito previsto en el artículo 80 b) de la Ley sobre Propiedad Intelectual N° 17.336, existía un concurso aparente de leyes penales⁸, señalándose en algunos

6 Fallo 25° Juzgado del Crimen de Santiago, 14 de febrero de 2005, Rol N° 60.004-8, confirmado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 23 de octubre de 2007.

7 Sentencia de reemplazo. Corte Suprema, 12 de mayo de 2008, Rol Ingreso Corte N° 6327-07.

8 Fallo I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de julio de 2005, Rol Ingreso Corte N° 641-2005.

fallos que el mismo debía solucionarse por aplicación del principio de especialidad en favor del delito contra la propiedad intelectual, y en otros, que buscando el mismo resultado debía aplicarse el principio de consunción.

Sin embargo, actualmente nuestra jurisprudencia ha alcanzado un claro consenso acerca de que no es posible aplicar a estos casos el principio de especialidad ni el principio de consunción, mayoritariamente utilizados por la doctrina y jurisprudencia para resolver los problemas generados por el concurso aparente y su vinculación con el ideal. En efecto, se ha descartado la aplicación del principio de especialidad argumentando que las figuras en pugna protegen bienes jurídicos distintos, razón por la que no es posible sostener que exista entre las disposiciones que las regulan una relación de género a especie; y que tampoco es procedente el principio de consunción, no sólo porque el contenido del injusto tributario o el disvalor de la conducta no puede entenderse subsumido en el delito que protege la propiedad intelectual, sino también porque de intentarlo se enfrenta la dificultad de aplicar la pena asignada al delito subsistente (propiedad intelectual), contraviniendo lo dispuesto por el artículo 75 del Código Penal.

En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado recientemente en relación con el delito contemplado en el numeral 8° del artículo 97 del Código Tributario y el del artículo 80 b) de la Ley N° 17.336, que *“no existe en el caso específico que se juzga un concurso aparente de leyes penales, que deba ser solucionado a través del principio de especialidad, pues se trata de hechos que afectan bienes jurídicos diversos. En efecto, el artículo 80, letra b), de la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, ampara el dominio del titular de un derecho de autor y el artículo 97, N° 8°, del Código Tributario resguarda al Fisco de Chile, en su facultad de percibir tributos a raíz de la producción y comercialización de bienes”*.⁹

Haciendo suyo tal parecer, nuestras Cortes de Apelaciones han afirmado también la existencia de un concurso ideal de delitos entre la referida figura de la Ley de Propiedad Intelectual y el ilícito del artículo 97 N° 9 del Código Tributario, señalando que *“Quinto: conforme a la doctrina, para que se produzca un concurso aparente de leyes penales que pueda resolverse por el principio de la especialidad, se requiere que el bien jurídico protegido por ambas normas sea el mismo y que la ley especial, además de consignar las mismas exigencias que la general, agregue a éstas una o más que la particularicen, como sucede, por ejemplo, entre la falsificación de instrumento privado y la estafa. Sexto: Que, tal como lo señalan los recurrentes, en el caso de autos, no existe un concurso aparente de leyes penales, por cuanto ambas figuras sancionan conductas y protegen bienes jurídicos diferentes; en efecto, el artículo 80 b) de la Ley 17.336 sanciona la reproducción y venta, clandestina o no, de obras de arte sin la correspondiente autorización de su autor, protegiendo la propiedad intelectual de éste y el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, por su parte, castiga el comercio y la industria clandestina, esto es, su ejercicio sin autorización de las autoridades respectivas, protegiendo el patrimonio fiscal y el orden público económico. Séptimo: Que acorde con lo razonado, en el caso sub-lite nos encontramos ante dos delitos diferentes,*

9 Ob. cit. Corte Suprema, 12 de mayo de 2008.

que deben ser sancionados conforme a las normas contempladas por la ley para los concursos de delitos".¹⁰

4. Conclusión.

Dado el contenido de los fallos anteriormente analizados, resulta posible sostener que, en virtud de la tendencia jurisprudencial actual, liderada de manera contundente por nuestro máximo tribunal, debe instarse por una aplicación amplia de las figuras típicas que estando contempladas en los numerales 8° y 9° del artículo 97 del Código Tributario, buscan sancionar y reprimir el comercio clandestino, esto es, tanto el ejercicio efectivamente clandestino de actividades comerciales que se realizan a espaldas de la autoridad, como la realización de las mismas al margen del sistema impositivo.

Esta aplicación amplia implica, en consecuencia, que resulta procedente entender configurados ambos delitos, cumpliéndose sus demás requisitos típicos, cualquiera sea la naturaleza de los objetos sobre los cuales recaigan tales actividades.

Por otra parte, en virtud de los mismos fallos, puede razonablemente afirmarse que actualmente nuestra jurisprudencia distingue claramente los bienes jurídicos que se entienden protegidos en estos delitos de aquél que salvaguarda la figura del artículo 80 b) de la Ley de Propiedad Intelectual, debiendo sostenerse en definitiva, que existe un concurso ideal entre las figuras del Código Tributario que protegen respectivamente el patrimonio fiscal y el orden público económico, y la figura de la Ley N° 17.336 que protege la propiedad intelectual de los autores.

10 Fallo I. Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de julio de 2007, Rol Ingreso Corte N°1418-2007.

ALGUNOS COMENTARIOS RELATIVOS AL DELITO DE OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE CRÉDITOS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA EMANADA DEL NUEVO PROCESO PENAL

Manuel Zárate Campos¹.

1. Introducción.

El delito de obtención fraudulenta de créditos, previsto en el artículo 160 de la Ley General de Bancos (LGB)², presenta ciertas particularidades que lo distinguen de los llamados fraudes propios regulados en el Código Penal (CP), pudiendo señalarse, en primer término, que se trata de un tipo de fraude especial regulado en una norma extrapenal, cuyo objeto de protección estaría constituido por más de un bien jurídico y no solamente por la propiedad o el patrimonio.

Por otro lado interesa referirse al rol que tendría el perjuicio en este delito, adelantando tal como lo ha admitido expresamente la jurisprudencia, que aquél, al ser considerado un elemento del tipo, justificaría la posibilidad de sancionar grados imperfectos de ejecución del ilícito en comento.

Un tercer aspecto que será comentado corresponde a la posibilidad de sancionar a título de autor, conforme lo dispone el artículo 15 N° 3 del Código Penal, a quien si bien no solicita personalmente crédito alguno, podría imputársele responsabilidad penal a título de autor fundándose en el hecho de ser quien organiza las actividades fraudulentas orientadas a la obtención de los créditos, proveyendo a los autores materiales de los antecedentes falsos.

Finalmente nos referiremos al alcance y naturaleza que exigiría el tipo penal en cuanto suministrar o proporcionar a la víctima *“datos falsos o maliciosamente incompletos acerca de su identidad, actividades o estados de situación o patrimonio”*.

2. Bien jurídico penalmente protegido.

En nuestro concepto, el delito previsto en el artículo 160 LGB corresponde a lo que la doctrina conoce como *“delito pluriofensivo”*, esto es, aquellos en que se protegen no uno, sino dos o más bienes jurídicos, estimando que conjuntamente con el bien jurídico individual propiedad, entendido como comprensivo

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Artículo 160 LGB: *“El que obtuviere créditos de instituciones de crédito, públicas o privadas, suministrando o proporcionando datos falsos o maliciosamente incompletos acerca de su identidad, actividades o estados de situación o patrimonio, ocasionando perjuicios a la institución, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”*.

de todos los derechos patrimoniales de que se es titular³, el delito de obtención fraudulenta de crédito además tiene por objeto la protección de un bien jurídico supraindividual⁴ consistente en el buen funcionamiento del orden o sistema económico financiero.

Esta visión sirve, por lo demás, para entender por qué en la figura del artículo 160 LGB, al regular su penalidad, el legislador no ha seguido la regla general aplicable para el resto de las figuras de defraudación estableciendo penas diferenciadas en atención al monto de lo defraudado, sino que, por el contrario, ha establecido una pena única que consta de dos grados y cuya extensión podrá recorrer el juez en relación con las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes en el caso concreto y no directamente con el monto de lo defraudado.

En este mismo sentido, esto es, admitiendo la función de protección del bien jurídico supraindividual al que se ha hecho mención, se ha pronunciado la jurisprudencia al señalar, a propósito del fundamento de la aplicación de este tipo penal, que *“por su naturaleza especial, excluye a otros tipos delictivos y se corresponde con la necesidad de garantizar seriedad al orden económico financiero, fortaleciendo la conducta de los deudores del sistema, en el sentido que los determine a cumplir las obligaciones contraídas con la banca e instituciones financieras, lo cual redundará en un beneficio directo para el común social, toda vez, que un sistema eficiente y estable propende a tender a una baja en los costos e intereses de los productos ofrecidos por tales entidades”*⁵.

Según lo anterior, sería posible concluir, entonces, que, sin perjuicio de la protección del patrimonio de la víctima directamente afectada, este delito también estaría orientado a asegurar el correcto funcionamiento del mercado en su dimensión financiera, de manera que se respeten las condiciones en las cuales las diferentes instituciones financieras contratan con los particulares, asegurando también la participación en situación de igualdad de dichos particulares en el sistema económico.

3. Naturaleza y rol del perjuicio. Posibilidad de sancionar formas imperfectas de ejecución.

A partir de la exigencia planteada por el tipo penal previsto por el artículo 160 LGB en cuanto a la concurrencia de un perjuicio, parece necesario referirnos a la naturaleza y rol que tendría dicha exigencia, adelantando que aquél debería ser analizado desde la perspectiva del *“principio de lesividad”*⁶, entendiendo que

3 Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tomo III, pág. 288, Editorial Jurídica de Chile.

4 Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos Supraindividuales. Universidad Pública de Navarra, Valencia, 1999.

5 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, dictada con fecha 13 de septiembre de 2005. Causa RUC 0300084887, considerando 10°.

6 Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, 6ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona 2002, p. 144.

al exigir su concurrencia, el legislador ha querido enfatizar la necesidad de que para la realización del tipo penal es necesario que se verifique la afectación de los bienes jurídicos indicados en el punto anterior, entendiendo que en un caso se requerirá la lesión de uno de ellos (individual) y en el otro su efectiva puesta en peligro (supraindividual).

Tratándose de la lesión requerida respecto del bien jurídico individual (propiedad), dicha lesión se produciría al momento en que la institución otorga el crédito al particular poniendo a su disposición la cantidad de dinero respectiva, realizando así una efectiva disposición patrimonial en la medida que como contrapartida de dicha operación se genera contablemente para el banco una cuenta por cobrar.

En ese mismo instante también se produciría la lesión o puesta en peligro del bien jurídico supraindividual (correcto funcionamiento del mercado en su dimensión financiera), en la medida en que contraviniendo las normas y estándares del sistema financiero, rompiendo la igualdad de acceso a crédito de los particulares y colocando en riesgo la satisfacción del crédito que se genera para el banco en su calidad de acreedor, se ha otorgado un préstamo a quien, por aplicación de un criterio de peligro estadístico⁷, si ha presentado antecedentes falsos o maliciosamente incompletos para obtenerlo, probablemente carecerá de las facultades económicas suficientes para cubrirlo, o bien, teniéndolas, voluntariamente no cumplirá con sus obligaciones crediticias.

El planteamiento antes expuesto se encuentra íntimamente relacionado con la determinación de cuál es la naturaleza jurídica del perjuicio, discusión que en la doctrina se ha reconducido básicamente a dos alternativas, considerándolo un elemento integrante del tipo penal o bien una condición objetiva de punibilidad, categorías dogmáticas que generan efectos opuestos en cuanto a admitir o no la existencia y sanción de formas imperfectas de ejecución del delito y su punibilidad.

Digamos a este respecto que tratándose de las condiciones objetivas de punibilidad, la sola admisión de su existencia ya constituye un asunto debatido en la doctrina⁸. Aún más lo es la definición de sus contornos que permitiría admitir en algunos casos su presencia. Una noción genérica al respecto la entrega Etcheberry, quien señala que los autores alemanes dan el nombre de condiciones objetivas de punibilidad *“a ciertos eventos ajenos a la acción misma, pero cuya concurrencia es indispensable para poder entrar a aplicarse la pena”*⁹.

7 Ídem cit. 6, pág. 228.

8 Así niegan la independencia de las condiciones de punibilidad como elementos ajenos al tipo autores como Sáinz Cantero en España y Luis C. Cabral en Argentina, para quienes todo presupuesto de la pena debe ser considerado como elemento del delito. Mir Puig también incluye las condiciones objetivas de punibilidad como integrantes del tipo penal.

9 Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Parte General tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 12.

Para quienes aceptan la existencia de dichas condiciones, su ubicación estaría fuera del injusto, constituyendo una verdadera cuarta categoría delictiva o de presupuesto de punibilidad¹⁰, más allá de la estructura tripartita del delito conformada por la tipicidad, antijuricidad y responsabilidad (culpabilidad, si se prefiere), presentándose en algunos delitos como condición adicional a la punibilidad. En efecto, se trataría de supuestos que no corresponden “*al núcleo del injusto y de los disvalores que dan cuenta de éste*”¹¹.

Entender que el perjuicio corresponde a una condición objetiva de punibilidad, conllevaría diversas consecuencias, siendo una de ellas la necesaria existencia de perjuicio como presupuesto necesario para posibilitar la imposición de la pena en estos delitos, pues, *a contrario sensu*, en caso de no verificarse dicho elemento, por tratarse de grados imperfectos de desarrollo del delito, éste quedaría impune mientras no se verifique la condición.

No obstante el planteamiento anterior, el perjuicio exigido por algunos tipos penales (entre ellos la obtención fraudulenta de créditos) más que una condición de punibilidad, debería ser entendido como un elemento más del tipo penal respectivo, admitiéndose con ello la procedencia de formas imperfectas de ejecución, perfectamente punibles de acuerdo a la regla general prevista en el artículo 7 del Código Penal.

Este parece, por lo demás, el criterio dominante en nuestra jurisprudencia reciente, sancionándose expresamente grados de ejecución imperfecta del delito del artículo 160 LGB, situación imposible en caso de estimarse que el perjuicio (vinculado a la fase de consumación del ilícito) constituye una condición objetiva de punibilidad.

Abonando este planteamiento, a continuación se citan algunos considerandos jurisprudenciales en tal sentido:

*“De este modo este juez disiente del argumento vertido por la defensa en orden a entender que es condición objetiva de punibilidad, la existencia de un perjuicio para la entidad bancaria, toda vez que el delito en cuestión admite grados de ejecución imperfecta y para el caso sub-lite, habiéndose dado principio a la ejecución del delito por hechos directos de parte de la imputada, obstando para su consumación uno o más para su complemento, se sancionará de este modo conforme a lo que se señalará en lo resolutivo”*¹².

“Que se solicitó por la defensa, en primer lugar, que se absolviese a su representado sosteniendo que la figura penal del artículo 160 de la Ley General de Bancos no admitía la etapa de frustración, petición que es rechazada por el Tribunal, pues dicha

10 Roxin, Klaus, Derecho Penal Parte General. tomo I, traducción 2ª edición alemana, Civitas, p. 970.

11 Soto, Miguel, La apropiación indebida (acción, autor y resultado típico), Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1994, p. 67.

12 Sentencia Juzgado Garantía de Santiago, dictada en procedimiento simplificado con fecha 7 de diciembre 2006. Causa RUC 0600234526-7. Considerando 10°.

norma no excluye expresamente dicha forma imperfecta de ejecución, y porque con el accionar del imputado se puso en riesgo el bien jurídico protegido, cual es el fundamento de la sanción a todo iter no concluido, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de nuestros tribunales a propósito del delito contemplado en el artículo 198 del Código Penal que también contempla como uno de sus elementos el perjuicio (Ref; Lexis Nexis, Rol 1326-2000, de fecha 31 de marzo del año 2000, Corte de Apelaciones de Santiago.). Que se desecha igualmente la petición subsidiaria de la defensa en orden a sancionar los hechos como un delito tentado, pues según ha quedado establecido el imputado realizó todos y cada uno de los elementos del tipo penal, en cuanto solicitó y obtuvo los créditos desde las entidades bancarias, presentando antecedentes falsos para ello, viéndose frustrado su accionar por causas independientes de su voluntad como lo fue el accionar policial”¹³.

“Que no se hará lugar a la petición de la Defensa en cuanto pide que se declare que los hechos quedaron en grado de tentativa, porque a juicio de la sentenciadora tratándose de un delito de resultado, a la luz de los hechos que han quedado acreditados, los imputados aportaron todos los documentos exigidos por el Banco para la obtención del crédito en cada caso, de forma tal que desde el punto de vista del agente, la conducta estaba completa, solo faltaba la entrega del dinero, hecho que no dependía de su voluntad, sino del Banco, y precisamente la entrega del dinero no se realizó, por causa independiente a la voluntad de los hechos, como fue la oportuna intervención de la funcionaria del Banco, a cargo de la plataforma de créditos, quien al verificar la falsedad de los datos aportados por los solicitantes llamó a la Policía”¹⁴.

“Que el tipo penal establecido en la disposición legal citada en el motivo anterior conforma un tipo material o de resultado. En éstos, por exigencia del tipo, se requiere para su consumación, además de la realización del comportamiento en que consiste el núcleo de la acción reprimida, en la especie “suministrar” o “proporcionar”, la producción de un efecto material determinado, en este caso la obtención del crédito que causa un perjuicio a la institución de crédito respectiva. Por lo tanto, la obtención del crédito por el agente criminoso y el consiguiente perjuicio para la institución, al contrario de lo argumentado por el abogado defensor, no son condiciones objetivas de punibilidad, sino que forman parte del tipo, transformándolo, como se indicó, en uno de resultado o material, de suerte que es posible distinguir en el “iter críminis” de este ilícito las etapas de tentativa, frustración y consumación. En el caso actual estamos ante un delito frustrado, ya que la imputada completó su actividad, esto es, realizó todos los actos de ejecución del tipo objetivo, específicamente entregó documentos falsos para obtener el crédito del banco, documentos que por lo demás la misma imputada confeccionó, lo que pone de relieve su ánimo doloso; y si el resultado no se produjo, fue porque se logró detectar el engaño, esto es, por razones in-

13 Sentencia Juzgado Garantía de Temuco, dictada en procedimiento abreviado con fecha 18 de mayo 2007. Causa RUC 0600756755-1. Considerando 7°.

14 Sentencia Juzgado Garantía de Concepción, dictada en procedimiento simplificado con fecha 14 de agosto 2007. Causa RUC 0600598453-8. Considerando 7°.

dependientes de su voluntad, siguiendo la definición de crimen o simple delito frustrado contenida en el artículo 7 inciso 2° del Código Penal”¹⁵.

4. Autoría.

Otro aspecto de sumo interés que ha podido advertirse en alguna jurisprudencia emanada bajo el nuevo proceso penal, es el relativo a la posibilidad de condenar a título de autor a un imputado que si bien no solicita personalmente crédito alguno, a partir de hechos acreditados en la investigación resulta posible establecer su participación como responsable de toda la maquinación tendiente a obtener créditos a través de la presentación de antecedentes falsos por parte de terceros, no obstante no haber solicitado el crédito ni tampoco haber intervenido directamente en la elaboración y/o suscripción de los referidos antecedentes.

Así, por ejemplo, justifica el Tribunal Oral en lo Penal de Curicó la condena a título de autor cooperador de uno de los imputados conforme el artículo 15 N° 3 del Código Penal¹⁶, pues una vez acreditada su participación en al menos dos de los hechos investigados, dicha participación habría consistido en facilitar los contactos generados con algunas instituciones para la obtención de créditos, como también el hecho de figurar arrendando un domicilio donde se habrían elaborado los documentos falsos, el cual además habría servido como lugar de reunión para los imputados, criterio expuesto en la respectiva sentencia:

“La participación del acusado Miguel Angel Labbé Saavedra en los delitos descritos en las letras D) y E) del considerando séptimo precedente, es en calidad de autor cooperador, descrita en el artículo 15 N° 3 del Código Penal, toda vez que, el acusado se concertó con otros para la comisión de actos tipificados en el artículo 160 de la Ley General de Bancos, resultando de la prueba rendida, inequívoco el propósito delictivo fraguado por Miguel Labbé Saavedra y aceptado por los otros partícipes, acuerdo de voluntades que recayó sobre la decisión misma de cometer los ilícitos, las modalidades de éstos y sobre la forma en que se desarrollaría su ejecución, lo que en la práctica, se tradujo en la obtención de créditos en instituciones financieras de la plaza, mediante la presentación de antecedentes falsos, causando perjuicios a las citadas entidades, tomando parte cada uno de los concertados en el hecho común. De tal modo, que Miguel Labbé Saavedra, concertado con Carolina Palma Meléndez y Sergio Bustos Cáceres, en su caso, facilitó los medios para que se llevara a efecto el hecho, proporcionó contactos con agentes financieros, gestionó telefónica o personalmente la solicitudes de créditos a favor de terceros, más aun, respecto del crédito automotriz, traspasó bienes de su propiedad para abultar el patrimonio de la solicitante del crédito, cotizó precios, propuso la entrega de otras especies en parte del precio, eligió y probó el vehículo finalmente adquirido con el producto del crédito, finiquitó la transacción determinando

15 Sentencia Juzgado Garantía de Punta Arenas, dictada en procedimiento simplificado con fecha 9 de julio 2008. Causa RUC 0710001524-7. Considerando 9°.

16 Artículo 15 CP: “Se consideran autores: 3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

*la forma de pago de la camioneta en cuestión, la que en definitiva fue destinada a su uso y goce personal*¹⁷.

Sin perjuicio de lo resuelto por la sentencia antes citada, es posible también advertir que la jurisprudencia para situaciones similares ha optado por un criterio distinto, imputándole al “hombre de atrás” autoría conforme lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal¹⁸, sin perjuicio de haberse acreditado que no ha tomado participación de manera inmediata y directa en los hechos, sino más bien que su rol ha sido organizar la defraudación valiéndose de terceros, a quienes, apareciendo calificados como sujetos de crédito frente al sistema financiero, los ha proveído de los medios materiales para llevar adelante la conducta defraudatoria. Este parece haber sido el criterio empleado por una sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta:

*“El hecho así establecido, constituye el ilícito de previsto y sancionado en el artículo 160 del D.F.L. N° 3 la Ley de Bancos, por cuanto efectivamente se obtuvo un crédito de una institución privada, cuya regulación crediticia se sujeta a la Ley de Bancos, todo a través de sendas maquinaciones que también se acreditan, proporcionando datos falsos o maliciosamente incompletos relativos a la identidad, actividad y emolumentos de una persona, antecedentes que resultan establecidos con la prueba documental incorporada, ocasionando perjuicios a dicho organismo, ya que la cantidad efectivamente fue cobrada y no recuperada, hecho, en el cual el acusado Jaime Eduardo Zelaya Henríquez es sindicado inequívocamente por testigos, como la persona que mantuvo el dominio subjetivo de la situación artificial que además de proporcionar los medios, controló de manera inmediata y directa el curso de los hechos y obtuvo para beneficio propio, el producido del ilícito. Consecuente con lo anterior tiene responsabilidad de autor de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, por cuanto forjó el propósito delictivo, mantuvo la resolución delictiva y realizó la actividad proyectada a través de un tercero*¹⁹.

Mismo criterio parece adoptar el Juzgado de Garantía de Concepción en sentencia condenatoria dictada en juicio oral simplificado, al homologar las acciones de dos de los imputados que presentan la documentación falsa, con la acción del tercer acusado quien era el responsable de facilitarles dicha documentación y quien en definitiva recibiría el dinero de los créditos obtenidos de los bancos:

“Que los hechos que se dan por probados son constitutivos –en cada caso– del delito de obtención fraudulenta de créditos, descrito y sancionado en el artículo 160 de la Ley General de Bancos, en grado de desarrollo frustrado, y en que los imputados han tenido participación en calidad de autores. Y tal calificación se hace, puesto que ha quedado acreditado que los requeridos Marco Antonio Godoy Delgado y Luis Alvaro Carrasco

17 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, dictada con fecha 13 de septiembre de 2005. Causa RUC 0300084887, considerando 9°.

18 Artículo 15 CP: “Se consideran autores: 1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”.

19 Sentencia TOP Antofagasta, dictada con fecha 27 de noviembre 2006. Causa RUC 0500271742-7, considerando 12 letra h).

Soto presentaron documentos que suministraban datos falsos acerca de sus actividades y patrimonio, en el Banco Santander Santiago, sucursal Concepción, con la finalidad de obtener cada uno de ellos un crédito de consumo, en tanto que el imputado Cesar Antonio Alvarez Canto fue la persona que entregó a los nombrados tales documentos y era quien recibiría el dinero de los créditos que el Banco otorgaría, situación que no ocurrió pues la jefe de plataforma de dicho Banco doña Mariana Henríquez Hasbún al verificar que se trataba de documentos falsos frustró la actividad de los tres individuos llamando a la Policía de Investigaciones, cuyos funcionarios detuvieron a los imputados sin que alcanzaran a recibir efectivamente el dinero solicitado”, agregándose a continuación, “Que tampoco se hará lugar a su pretensión de sancionar a Alvarez Canto por un solo delito, por cuanto claramente la conducta que desplegó dice relación con dos hechos, vale decir, contactó a Marco Antonio Godoy Delgado y a Luis Álvaro Carrasco Soto para que cada uno gestionara un crédito, de manera que claramente perseguía dos resultados distintos, o lo que es lo mismo, que cada uno de los nombrados obtuviera una cierta cantidad de dinero”²⁰.

5. Naturaleza de la exigencia que se trate de “datos falsos o maliciosamente incompletos”.

Un último aspecto de interés que igualmente ha motivado un pronunciamiento en la jurisprudencia es el relativo a la naturaleza de la exigencia prevista en el tipo del artículo 160 LGB, en cuanto requerirse como forma de engaño que se suministre o proporcione “datos falsos o maliciosamente incompletos”.

Más que ubicar el debate en si se requiere de meras afirmaciones mendaces (opinión que a priori no se comparte) o algo más, resulta relevante más bien pronunciarse respecto del tipo de falsedad que caracterizaría la información que el sujeto suministra o proporciona a la institución de crédito, entendiendo para los efectos que la obtención fraudulenta de crédito constituiría un tipo de estafa especial, pues de no encontrarse especialmente tipificada esta conducta en la Ley General de Bancos, debiese sancionarse la misma conforme a las normas penales aplicables a la estafa (o, en su caso, el uso o falsificación de instrumentos privados, según corresponda).²¹

En efecto, debiendo considerarse que el engaño típico de la estafa (aplicable también a la obtención fraudulenta de créditos) se trataría fundamentalmente de una inveracidad, una incongruencia entre la realidad y lo expresado por el agente²², y que el error en que incurre la víctima a causa del mismo, no es otra

20 Sentencia Juzgado Garantía de Concepción, dictada en procedimiento simplificado con fecha 14 de agosto 2007. Causa RUC 0600598453-8. Considerandos 4° y 7° respectivamente.

21 En este sentido Rosenblut Gorodinsky, Verónica, en artículo “Análisis del elemento perjuicio del tipo penal contemplado en el artículo 160 de la Ley General de Banco”. Boletín N° 12 Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado. Fiscalía Nacional. Ministerio Público. Diciembre 2006. P. 47.

22 Pastor Muñoz, Nuria, “La determinación del engaño típico en el delito de estafa”, Editorial Marcial Pons, Barcelona 2004, P. 264 y ss.

cosa que una falsa representación de la realidad²³, parece claro que para que hablemos de estafa, lo afirmado o expresado por el agente, es decir su mensaje, ha de ser falso, falsedad que debería ser entendida obviando la interpretación que el agente haga de su propio mensaje y de aquella que la víctima haga del mensaje de aquél, siendo únicamente relevante lo que el primero haya expresado objetivamente. Para realizar una interpretación en estos términos, doctrinariamente se ha reconocido la existencia de diversos criterios, pudiendo mencionarse entre los más utilizados y convincentes, por un lado, aquél que atiende al sentido literal de las palabras utilizadas en el mensaje, y por otro, aquél que atiende al contexto de interacción en el que el autor vierte el mensaje²⁴.

Mientras el primer criterio se descarta por la doctrina en la medida que no resulta del todo satisfactorio ya que el sentido literal no tiene por qué coincidir con el sentido que el mensaje adquiere en el campo de la comunicación, además de ser este criterio en general externo a la relación económica, los autores otorgan mayor relevancia al segundo criterio, en virtud del cual debe buscarse el significado decisivo del comportamiento del autor en el contexto de interacción. Las manifestaciones están siempre referidas al contexto, y por tanto, el sentido de una manifestación sólo puede determinarse cuando se complementa con el contexto a que se refiere²⁵.

Por otro lado, si bien en principio incumbe a la víctima la averiguación de las informaciones sobre los aspectos jurídicos y económicos de la relación que sostiene con el agente, existen casos de asunción por parte de éste de verdaderos deberes de veracidad en el marco de dicha relación, como cuando por ejemplo determinadas informaciones son relevantes para tomar una decisión de disposición, y las mismas son deliberadamente omitidas o distorsionadas por el autor. Admitiendo lo controvertido que puede resultar afirmar la existencia de deberes de veracidad en las relaciones entre particulares²⁶, lo cierto es que mediante el reconocimiento de estos deberes se pretende, al igual que mediante la afirmación

23 Politoff, Matus y Ramírez, “Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 410.

24 Ob. cit. 22. P. 267.

25 En este sentido se manifiestan autores alemanes como Walter y Timpe, entre otros.

26 En este sentido, *“Las inveracidades de los particulares, también las documentadas, sólo se sancionan penalmente si es posible imputarles la producción de un perjuicio o, al menos, el riesgo del mismo. Tal sanción tiene lugar, básicamente, a través de la estafa -como delito de organización-, la concurrencia de cuya estructura de instrumentalización debe examinarse en cada caso concreto. Sentado esto, la asociación de la intervención del derecho penal a requisitos organizativos de menor entidad que los propios de la estafa, debe justificarse positivamente sobre la base de consideraciones institucionales. La existencia efectiva de tales excepciones al modelo de la estafa (que constituye la regla general en la delimitación de los intereses en la libertad de acción, por un lado, y en la seguridad del patrimonio, por el otro) obliga a proceder a una determinación exhaustiva de los presupuestos y alcance de la institución de que se trate en cada supuesto”*. Salvador Coderch, Pablo y Silva Sánchez, Jesús. Simulación y deberes de veracidad. Derecho Civil y Derecho Penal: dos estudios de dogmática jurídica. Civitas Ediciones, 1999, p. 144.

del principio de confianza, buscar y establecer el fundamento en virtud del cual se pueda imputar al agente la responsabilidad por la lesión de un bien jurídico que se produce en el marco de relaciones de carácter social en que se entiende existir una suerte de autorresponsabilidad de los participantes²⁷.

Ahora bien, tratándose en particular del delito de obtención fraudulenta de crédito, resultaría perfectamente posible que los datos falsos o maliciosamente incompletos suministrados o proporcionados por el imputado correspondan materialmente a documentos verdaderos, pero ideológicamente falsos. Un ejemplo podrá contribuir a explicar la anterior situación.

Pensemos, por ejemplo, el caso de un imputado que siendo socio y representante legal de una empresa legalmente constituida, con inicio de actividades pero que no registra movimiento en los últimos años, aparece como empleando a diversas personas con quienes suscribe contratos de trabajo, entregándoles liquidaciones de sueldo formalmente correctas, pagándoles incluso sus imposiciones, no obstante que ellos no realizan trabajo alguno pues la propia sociedad no desarrolla ni explota su giro en la realidad.

En este caso tendríamos por un lado documentos materialmente verdaderos (contratos de trabajo y liquidaciones suscritas efectivamente por quien dice ser el empleador, legalmente constituido como sociedad, además de ser efectivo el pago de imposiciones a favor de los “trabajadores” contratados), los cuales, en todo caso, serían ideológicamente falsos al no dar cuenta fidedigna de la real existencia de una relación laboral y de una contraprestación que justifique las remuneraciones que se declara haber pagado o incluso el pago de las imposiciones efectivamente canceladas. La falsedad de que adolecería en este caso la información aportada mediante los documentos materialmente verdaderos, estaría dada en consecuencia por el contexto de la relación económica en que la misma ha sido aportada, ya que aun cuando pudiera esgrimirse que dichos antecedentes, en los términos del propio artículo “no son falsos”, resulta evidente que lo que pretende asegurarse en estos casos es que la información que se proporcione a la banca para obtener un crédito sea veraz, es decir, que corresponda a la realidad, y no que los antecedentes o documentos sean formalmente auténticos.

27 A propósito de los deberes de autorresponsabilidad, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, dictada con fecha 7 de noviembre de 2006 (RUC 0510005250-6, considerando 14°), señala que *“se le condenará por un delito de obtención de créditos suministrando o proporcionando datos falsos o maliciosamente incompletos, previsto y sancionado en el artículo 160 de la Ley General de Bancos, de acuerdo a lo latamente analizado y concluido en los motivos noveno, décimo y undécimo de este fallo, teniéndose presente, además, que a diferencia de lo argumentado por el Sr. Defensor, el Tribunal estima que el resultado producido no es atribuible a la conducta del afectado, sino a la acción desplegada por el propio imputado quién maliciosamente desarrolló todos los actos tendientes lograr su cometido, en la especie, otorgar información falsa conjuntamente con utilizar documentación del mismo tipo para obtener créditos de parte de una entidad bancaria, con el consiguiente perjuicio de ésta, la que por su parte cumplió a priori las pautas estandarizadas de verificación personal y patrimonial de su cliente, de acuerdo a la información recibida y la buena fe que necesariamente subyace en el tráfico comercial”*.

En la medida que dichos documentos sean posteriormente empleados para la obtención de créditos, entendemos que estas situaciones son perfectamente posibles de ser calificadas como constitutivas del delito previsto en el artículo 160 LGB, y no estafa, no siendo obstáculo para ello la supuesta falsificación ideológica que habría cometido un particular, pues en estos casos al no tratarse propiamente de un delito de falsificación de instrumento privado (sujeto a las restricciones impuestas por la doctrina y la jurisprudencia), sino más bien una forma especial de engaño empleado en la obtención fraudulenta de créditos, aquel no sólo podrá valerse de documentos falsos materialmente, sino también falsos en cuanto al contenido intrínseco de aquel.

Este fue al menos el criterio asentado por la sentencia del Juzgado de Garantía de Antofagasta, el cual señaló “*Que, tales hechos apreciados al tenor de lo prevenido en el artículo 297 del Código Procesal Penal tipifican el delito previsto y sancionado en el artículo 160 de la Ley General de Bancos, con pena de presidio menor en su grado medio a máximo. En efecto, el día 24 de Junio de 2005 un sujeto solicitó un crédito en la financiera Banefe de esta ciudad, presentando documentación a nombre de Cristián Alejandro Ancatén Yáñez, y ocupando su identidad obtuvo la suma de \$5.000.000.- Así las cosas, se ha verificado en autos una hipótesis de falsedad ideológica pues si bien en su soporte material no se ha acreditado que los documentos sean falsos, si lo son desde el punto de vista señalado, al haberse atribuido el acusado la identidad de Cristián Ancatén Yáñez y con ello faltado a la verdad en su exhibición y otorgamiento*”²⁸.

28 Sentencia Juzgado de Garantía de Antofagasta, dictada en procedimiento abreviado con fecha 4 de mayo 2006. Causa RUC 0500277172-3. Considerando 8°.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

VIOLENCIA DE PAREJA Y RETRACTACIÓN DE LA DENUNCIA EN EL SISTEMA PENAL: UNA PROPUESTA DE COMPRENSIÓN Y ANÁLISIS DESDE EL PARADIGMA SISTÉMICO

Roberto Rodríguez Manríquez¹

I. Planteamiento del Problema.

El presente artículo forma parte de un proyecto de investigación sobre la retractación de víctimas que denuncian delitos en contexto de violencia intrafamiliar en el sistema penal. El análisis se concentra en mujeres que luego de denunciar a sus parejas por los delitos de lesiones, amenazas o maltrato habitual, se retractan de la denuncia que han hecho.

La retractación se comprenderá como *la modificación de los dichos de la denunciante, negando la versión original de los hechos durante el transcurso del proceso penal y como el desistimiento o retiro de la denuncia a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias de la investigación penal* (Rodríguez, 2006).

De las diversas expresiones del fenómeno de violencia intrafamiliar se estudiará en particular el de la *violencia de pareja* que se conceptualizará como *un patrón repetitivo de maltrato por parte de la pareja masculina hacia la mujer, caracterizado por una serie de conductas coercitivas que pueden incluir: a) violencia física: empujones, golpes, heridas de arma de fuego o arma blanca; b) violencia emocional: intimidación, humillaciones verbales, amenaza de violencia física; c) violencia sexual: forzar física o emocionalmente a la mujer a la relación sexual; d) violencia económica: ejercicio del control a través del dinero* (Valdez-Santiago R. et al., 2006).

La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿Con qué elementos de análisis el paradigma sistémico podrá aportar a los operadores del sistema penal para la comprensión del fenómeno de la retractación de delitos ocurridos en contexto de violencia de pareja?

Para responder la pregunta que guía este artículo, se utilizará como marco conceptual el Modelo Ecosistémico (Broffenbrenner, 1987), por lo tanto, habrá referencias a cada uno de los niveles o dimensiones de la realidad ecosistémica: *realidad socio-cultural, realidad social-comunitaria y realidad familiar* en el que emergería el fenómeno de la retractación de delitos en contexto de violencia de pareja.

1 Trabajador Social de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

II. Justificación.

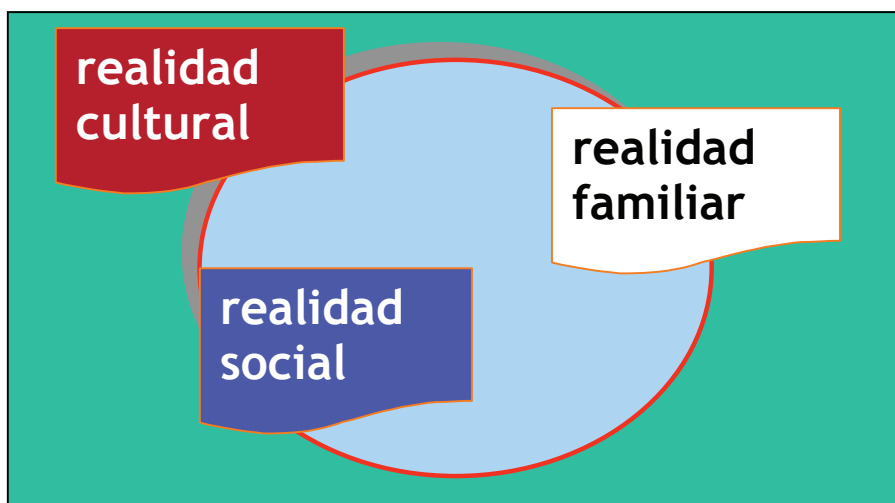
Hoy existe la necesidad de diferentes operadores del sistema penal y en especial del Ministerio Público, como órgano encargado de investigar los delitos y proteger a las víctimas, de comprender y utilizar la retractación de la denunciante de violencia de pareja como argumento jurídico y psicosocial que mantenga indemne la persecución penal pública y la protección a la víctima.

No obstante, la retractación de la víctima en el contexto de delitos de violencia de pareja, genera un desafío para fiscales del Ministerio Público quienes interpretarían el desinterés expreso o tácito que comunica la víctima, como una traba a la investigación penal que dirigen y una actitud auto-negligente que expone a riesgos de nuevas victimizaciones.

El argumento jurídico que se esgrime, es que con la retractación o desistimiento, el “interés de la víctima” entrará en oposición al “interés público prevalente”, entabando diligencias y actuaciones en donde la víctima sería fundamental para construcción de la verdad procesal, es así como los fiscales del Ministerio Público, contra la voluntad de la afectada, deberán perseguir penalmente al imputado para alcanzar una sanción que se ajuste a derecho.

Se intentará, por lo tanto, re-interpretar el significado de la retractación, con el fin de que los operadores del sistema penal, especialmente los fiscales del Ministerio Público, puedan incorporar a sus análisis jurídicos elementos de la complejidad relacional del fenómeno, integrando a sus comprensiones y alegatos, referencias a las distintas expresiones que asume la violencia de pareja en contextos: a) *socioculturales*, b) *organizacionales o comunitarios* (en los que se incluyen fiscales, abogados defensores, jueces, profesionales de salud mental, policías, etc.) y c) *familiares*. En cada uno de estos contextos se interpretará el mismo fenómeno ubicándolo en un escenario relacional y de significado particular.

Figura 1



Urie Brofenbrenner postula que la realidad familiar, la realidad social y la cultural pueden entenderse organizadas en un todo articulado, como un sistema compuesto por diferentes subsistemas que se vinculan entre sí de manera dinámica.

Figura 2



La retractación de la denunciante se conceptualizará en cada nivel ecológico, teniendo presente que los contextos se vinculan entre sí; por ejemplo, cuando la víctima acude a la policía para denunciar una amenaza o una lesión de su pareja, está trasladando sus expectativas y su problema “micro sistémico” de violencia familiar, a una organización del “exo sistema”, donde un policía tomará su denuncia, llamará al fiscal de turno (si fuere necesario) y se articularán una serie de coordinaciones, comunicaciones o procesos de trabajo estandarizados; a su vez, estas interacciones tienen lugar en el nivel “macro” o cultura, donde muy recientemente se ha proclamado que la violencia de pareja pasa del ámbito privado al público, es decir, una transición acelerada de pautas familiares patriarcales a modernas o posmodernas (Cáceres, 2008).

III. Relevancia para el sistema penal de comprender la retractación como un fenómeno sistémico.

Se centra la argumentación en mujeres que denuncian delitos en el contexto de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar. Interesa generar una línea de investigación con arraigo en el contexto social (organizacional), es decir, lo que ocurre en la relación de la víctima y el sistema penal, descubrir los procesos sistémicos asociados en la interacción entre los operadores del sistema penal y la denunciante, en el marco de los diferentes procedimientos y rituales jurídico-penales.

La participación activa de la víctima resulta relevante durante las diferentes etapas del proceso penal. Si aquélla se retracta, el estándar de la prueba se debilita y por lo tanto la investigación se entorpece. La retractación puede tornarse una

dificultad insuperable para la persecución penal y subyugará al actor encargado de ésta si opta por comprenderla desde marcos interpretativos centrados en las deficiencias, problemas y mitos (White y Epston, 1993) que se construyen en torno a la expresión de la violencia a nivel familiar.

Al concentrar la percepción sólo en las deficiencias que provoca la retractación a la gestión procesal del fiscal, defensor o juez penal, se refuerzan mitos acerca de la violencia familiar y se producen resistencias al abordaje investigativo de los delitos cometidos en el dominio familiar. Se genera un circuito interaccional “*saturado de problemas*” (White y Epston, 1993) entre el sistema familiar de la víctima y el sistema de persecución penal: los discursos que las víctimas transmiten a los operadores traen insertos mensajes de desesperanza, confusión, temor y dependencia; la comprensión del actor a cargo de la investigación se contamina con dichos discursos y se refuerza un marco interpretativo plagado de imágenes pesimistas acerca de la persecución de los delitos intrafamiliares. Se cierran así los caminos para la interrupción de los malos tratos y se inhiben las posibilidades para que desde el sistema jurídico se construyan interpretaciones centradas en recursos y soluciones, es decir, un modelo centrado en las herramientas de la ley y los recursos de la víctima.

Por último, la denuncia del delito de violencia intrafamiliar representa un llamado de atención dramático de la afectada o de alguna persona significativa de su entorno. Si luego del pedido de auxilio a los actores encargados de la persecución penal, protección y atención, la víctima se retracta, lo hace porque sus mecanismos de sobrevivencia han quedado seriamente vulnerados con la denuncia. En este sentido, “*la experiencia demuestra que, en no pocos casos, la mujer que acude a unas dependencias policiales, al Juzgado de Guardia o a cualquier oficina del Ministerio Fiscal, está denunciando un hecho delictivo pero, al propio tiempo, está exteriorizando su confianza en que los mecanismos jurídicos de protección van a funcionar adecuadamente*” (Fiscalía General del Estado Español, 2004).

Por último, si se soslaya la retractación o se le define como una dificultad *ex profeso* de la víctima, se producirán efectos en todos los niveles: en la familia (microsistema) no se interrumpirá la escalada de violencia; las instituciones sociales y comunitarias (exosistema), especialmente las judiciales, se verán privadas de generar contiendas y litigaciones que permitan construir nuevos marcos interpretativos a la violencia intrafamiliar; y a nivel cultural (macro) permanecerán enquistadas costumbres patriarcales hegemónicas que paralizan nuevos patrones relacionales más igualitarios entre hombres y mujeres.

IV. Propuesta de comprensiones sistémicas para la retractación.

4.1. Comprensión en referencia a la Realidad Cultural (Macrosistémica).

• Relación Inter – Habitus.

Eduardo José Cárdenas (Cárdenas, 2005) plantea la utilidad del concepto de “*Habitus*” de Pierre Bourdieu para comprender la relación que se da entre las

mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y los jueces y profesionales del “área familia”. *Habitus* lo concibe, bajo el influjo del autor francés, como “*el lugar que uno ocupa en la realidad social y se convierte en el sentido común, en visión de mundo y en prácticas cotidianas*” (Bourdieu, 1991). Esta sería una comprensión macrosistémica, debido a que las referencias que hace el autor francés apuntan a las costumbres y valores de una cultura y subcultura.

El problema se produce cuando jueces, abogados y otros profesionales enfrentan conflictos entre mujeres golpeadas y hombres que las golpean, esto es, cuando toman decisiones y asesoran desde sus propios *Habitus*, desaciertan en la comprensión del problema y no entienden siquiera el lenguaje en que ese problema es expresado (Cárdenas, 2005).

El *Habitus* está enraizado en la cultura, por lo tanto, lo que la mujer pide al representante del sistema jurídico vendría impreso con códigos patriarcales o machistas que han impregnado su *Habitus*. En consecuencia, ni la mujer ni el abogado o el juez pueden decodificar el mensaje. Cada uno interpreta desde su propia posición, sin hacer “*concesiones comprensivas*”. La mujer habla desde una posición que considera inferior; porta una historia de vergüenza, miedo y golpes; se dirige a un hombre o una mujer de una posición “*superior*” impresa desde su *Habitus* jurídico, académico o psicosocial “*experto*” o “*especializado*” en violencia intrafamiliar.

La retractación de la víctima se transformaría en la respuesta que mantendrá con vida a la denunciante frente a una cultura impregnada por el “*Habitus*” de la sociedad patriarcal en plena concordancia con el de la moderna cultura jurídica, que establece una relación de poder y que seguirá reproduciendo socialmente la cultura.

4.2. Comprensión en referencia a la Realidad Social-Comunitaria (Exo-sistema).

• Acción jurídica reduccionista centrada en la gestión procesal “exitosa”.

La pregunta central para este contexto sistémico es ¿qué le sucede a las víctimas de violencia intrafamiliar cuando acuden al sistema de persecución penal en busca de “*solución a su problema*”?

A menudo las solicitudes vienen acompañadas de fantasías acerca del poder que detentan los representantes de la justicia. Frente al sistema de persecución penal mostrarán diversos patrones de relación. Al salir de “*la privacidad familiar*” hacia las instituciones que detentan la función de control social, se adscribirían a esos contextos a través de pautas como: actitudes demandantes, de exigencias inmediatistas, de sumisión secundaria² y dependencia.

2 Se define por *sumisión secundaria* al patrón de relación que se desarrolla entre la víctima y el sistema judicial, caracterizado por roles complementarios, asimetría, sometimiento voluntario a la voluntad y poder del operador de justicia penal (Epston, 1994).

Cuando la teoría del caso y sus raíces en diversos códigos y manuales se coloca en el centro, en un lugar nuclear o privilegiado, la víctima de violencia intrafamiliar y su problema quedan automáticamente relegados a la periferia. Si a esto sumamos que las personas afectadas por el delito se articulan con el contexto de justicia a través de los patrones descritos, habrá de parte de los actores sociales (exosistema) una tendencia a centrar sus construcciones de significado y acciones en *sus teorías*, para evitar “*quedar entrampados*” en las paradojas que transfiere la víctima de violencia intrafamiliar.

Por el contrario, desde un marco conceptual que ubica a la víctima y su problema en el centro de la gestión procesal, el actor social y su teoría se situarán en la “*periferia comprensiva*” y se concentrarán las acciones de investigación y protección en la víctima. Sus paradojas pueden ser reinterpretadas. Podrá resignificar su relación con las instituciones del exosistema de forma distinta. Se sentirá escuchada y comprendida, y se establecerán las bases para la prevención de la retractación.

4.3. Comprensión en referencia a la Realidad Familiar (Microsistémica).

• Sistema Opresivo.

En este nivel se considerará a la familia como contexto, así como los patrones de interacción, historias personales y familiares que se van construyendo en el tiempo. También se pone atención en la persona, para analizarla desde cuatro dimensiones: conductual, cognitiva, interaccional, psicodinámica (Corsi, 2005).

Se define *sistema opresivo* (Rodríguez, 2006) como el clima de violencia que viven algunas mujeres denunciantes y a la trama relacional en la que se involucran con el agresor. Se distinguirá la relación de abuso (como violencia estructural destinada a someter y controlar) de la violencia coyuntural. Cabe hacer notar que el relato sistémico trasciende la dicotomía víctima / verdugo con la finalidad de enfocar los patrones de interacción que conectan a las personas y que detonan la conducta violenta (Cecchin y cols., 2002). Probablemente la conducta maltratante no sólo tendrá como sujeto pasivo a la mujer sino que a otros miembros de la familia, por lo que no desecha la posibilidad de que se configuren distintos delitos y aparezcan otros sujetos pasivos al interior de la familia. La pauta en la relación de pareja estaría marcada por la complementariedad rígida, se presentarían atisbos de simetría pero como un estilo de violencia cruzada. Ante el sistemático deterioro producto del maltrato psíquico y físico, la mujer vive una “ceguera”: no percibe ni sus fuerzas ni su capacidad.

En este nivel se presenta un círculo vicioso entre la autopercepción de la víctima y su conducta. La conducta es coherente con la autoimagen que se ha ido alojando en su identidad a través del tiempo. No se trataría necesariamente de un daño “*intrapsíquico*” permanente (Kamsler, 1996) sino de diversas dificultades como respuesta a los modelos de interacción opresivos de su contexto familiar actual.

La violencia intrafamiliar instalada promueve y/o refuerza una autopercepción “*dominada por la violencia*”. La conducta y las interacciones reflejan esa imagen. Los acontecimientos posteriores de la vida se experimentan dentro del contexto de esa imagen “*dominada por la violencia*”: encontraremos discursos tales como “*mi destino ha sido sufrir... Todo me da lo mismo...*”.

La retractación surgiría como resultado de una pauta reiterada, cronificada, instalada, de sumisión. Las soluciones del sistema judicial son rechazadas por la víctima que, presa de las amenazas y el miedo, decidiría, en un acto de sobrevivencia, retractarse o desistir de su denuncia.

A continuación se describen una serie de patrones observados:

La denuncia rompe equilibrio familiar: El equilibrio familiar está cruzado por la violencia. Cualquier intento por superar esta rigidez será aplastado por el agresor y otros miembros de la familia, “ciegos” al trauma experimentado.

La denunciante es “sancionada” por romper las lealtades familiares y “el silencio...”: La sanción social se experimenta a través de comunicaciones y metacomunicaciones percibidas por la denunciante como presiones. Éstas pueden provenir de la familia nuclear (hijos) o de la familia de origen y extensa (otros parientes).

Presiones para no continuar, consentimiento para retractarse o retirar la denuncia no sería libre: Si se produce la retractación, es altamente probable que estará viciada por la opresión. La denunciante no tolera sanción ni presión y cambiará sus dichos para evitar el aumento del apremio, que muy probablemente estallará con un episodio de violencia aun más grave. Sufre una disminución de su capacidad volitiva, asociada al eventual trastorno por estrés post traumático.

Coacción familiar y culpa aumenta ante prisión preventiva y pérdida de ingreso familiar: La dependencia económica y afectiva generará un vacío forzoso a la mujer víctima de violencia intrafamiliar. La retractación se constituirá en una salida a esta ausencia de sustentos económicos y emocionales debido a que personas significativas le “*han vuelto la espalda*” y la tildarán de responsable de la prisión y la debacle económica.

Expectativas de la víctima no serían resueltas por el accionar clásico del sistema penal: Los intereses de la víctima al hacer la denuncia puede que estén lejos del alcance del sistema penal. La sola persecución penal al agresor no parecería ser la expectativa prioritaria de la denunciante, ni tampoco la implementación de acciones percibidas como perjudiciales para el denunciado (Asún, Fuenzalida, Morales y Rodríguez, 2008).

IV. Conclusiones.

Las descripciones y comprensiones sistémicas presentadas constituyen hipótesis sobre las cuales se podrán generar líneas de investigación posteriores. Representan adaptaciones de postulados sobre experiencias jurídicas y de salud

mental. También son fruto de la práctica cotidiana del autor durante cerca de siete años, en la escucha de relatos de víctimas en el ejercicio de atención y asesoría a víctimas y fiscales.

El presente artículo pretende ser una revisión desde una perspectiva sistémica que busca construir un modelo comprensivo sobre el complejo fenómeno de la retractación.

Se desea que a partir de esta propuesta, cada uno de sus elementos conceptuales adquiera un nuevo significado que permita ampliar la mirada de quienes trabajan con las diferentes manifestaciones de la violencia a nivel familiar desde el sistema penal.

V. Bibliografía.

Asún, R., Fuenzalida, I., Morales, M. y Rodríguez, R. Estudio: Expectativas de las víctimas de delitos de violencia intrafamiliar más denunciados. Resumen Ejecutivo. Fiscalía Nacional. 2008.

Bourdieu, P., *“El sentido práctico”* (Madrid, Ed. Taurus, 1991).

Brofenbrenner, U. *“La ecología del desarrollo humano”* (Barcelona, Ed. Paidós, 1987).

Cáceres, C. Apuntes Magíster en intervención sistémica avanzada de familias y parejas, U. Alberto Hurtado, 2008.

Cárdenas, E. *“Derecho de familia y menores: jueces y abogados como antropólogos”*, www.fundacionretonio.org.ar (2005)

Cecchin, G.; Lane, G.; Ray, W. *“Irreverencia”*, págs. 31-32 (Barcelona, Ed. Paidós 2002).

Corsi, J. (comp.), *“Violencia Familiar”* (Bs. Aires, Ed. Paidós, 1994).

Corsi, J., *“Psicoterapia Integrativa multidimensional”* (Bs. Aires, Ed. Paidós, 2005).

Durrant, M. y White, Ch., 1996, *“Terapia del abuso Sexual”* (Barcelona, Ed. Gedisa, 1996).

Epston, D., Obras Escogidas, Ed. Gedisa, 1994.

Fiscalía General del Estado Español, Instrucción N°4, 2004.

Valdez-Santiago R. et., al., “Escala de violencia e índice de severidad: una propuesta metodológica para medir la violencia de pareja en mujeres mexicanas”. Salud pública de México/vol. 48, suplemento 2 de 2006.

Rodríguez, Roberto, “Hipótesis acerca de la retractación”, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Inédito, 2006.

White, M. y Epston, D. *“Medios narrativos para fines terapéuticos”* (Bs. Aires, Ed. Paidós, 1993).

White, M. *“Reescribir la vida”* (Barcelona, Ed. Gedisa, 2002).

SERIEDAD Y VEROSIMILITUD DE LAS AMENAZAS, SEGÚN BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

María Angélica San Martín Ponce¹

Comentario:

En el caso en comento se advierte que, como en la mayor parte de los juicios seguidos por amenazas proferidas en contexto intrafamiliar, la discusión se centró en la concurrencia de los requisitos de seriedad y verosimilitud exigidos por el tipo penal, no obstante que la tesis original y luego principal de la defensa consistía en negar la existencia misma de los hechos. Por ello hemos considerado pertinente referirnos a dichos requisitos, puesto que si bien en el presente caso se les dio un justo alcance, conocemos no pocos pronunciamientos jurisprudenciales en que sobre todo respecto del requisito de “seriedad” exigen prácticamente la certeza de la ejecución del mal con que se amenaza, lo que dista mucho de la exigencia legal.

La seriedad de la amenaza, implica que esta exista como tal; que de ella se pueda apreciar la decisión de quien la realiza de llevar a cabo el mal con que se amenaza, de ahí que deban descartarse las proferidas en un contexto de broma o en un momento de exaltación.²

La verosimilitud está referida al mal con que se amenaza, debe tratarse de un mal que considerando el contexto en que es proferido, haga creíble su realización para la víctima, evaluación ex ante, incorporando la situación concreta en que se encuentra el afectado.³ Concepto compatible con el significado etimológico de la palabra “verosímil”, que según la primera acepción considerada por el diccionario de la R.A.E. significa: “que tenga la apariencia de verdadero”. En el caso y como refiere el fallo en el considerando noveno, la víctima sintió temor dado que anteriormente el imputado había dado seis balazos a su casa, se trata de un hombre violento que consigue las cosas por las buenas o por las malas y que además tiene condenas por robo con intimidación y porte de arma de fuego.

En este sentido se pronunció la Tercera Sala Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha tres de septiembre del presente año, al conocer un recurso de nu-

- 1 Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Juvenil y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal chileno, parte especial, Editorial Jurídica, p. 196.
- 3 POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal chileno, parte especial, Editorial Jurídica, p. 197.

lidad interpuesto por el Ministerio Público en causa Ruc: 0800201147-7⁴ (a raíz de sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Garantía en juicio por amenazas no condicionales del artículo 296 n° 3 del Código Penal, decisión absolutoria fundada en que el juez no estimó concurrentes los elementos descriptivos del tipo, referidos a la seriedad de la amenaza y la verosimilitud del mal)⁵. La Corte señaló al acoger el recurso que: *“concorre la hipótesis prevista en la norma legal citada, en cuanto se ha amenazado a una mujer con la ejecución de un mal que constituye delito y que la pone en peligro, si se considera que no se trata de un hecho de difícil realización y que la amenaza proviene de su marido, del que se encuentra separada de hecho, quien la ha golpeado con anterioridad, de modo que el mal anunciado resulta verosímil y capaz de producir en la víctima fundado temor de verse expuesta a una nueva agresión.*

*De esta manera, la amenaza era seria y verosímil, pues los hechos que el tribunal tuvo por probados descartan que el agente no tuviera intención de llevar a cabo la conducta anunciada y, por el contrario, su agresiva presentación en el hogar de la ofendida hacía predecible un ataque posterior”*⁶.

Útil para argumentar en el mismo sentido resulta hacer referencia a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal de amenazas, principalmente la seguridad individual: entendida como garantía que tanto el Estado como la comunidad respetarán el ejercicio de la libertad del sujeto (condiciones para el ejercicio de la libertad).⁷ Y eventualmente además se afecta la libertad de actuación, si las amenazas producen efecto en la voluntad de la víctima.

En el caso que se comenta, además de la afectación de la seguridad individual, se aprecia la afectación de la libertad de actuación de la víctima, que se manifestó en los diversos cambios que efectuó en su vida, como cambiar de colegio al hijo en común con el agresor, no salir sola, cambiar número de celular, estar gestionando cambio de domicilio no obstante ser propietaria de la vivienda, entre otros.

4 Integrantes: Ministro señora Rosa Maggi Ducommun, Ministro señor Jorge Zepeda Arancibia y Abogado Integrante señor Manuel Hazbún Comandari.

5 La sentencia impugnada tuvo por acreditado:

- a) Que el día de los hechos el requerido fue a casa de la víctima, que la insultó y que zamarreó la reja del inmueble.
- b) Que le dijo que iba a quemar la camioneta y que le iba a pegar.
- c) Que el requerido no ingresó al inmueble de la víctima y que ese día no estaba ebrio.

6 Acordada con el voto en contra de la ministro señora Rosa María Maggi Ducommun, quien estimó que los hechos especificados en el fundamento quinto del fallo impugnado nada aportan acerca de las circunstancias que rodearon los hechos, en términos que permitan tener por establecido, con la necesaria certeza, que el agente haya tenido el propósito firme y serio de llevar a cabo la conducta anunciada, de modo que la descripción allí contenida no es bastante para concluir que la amenaza estuviera revestida de la seriedad que exige el tipo penal.

7 POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal chileno, parte especial, Editorial Jurídica, p. 186 y 187.

Tratándose de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, la amenaza constituye generalmente un delito contra la libertad de determinación, ya que a través de ella se intenta imponer una determinada conducta al afectado. Así para casos de relaciones abusivas instaladas, las expresiones serán serias porque provienen de la persona que ejerce el poder y que utiliza este mecanismo para perpetuarlo. En cuanto a la verosimilitud del mal con que se amenaza, baste considerar la mayor exposición a riesgo futuro que sufre la víctima ya sea por cohabitar, tener vínculos que impliquen un contacto físico frecuente (hijos en común) o por conocer el autor las rutinas de la víctima, siéndole por tanto de fácil ubicación, además de la historia relacional asimétrica entre las partes, que se manifiesta tanto en el contenido de las amenazas como en la forma en que se expresa, que para la víctima de violencia intrafamiliar, tiene implicancias diversas a la de un tercero extraño a esta dinámica. La pretensión de determinar la actuación futura de la víctima, no se contradice a la práctica general de formalizar por amenazas no condicionales, sino que puede obedecer a la falta de expresión verbal de este fin.

Finalmente queremos señalar que, la supuesta baja correlación estadística del delito con que se amenaza (principalmente en cuanto a muertes) en relación con el total de ingresos por este delito, se explica porque la pretensión de regular la conducta de la víctima y de ser obedecido es conseguida; lo que se explica no porque la amenaza no sea seria ni verosímil, sino porque precisamente, ésta ha cumplido su función de regular la conducta de la víctima, con lo cual no se hace necesario que el mal con que se amenaza se concrete.

Sentencia:

Santiago, veintiocho de julio de dos mil ocho

VISTOS:

Que ante este Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago el día 23 de julio año en curso se realizó la audiencia de juicio oral simplificado en causa de acción penal pública, con asistencia de la Fiscal Evelyn Kremer, del defensor Alberto Hernández y del acusado OLIVER BIANQUE GONZÁLEZ, Cédula Nacional de Identidad N° 14.175.843-8, domiciliado en calle 2-A N° 1120, villa Lo Arieta, Peñalolén; para conocer de la acusación que lo syndica como autor del ilícito de amenazas en grado de consumado ocasionadas en violencia intrafamiliar previsto y sancionado en el

artículo 296 N° 3 del Código Penal en relación al artículo 5° de la ley 20.066, ocasión en que según consta del auto de apertura el Ministerio Público solicita la imposición de la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y especiales contenidas en el artículo 9 letra b) de la ley 20.066, es la prohibición de acercarse a la víctima, su persona, domicilio o lugar de trabajo por el termino de 12 meses, sin perjuicio de las costas de la causa, aludiendo al efecto en cuanto circunstancias modificatorias de responsabilidad la agravante contenida en el artículo 12 N° 15 del Código Penal, sin atenuantes.

En el alegato de apertura el Ministerio Público alude que el imputado tiene un hijo en común de 5 años con la víctima, circunstancia que se alude en una convención probatoria arribada

entre las partes; y que el día de los hechos, esto es el 29 de febrero del año en curso y en circunstancias que la víctima se encontraba en su domicilio, el imputado procedió a insultarla, a golpear la reja y amenazarla de muerte, sintiendo la víctima un gran temor luego de haberlas proferido fundado en que efectivamente podía cumplirlas. Testigo de las amenazas son su hermana y vecina. Razón por la cual con la prueba aportada se acreditará el hecho y la participación del imputado, asimismo los elementos que componen el tipo penal por el cual se acusa al imputado, debiendo en consecuencia condenar al imputado en base a las penas ya esbozadas.

Por su parte en el alegato de apertura la defensa expuso que es imposible que su representado cometa el ilícito materia de la acusación puesto al momento de su comisión se encontraba en otro lugar, en dichos términos solicita la absolució n de su representado.

Finalmente se dio traslado para los alegatos de clausura.

El Ministerio Público en su alegato de clausura expuso que el Ministerio Público ha acreditado con la prueba ofrecida todas las exigencia del tipo penal de amenazas, esto es seriedad, verosimilitud. Las amenazas fueron efectuadas por el imputado y éstas no fueron solo burlas sino daba luces que efectivamente iba a cumplirlas, en virtud de que no es un hecho aislado de que el imputado sea un hombre violento, además de que éste dijo que iba a dejar la “cagada” y que mataría a la víctima, amenazas que resultan absolutamente creíbles dado el contexto de las anteriores amenazas efectivamente cumplidas del día 23 de febrero del año en curso, amenazas que han cambiado

la vida de la víctima en el sentido de que no anda sola, cambio a su hijo de colegio y su familia está vendiendo la casa para cambiarse.

Respecto de la prueba rendida por la defensa indica que se advierten contradicciones y se ofrecen al padre del imputado y amigos de 8 y 10 años de amistad y en su mérito el imputado debe ser condenado a las penas ya solicitadas por el Ministerio Público.

La defensa en su alegato de clausura esgrimió que el Ministerio Público hizo hincapié del hecho ocurrido el año 2005 todos los testigos se encuentran contestes de esos hechos, pero respecto de los ocurridos el 29 de febrero la víctima y la hermana omiten determinados detalles.

Señala que Jacqueline dijo que llegó el imputado golpeo la reja y se fue y su hermana solamente vio las actividades posteriores que hizo; escucho a Oliver gritando y discutiendo con la hermana, pero no presencié las amenazas de muerte y de que el imputado hubiera golpeado la reja.

Expone además de que amenaza no tiene verosimilitud, y existe como hecho no controvertido que entre la víctima y su representado tienen un hijo en común con todas las dificultades que ese hecho acarrea, sin perjuicio de que nunca vivieron juntos.

Indica además que con la prueba ofrecida por su parte se puede concluir que el acusado no se encontraba en ese lugar dado que éste fue a jugar fútbol y luego al bar, el hecho de que tenga antecedentes no significa que sea culpable, razón por la cual solicita su absolució n, las dificultades que surgieron las tienen todas las personas.

Luego de conformidad a lo dispuesto en el artículo 343 del Código Procesal Penal y con posterioridad a escuchar la prueba rendida en estrados el tribunal pronunció su deliberación de carácter condenatorio, fijando audiencia de comunicación de sentencia dentro del plazo previsto en el artículo 396 del Código Procesal Penal.

Posteriormente se abrió debate para efectos del artículo 343 del Código Procesal Penal y el Ministerio Público aludió al efecto la agravante del artículo 12 N° 15 del Código Penal, sin atenuantes, solicitando en consecuencia tanto la pena corporal como accesorias especiales dentro de su grado máximo; y en virtud de las condenas que registra en su extracto de extracto de filiación la pena corporal sea impuesta en forma efectiva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el hecho que se le atribuye al acusado contenido en el auto de apertura es el siguiente: “Que el día 29 de febrero de 2008, a las 21:30 horas aproximadamente, la víctima Jacqueline Tamara Pérez Hidalgo, se encontraba en el domicilio ubicado en Río Nuble 795, La Florida, cuando llegó el padre de su hijo Oliver Bianque González el que procedió a insultarla y amenazarla de muerte, diciéndole textualmente que de donde la encuentre le dará muerte”.

SEGUNDO: Que las pruebas rendidas por el Ministerio Público para fundar su pretensión punitiva dicen relación con:

I.- Prueba testimonial:

1.- Atestado de la víctima Jacqueline Tamara Pérez Hidalgo, quien interrogada por la Fiscalía expone:

Que el día 29 de febrero de este año se encontraba con su familia, eran como las 9 de la noche y llegó el papa de su hijo; él quería verlo y ella se lo negó. Agrega que éste se ofusco pateo la reja y dijo que iba a dejar la caga y que la iba a matar. Agregando que estaba con su hermana y un sobrino.

Añade que no dejó que viera el hijo por problemas de plata y porque le da miedo que este con su hijo porque es una persona violenta.

Indica que nunca vivieron juntos, estuvieron 5 años juntos, pero después del año sufrió agresiones físicas y verbales y en febrero del año 2005 la amenazo.

Expone que fue agredida antes físicamente y le dijo que se creía ella que era una “huevoona” y que la iba a matar, después de eso se fue y ella quedó nerviosa, y su vecina y hermana la fueron a ver, llamando posteriormente a carabineros.

Continúa señalando que creyó que Oliver pudiera cumplir sus amenazas porque antes ya lo había hecho y las cumplió. Añade que el 23 de febrero del año 2005 fueron las anteriores y ese mismo día lo detuvieron por porte de armas, hizo seis disparos, y como la una de la mañana sintieron balazos, y luego de eso llamo el imputado cinco minutos después diciendo que había sido él y que le podía hacer lo mismo a ella, diciendo que las cosas con él son a la buena o a la mala, que no tiene otra forma de hacer las cosas.

Agrega que los disparos fueron en el ventanal y en la pared que da hacia el living.

Expone además que hizo una denuncia y la retiró aunque tenía pruebas porque la hermana del imputado Cyntia

Bianqui pidió que la retirara para que no lo perjudicara más.

Añade que testigos del hecho del año 2005 fue testigo su vecina María Teresa Pizarro.

Continúa señalando que cree en las amenazas proferidas por el imputado porque éste una vez la amenazo y porque fue a su casa varias veces hacer escándalo y una vez le pego.

Afirma que el imputado es una persona violenta y estuvo detenido por maltrato de obra a carabineros, robo con intimidación y porte de armas.

Indica además que luego de las amenazas su vida no siguió igual, nunca anda sola, cambió a su hijo de colegio y se va a cambiar de casa para vivir más tranquila, además cambio de celular. Agregando que la casa es sus papas pero que la familia completa prefiere irse.

Luego hecho el imputado no la amenazo porque no tiene posibilidad de comunicarse con ella.

Afirma que el imputado es persona sumamente violenta y si fue capaz de lo que hizo el 2005, golpearla delante de su hijo, y tiene antecedentes, vive con miedo y cree en las amenazas proferidas, además dice que el imputado es una persona alcohólica y drogadicta.

Contra interrogada por la defensa:

Indica que se efectuó los quiebres de pololeo por maltrato físico y psicológico y que antes no lo denunció por miedo.

Añade que Oliver llegó a las 9 de la noche, pero no entró a la casa y dijo que quería ver a su hijo y como ella dijo que no, él se ofusco, y golpeó la

reja en reiteradas ocasiones, más de cinco veces.

Continúa señalando que el imputado fue escandaloso y su hijo se subió a la ventana a ver lo que pasaba.

Agrega que se encontraba su vecina Maria Teresa Pizarro y su hermana y también había gente en la plaza.

Expone además que el imputado la amenazo que iba a volver y que la iba a matar.

Dijo también que el imputado estuvo como 5 minutos y después llamo a carabineros.

Alude que no sabe a que hora llegó carabineros y que en todo caso fueron los de unidad correspondiente a Silva Pizarro.

Consultada por esta Juez:

Dijo que por los problemas anteriores no hizo denuncias.

Añade que los balazos ocurrieron el 23 de febrero del año 2005 y retiró la denuncia porque la hermana de él se lo pidió.

Dice que en los hechos del 23 de febrero se encontraban su vecina María Teresa Pizarro, su mamá Ximena Hidalgo y su hijo Nicolás Bianqui; y respecto de los hechos del 29 de febrero su hermana Lidia Pérez Hidalgo, su hijo Nicolás, su sobrina de tres años y su mamá Ximena Hidalgo

2.- Declaración de Lidia Margarita Pérez Hidalgo, quien interrogada por la Fiscalía expone que:

Declara por los hechos que ocurrieron el 29 de febrero de este año, indicando que en circunstancias que se encontraba con su hermana, llamaron a la puerta,

escucho gritos y Nicolás se subió a mirar que pasaba.

El imputado le dijo “no te metas tal por cual” y le dijo garabatos.

Escucho que el imputado le dijo a su hermana que la iba a matar.

Agrega que ella lo escucho todo, estaba en su domicilio y los hechos ocurrieron a las 9 y media y su hermana Jacqueline Pérez Hidalgo, se dio cuenta que estaba el papá de su hijo estaba afuera, y el imputado le dijo a ella y a su hermana “maraca culia” que la iba a matar donde estuviera y que esto no se iba a quedar así.

Manifiesta que el que amenazó a su hermana se encuentra presente en esta sala de audiencias.

Agrega que le dijo a su hermana que siguiera con la demanda porque antes la hizo y la retiro. Indica que la denuncia la hizo el año 2005, en ese entonces ella estaba embarazada y su hermana le contó que dispararon en la casa.

Respecto del hecho del 29 de febrero de este año indica que a su hermana la vieron nerviosa y asustada porque antes la amenazo que le iba a dar balazos, amenazas que cumplió, situación que produjo que su hermana cambiara de colegio a su hijo y que se quieran cambiar de casa.

Contra interrogada por el defensor:

Indica que vive hace más de un año en la casa con su hermana y madre.

Alude que cuando ocurrió lo de los balazos se fue porque estaba embarazada y se fue a vivir con su pareja.

Dice que conoce a Oliver desde que empezaron a pololear, que al principio se portaba normal y después tuvieron problemas.

Indica que ellos tienen otro conflicto de familia, Oliver no vista a su hijo y su hermana lo denunció por alimentos.

Respecto de los hechos del día 29 de febrero de este año, escucho gritos de Oliver y de su hermana; Jacqueline le dijo que se calmara y que se fuera, pero la intensidad de los insultos fue cada vez más fuerte porque los escucho y antes le tiro manotazos.

Afirma que salio cuando estaban discutiendo y Oliver la amenazo de muerte y de esta situación se dio cuenta Maria Teresa Pizarro, vecina que vive al lado de su casa, ya que las casas son pareadas. Luego de ocurrido el hecho llamaron a carabineros.

Consultada por esta Juez indicó que:

Dice que al 23 de febrero de año 2005 no vivía junto a su hermana porque estaba embarazada, y después volvió en diciembre de año 2007.

3.- Atestado de María Teresa Pizarro Figueroa, quien interrogada por la Fiscalía indica que:

Es vecina de la persona afectada y en la noche que ocurrieron los hechos estaba en la puerta de su casa cuando ve al imputado que se paro en el medidor de gas y apunto a la casa de su vecina dándole 6 disparos, ese hecho ocurrió el año 2005 en febrero, la persona afectada es Jacqueline Pérez y el papá de su hijo es Oliver Bianquie que está presente en esta audiencia.

Respecto del hecho del 29 de febrero de este año, ella adentro de su casa y escucho gritos de que la iba a matar, solo escucho no vio, y dice que vive en La Florida 13 o 15 años y vecina con la víctima unos 6 años.

Contra interrogada por el defensor:

Indica que el 29 de febrero estaba en su casa en la noche, no se acuerda de la hora, ese día no vio a Oliver solo escucho amenazas de muerte con garabatos.

Consultada por esta Juez indica que:

Los hechos del 25 de febrero del año 2005 los vio y los del 29 de febrero de este año los escucho por vivir en casas pareadas.

TERCERO: Que la defensa ofreció en estrados la siguiente prueba testimonial para fundar su teoría de absolución en estos autos:

1.- Atestado de Patricio Ortega Bianque Ortega, quien interrogado por la defensa y advertido del artículo 302 del Código Procesal Penal, expone que:

Es padre del imputado y vive con él y su esposa, dice que es comerciante de abarrotes.

Respecto del hecho del 29 de febrero del que se acusa a su hijo de amenaza de muerte lo niega porque estuvo con su hijo. Lo recuerda porque ese día era mes bisiesto y porque es fin de mes.

Alude que lo fue a buscar al bar y antes salió a jugar a la pelota a las 6 y media y lo fue a buscar entre 11 y cuarto y 11 y media de la noche.

Precisa que a jugar a la cancha Liverpool ubicada en calle oriental de Peñalolén y que fue a buscar a su hijo al bar de nombre "morfeo" ubicado en avenida oriental en Peñalolén.

Agrega que la distancia de la cancha al bar es como dos o tres cuadras y que Oliver se encontraba en compañía de sus amigos y de su polola; y que los llevo a su casa con su polola como a las 23:40.

Contra interrogado por la Fiscalía indica que:

Oliver no se fue a la casa de la víctima porque a las 18:00 horas estaba jugando a la pelota, no lo vio jugar, pero sabe que fue porque se llevo su equipo.

Dice que lo fue a buscar al bar a las 23:15 y estaba con Nano y Yim.

Alude además que su hijo fue condenado por robo con intimidación a 3 años y un día con firma

Consultado por esta Juez manifiesta que:

El fue a buscar a su hijo a las 23:15 horas al bar antes estaba jugando fútbol y llego a su casa 11:40 aproximadamente se fue con su hijo y la polola de él y los demás se quedaron en el bar.

2.- Declaración de Jimmy John Viveros Mancilla, quien interrogado por la defensa indica que:

Son amigos hace como 10 años con el imputado porque vive en el sector.

Alude que el 29 de febrero de este año estaba con el imputado y se acuerda de eso porque era un año bisiesto y le pagaban.

Agrega que salio del trabajo a las 17:00 horas y se juntaron a las 18:00 o 18:30 horas, ya que juegan los viernes juegan en la cancha de Liverpool que queda cerca como a dos cuadras. Dice que había cinco personas Nano que es Luis, Oliver y él, Agrega que jugaron a las 19:00 horas hasta las 20:00 horas y después se fueron al bar con todos los que estaban en el equipo.

Afirma que la cancha estaba como a dos cuadras y media del bar. Continúa señalando que se sirvieron cerveza y también estaba la polola de él; se quedaron hasta tarde, él se quedo hasta la 1 A.M., y el imputado se fue

como a las 11 y media porque lo fue a buscar el papa.

Contra interrogado por la Fiscalía expone que:

Vino a declarar porque es amigo del imputado y porque él se lo pidió.

Ese día tenían programado un partido de fútbol y le pagaron.

Añade de que estuvo con Oliver desde las 6 y media hasta la 11 y media de la noche, se fueron al bar como a las 20:00 o 20:15 horas y se fueron con la con la misma ropa del fútbol al bar, y que luego el imputado se fue con su padre y con su polola, y que no salio en ningún momento del bar

Consultada por esta Juez señalo que:

Se juntaron a las 18:30, en la cancha estuvieron hasta las 20:00 y llegaron al bar hasta las 20:30 horas con una distancia de dos cuabras y media.

3.- Acierto de Luis Hernán Alvarez Cifuentes, quien interrogado por la defensa indicó que:

Es amigo del imputado desde hace 8 o 10 años.

Dice que es microempresario de la schoperia morfeo y cumple horario en ella.

Indica que el 29 de febrero de este año estuvo con el imputado se acuerda porque ese día fue bisiesto y le pagaban.

Agrega que ese día organizo partido en el cual jugo el imputado.

Indica que el partido lo jugaron de 19:00 a 20:00 horas, la cancha se encontraba a dos cuabras y media del local.

Continúa exponiendo que dejo de trabajar a las 18:00 horas ara ir a buscarlo para jugar con la pelota; entre

19:00 y 20:00 horas jugaron, duró el partido una hora, e inmediatamente de finalizado el partido fueron a su local todo el equipo. Luego se paso al mesón a trabajar.

Agrega que ningún momento perdió de vista al imputado y que después lo fue a buscar el papa con su polola, dijo que estaba poca distancia de él y la luminosidad era de media a baja.

Contra interrogada por la Fiscal:

Indica que es amigo de Oliver desde hace 8 o 10 años y puede dar fe que es inocente porque estaba en otro lugar.

El día que lo acusan fue a jugar a la polola y luego al bar.

Afirma que a las 9 de la noche Oliver estaba en el bar, se acuerda de ese día porque es bisiesto y porque le pagaron.

Precisa que el tamaño del bar es de unas 9 mesas y una barra, es del porte de la mitad de la sala de audiencias.

Dice que luego de llegar al bar con sus amigos del partido se cambio de ropa, y después no se puede involucrar más con ellos, pero dice que puede asegurar que el imputado estuvo a las 21:30 en el bar.

Consultado respecto de si se acuerda si el viernes anterior e imputado fue al bar dice que no se acuerda.

Consultada por esta Juez manifiesta que:

Al bar solo llegaron los amigos del partido y la polola del imputado ya estaba en el local.

4.- Declaración del acusado como medio de defensa al final de la audiencia, en los siguientes términos:

Niega los cargos que se le están haciendo porque son con daño premeditado.

Indica que ese día jugaba a la pelota fue un día normal, reconoce que tiene antecedentes por robo pero no por lesiones y tampoco el porte.

Indica que ahora trabaja y estudia.

Dice que tampoco efectuó los seis disparos de que se le acusa.

CUARTO: Que el ilícito por el cual se acusa al imputado referido en el auto de apertura dicen relación con amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal en relación al artículo 5° de la ley 20.066.

QUINTO: Que en el ilícito de amenazas se atenta principalmente contra la seguridad individual del amenazado como presupuesto de la libertad y, eventualmente contra la libertad de actuación, si las amenazas producen efecto en su voluntad. Es siempre un delito de peligro concreto, atendidas las estrictas condiciones que impone el articulado del Código Penal.

La conducta consiste en amenazar, esto es infundir temor en otro con la amenaza de un mal futuro o inminente, que el amenazador le señala. Sin embargo la ley ha delimitado el ámbito de las amenazas constitutivas de delito, estableciendo para ellas especiales requisitos, en atención a los bienes sobre que recaen, su seriedad y verosimilitud.

Por su parte la ley señala que toda amenaza debe recaer en la persona (lo que comprende su vida, salud e integridad corporal) honor o propiedad del amenazado o de su familia.

Además es necesario que se cumplan al efecto dos requisitos copulativos para la configuración de este ilícito, a saber:

A. Seriedad de la amenaza: Esto es que sean constitutivas de un mal verdadero que el amenazador tiene el propósito de causar y que dados los antecedentes sea posible de verificar.

B. Verosimilitud de la amenaza: Esto es que sea un mal que sea creíble, aunque no sea verdadero, atendida la situación concreta en que se encuentra la víctima. Por lo tanto, la verosimilitud debe juzgarse ex ante, situándose en la perspectiva del afectado.

SEXTO: Que apreciando entonces la prueba reseñada en los acápites segundo y tercero de conformidad a lo dispuesto en los artículos 295, 297 y 340 del Código Procesal Penal, esta sentenciadora concluye:

I.- Que se acreditó con la prueba rendida por el Ministerio Público:

A) Que el imputado y la víctima tienen un hijo en común llamado Benjamín Bianque Pérez, circunstancia que hace procedente la aplicación del contexto de violencia intrafamiliar en mérito del artículo 5 inciso segundo de la ley 20.066 al ilícito por el cual se acusa al imputado.

B) Que el hecho constitutivo del ilícito por el cual se acusa al imputado se realizó con fecha 29 de febrero del año en curso, sin perjuicio que los hechos de fecha 23 de febrero del año 2005 dada la gravedad de los mismos (seis balazos en la casa de la víctima) ilustran respecto de la conducta anterior del imputado a fin de situarse en la perspectiva de la víctima en cuanto a la plausibilidad de seriedad y verosimilitud de las nuevas amenazas proferidas a la víctima.

C) Que el día 29 de febrero de año en curso siendo aproximadamente las 21:30 horas el acusado concurrió al domicilio ubicado en Río Nuble 795 de la comuna de La Florida, inmueble donde vivía la víctima Jacqueline Tamara Pérez Hidalgo; y a propósito de la negativa de la víctima de que el imputado visite a su hijo el imputado la insultó y la amenaza de muerte.

D) Que sin perjuicio que solo fue testigo presencial de las amenazas de muerte proferidas a la víctima el día 29 de febrero del año en curso la propia víctima; tanto su hermana Lidia Pérez y vecina María Teresa Pizarro fueron testigos de oídas de las mismas las cuales se encuentran contestes en las palabras empleadas por el imputado y en la situación de temor que la víctima adoptó luego de proferidas éstas por el imputado.

E) Que la vida de la víctima cambió luego de proferidas las amenazas de muerte por parte de imputado, dado que no anda más sola, cambió su hijo de colegio, cambio su número celular y se está gestionando un cambio de casa, porque la familia entera prefiere irse del lugar para vivir más tranquilos y evitar un nuevo hecho de violencia, circunstancias quedan cuenta la hermana, vecina y la propia víctima.

II.- Que se acreditó con la prueba rendida por la defensa los siguientes puntos:

A. Que el padre del acusado se llama Patricio Bianque Ortega y que solo puede asegurar que su hijo salió de su casa a las 18:00 horas, que supone que fue a jugar fútbol porque salió con equipo, y que lo volvió a ver en el bar “morfeo” a las 23:15 horas, ya que lo fue a buscar llegando a su domicilio con él aproximadamente a las 11:40 horas.

B. Que el imputado tiene dos amigos que conoce hace 8 o 10 años aproximadamente, Jimmy Viveros y Luis Hernán Alvarez Cifuentes con los cuales acostumbra jugar fútbol e ir a un bar.

SÉPTIMO: Que esta sentenciadora respecto de la prueba de la defensa considera que ha sido contradictoria y poco verosímil por las siguientes razones:

A) Del análisis de las declaraciones de los testigos de la defensa se desprende que éstos se contradicen y son a la luz de lo dispuesto en el artículo 309 inciso primero del Código Procesal Penal los atestados de Jimmy Viveros y Luis Alvarez poco creíbles y verosímiles.

B) Las contradicciones apuntan a que Jimmy Viveros dijo que se juntaron con el imputado a las 18:00 o 18:30 horas no recuerda exactamente, jugaron de 19:00 a 20:00 horas y llegaron 20:15 y luego cambia la hora 20:30 horas diciendo que no recuerda exactamente, y que el bar que queda a dos cuerdas y media; y luego su padre con su polola fueron a buscar al acusado; en tanto Luis Alvarez dijo que llegaron inmediatamente después del partido al bar a las 20:15 horas y que se fueron todos los que jugaron en el equipo y que la polola del acusado se encontraba en el lugar y no que habría llegado ésta junto con el padre del acusado a buscarlo al bar.

C) Las inverosimilitudes apuntan a que ambos recuerdan el día de los hechos por ser bisiestro y porque les pagan y ninguno de ellos recordó lo que hicieron el viernes anterior o posterior.

Resulta además poco creíble dada la distancia de la cancha al bar (dos cuerdas y media) que se hayan demorado tanto en llegar, siendo que aluden ambos que

no se cambiaron de ropa, existiendo diferencia de media hora de la llegada al bar desde la cancha.

Resulta poco verosímil que Luis Alvarez no haya perdido de vista al acusado, dado que primeramente se fue a cambiar de ropa y luego estaba encargado de atender 9 mesas y una barra del local “Morfeo”

D) El testimonio de Patricio Bianque, padre del imputado, no atañe la pertinencia de los hechos materia de la acusación, dado que los hechos discutidos ocurren a las 21:30 horas y dicho testigo solo da cuenta de lo acontecido con el imputado a las 18:00 horas y luego solo sabe de él a las 11:15 horas hora en la cual supuestamente lo va a buscar al bar “Morfeo”.

En consecuencia aunque fuera cierto que el imputado hubiese jugado fútbol ese día, ninguno de los testigos de la defensa puede asegurar al 100% que a las 21:30 horas de día 29 de febrero del año en curso el acusado se hubiera encontrado en el bar principalmente en mérito del contexto de toma de alcohol, máxime tomando en cuenta que en ese lugar según lo que expone Luis Alvarez la luminosidad era tenue y baja, además de que se encontraba no solo el equipo completo en el bar sino que además otros clientes que concurrirían al mismo, máxime cuando la víctima alude de que el imputado estuvo como cinco minutos y se fue, situación que analizada en base a la lógica es absolutamente plausible que el imputado haya jugado fútbol, luego hubiese ido al bar. Posteriormente hubiese concurrido al domicilio de la víctima a propinar las amenazas y luego hubiese regresado al bar.

OCTAVO: Que esta sentenciadora prefiera en cuanto idoneidad y

verosimilitud la prueba de la fiscalía por las siguientes razones:

A) Tanto la defensa como la fiscalía aluden los problemas anteriores que el acusado y la víctima han tenido, sin perjuicio de que la defensa los arguye a problemas que toda pareja tiene, no cuestionando en sus alegatos y contra interrogatorios el hecho referido al día 23 de febrero del año 2005 en cuanto hecho como violencia en que son parte los mismos intervinientes, máxime cuando esta parte en sus alegatos de apertura como clausura expone que la prueba rendida por el Ministerio Público se refiere solo al hecho perpetrado el 23 de febrero del año 2005, sin cuestionarlo, modificarlo ni solicitando su exención de responsabilidad a su representado.

B) La víctima “Jacqueline Pérez” hermana “Lidia Pérez” y vecina “María Teresa Pizarro” aluden a dichos problemas que sitúan el accionar dentro de un contexto violento en que se encuentra inmerso el imputado, contexto que se condice con la gravedad de los hechos perpetrados el día 23 de febrero del año 2005 y condenas y anotaciones que registra en su extracto de filiación, tales como maltrato de obra a carabineros, robo con intimidación, porte ilegal de arma de fuego y lesiones graves.

C) La víctima relata en forma pormenorizada las amenazas proferidas señalando que el día de los hechos a las 21:30 horas el imputado llegó a su domicilio pateando la reja ella verificó que pasaba, salió de su domicilio dijo que el imputado nunca entró al mismo; y ante la negativa de ella en que el imputado viera a su hijo señala que éste se ofusco, la insulto y la amenazo de muerte, sintiendo temor toda vez que recordaba los hechos del día 23 de

febrero del año 2005 (seis balazos en su domicilio propinados por el imputado) ingresando nuevamente a su domicilio y llamando a carabineros.

D) Que el relato antes indicado, aún cuando Lidia Pérez y María Teresa Pizarro indican que no lo vieron, son contestes en señalar el contexto en cuanto a ruidos, escándalo, insultos y términos empleados por el imputado para amenazar a la víctima, circunstancia que es absolutamente verosímil dado el lugar en que se encontraba cada una de ellas (la hermana al interior de domicilio cercana a la puerta de ingreso del inmueble ; y la vecina en su casa que se encontraba inmediatamente al lado de la casa de la víctima siendo casas pareadas).

E) Que tanto la víctima “Jacqueline Pérez” como su hermana “Lidia Pérez” y vecina “María Teresa Pizarro” se encuentran contestes en que luego de las amenazas proferidas a la víctima, ésta debió cambiar de colegio a su hijo, cambiar de número de celular e iniciar los trámites de venta de la casa, consecuencias que resultan verosímiles e idóneas ante una amenaza de muerte que la víctima cree que efectivamente se llevará a cabo por el imputado en mérito del accionar violento que se menciona en la letra b) de este considerando.

F) Que no se vislumbran contradicciones entre los testigos de la fiscalía, razón por la cual su testimonio resulta creíble, veraz y verosímil a diferencia de lo acontecido con la prueba de la defensa según lo razonado en el considerando precedente.

NOVENO: Que por lo razonado en los acápites quinto y sexto dado el ilícito requerido es necesario acreditar con las probanzas rendidas en forma

copulativa los requisitos de la seriedad y de la verosimilitud, situación que aconteció en estos autos en mérito de las probanzas aportadas por el ente persecutor, a mayor abundamiento:

A) Respecto de la seriedad: Se acreditó con el atestado de la víctima que fue expreso y claro en concluir que la amenaza consistió en señalar que el imputado le dijo que la iba a matar dentro de un contexto que no induce a broma o error en la percepción de la víctima, mal que puede considerarse fehacientemente verdadero dados los antecedentes expuestos en la letra b) del considerando cuarto, razón por la cual es posible que se verifique por parte del imputado.

B) Respecto de la verosimilitud: Se acreditó con el atestado de la víctima, hermana y vecina; quienes se encuentran contestes en que las amenazas de muerte proferidas por el imputado, atendida la situación en que se encontraba la víctima son un mal creíble situándose en la perspectiva de ésta, desde un punto subjetivo. La víctima sintió temor dado que anteriormente el imputado dio seis balazos a su casa, es un hombre violento que consigue las cosas por las buenas o por las malas y además tiene condenas por robo con intimidación y porte de arma de fuego.

DÉCIMO: Que apreciando entonces la prueba reseñada en los acápites segundo y tercero y razonamientos expuestos en los considerandos sexto, séptimo y octavo de conformidad al artículo 340 del Código Procesal Penal, se ha acreditado más allá de toda duda razonable los hechos expuestos en el acápite primero de este fallo, esto es que “Que el día 29 de febrero de 2008, a las 21:30 horas aproximadamente, la víctima Jacqueline Tamara Pérez

Hidalgo, se encontraba en el domicilio ubicado en Río Nuble 795, La Florida, cuando llegó el padre de su hijo Oliver Bianque González el que procedió a insultarla y amenazarla de muerte, diciéndole textualmente que de donde la encuentre le dará muerte”

Hechos que en todo caso configuran el ilícito de amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal en relación al artículo 5° de la ley 20.066; respecto del cual le ha cabido participación al acusado conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal por haber intervenido en ellos de una manera inmediata y directa, todo ello en mérito de las razones doctrinales expuestas en los considerandos quinto y noveno de este fallo.

UNDÉCIMO: Que en cuanto circunstancias modificatorias de responsabilidad y habiéndose aludido por el ministerio Público la agravante prevista en el artículo 12 N° 15 del Código Penal respecto de la condena de fecha 07 de febrero del año 2005 en causa ROL 16.877-2001 del 18° Juzgado del Crimen de Santiago por el ilícito de robo con intimidación de tres años de presidio menor en su grado medio, pena remitida; y en mérito de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal que prescribe” ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración” y en este sentido el tenor de dicha agravante contemplaba el siguiente tenor “Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena”, circunstancia que a entender de esta sentenciadora implica que la pena impuesta sea efectivamente cumplida

situación que no acontece en la especie en una remisión condicional, toda vez que es un beneficio de carácter alternativo que se caracteriza principalmente en virtud de su artículo 3° de la ley 18.216 en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo, interpretación que se encuentra en atenta armonía con la modificación efectuada por la ley 20.253 en el artículo 12 N° 15 del Código Penal que dispone que procede dicha agravante en caso de “haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a los que la ley señale igual o mayor pena” agravante que no distingue si el imputado cumplió o no efectivamente la condena impuesta; en consecuencia siendo los hechos investigados de fecha 29 de febrero del año 2008 y la ley 20.253 promulgada el 11 de marzo de año 2008 y publicada el 14 de marzo del mismo año, en mérito del artículo 18 del Código Penal, no se dará lugar a la aplicación de la agravante anteriormente mencionada.

En mérito de lo razonado precedentemente y de conformidad al artículo 67 del Código Penal no existiendo atenuantes y agravantes la pena sea impuesta en su mínimo. En consecuencia la accesoria especial del artículo 9 letra b) de la ley 20.066 será impuesta también en tramo antes mencionado, accesoria respecto de la cual en todo caso procede su aplicación dada la convención probatoria estipulada en el auto de apertura en cuanto al hijo que tienen en común el ofensor y la víctima, circunstancia que se contempla en la ley 20.066 expresamente en su artículo 5° inciso segundo de la ley 20.066, sin necesidad de exigir la convivencia del imputado con la víctima,

situación que conlleva a considerar que también habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta de maltrato que afecte la vida o la integridad física del sujeto vinculado por parentesco por consanguinidad o afinidad que la ley del ramo establece ocurra entre los padres de un hijo en común, situación que se da en el caso sub lite.

Que la pena corporal antes indicada deberá ser cumplida en forma efectiva dado las condenas que registra en su extracto de filiación, principalmente la de fecha 07 de febrero del año 2005 del 18 Juzgado del Crimen de Santiago en causa ROL 16.877-2001 por el ilícito de robo con intimidación a tres años de presidio menor en su grado medio, pena remitida, condena que dado su data y quantum no cumple el requisito del artículo 8° letra b) de la ley 18.216 a fin de otorgarle reclusión nocturna.

Y con lo previsto en los artículos 4, 36, 45, 47, 295, 297, 302, 309, 315 339, 340, 342, 346, 396, 348 del Código Procesal Penal, artículos 15 N° 1, 18, 25, 30, 67, 69, 296 N° 3 del Código Penal y artículos 5° y 9° de la ley 20.066, se resuelve:

I.- Que se condena a OLIVER BIANQUE GONZÁLEZ ya individualizado a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena y accesoria especial prevista en el artículo 9 letra b) de la ley 20.066 por el termino de seis meses de prohibición de acercarse a la persona y en el lugar que se encuentre la víctima Jacqueline Tamara Pérez Hidalgo e ingresar al interior de su domicilio ubicado en Río Nuble 795, La Florida, lugar de su trabajo y estudios, sin perjuicio del derecho a visitas que le asiste al

imputado respecto del hijo en común Nicolás Benjamín Bianque Pérez, derecho que deberá ser regulado por el Juez de familia competente, por su responsabilidad en calidad de autor del ilícito de amenazas no condicionales previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal, en contexto de violencia intrafamiliar en relación al artículo 5° de la ley 20.066 en grado de consumado, perpetrado en esta jurisdicción el día 29 de febrero del año en curso.

II.- Que no se condena en costas al acusado en mérito de haber tenido motivo plausible para litigar.

III.- Que en mérito de lo razonado en el acápite undécimo la pena anteriormente impuesta de 61 días deberá ser cumplida en forma efectiva en algún centro que determine Gendarmería de Chile en base a las nuevas instrucciones impartidas por la Excma Corte Suprema, sin abonos.

La condena antes indicada deberá ser cumplida una vez que el imputado se presente o sea habido; para tales efectos deberá presentarse al tercer día hábil de ejecutoriado este fallo en este tribunal a fin de decretar la orden de ingreso pertinente; y en caso de incumplimiento se despachará orden detención la cual deberá ser diligenciada tanto por Carabineros e Investigaciones de conformidad al artículo 468 del Código Procesal Penal.

IV.- Que para el cumplimiento de la pena accesoria prevista en el artículo 9 letra b) de la ley 20.066 decretada en el acápite I que rige por seis meses a contar que quede ejecutoriada la presente sentencia, oficiase en su oportunidad a la unidad policial pertinente comunicando que sin perjuicio del alzamiento de la medida cautelar,

se decreta la accesoria en los términos antes expuestos.

V.- Devuélvanse al Ministerio Público los documentos tenidos a la vista.

VI.- Oficiéase en su oportunidad para efectos de discutir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 18.216 por la condena que registra por robo con intimidación en la causa ROL 16.877-2001 de 18° del Crimen de Santiago, o al Juzgado que corresponda en caso de su supresión.

Cúmplase oportunamente con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese, anótese, y archívense los antecedentes, en su oportunidad.

RUC N° 0800200096-3

RIT N° 2707-2008

Dictada por doña Claudia Andrea Santos Silva, Juez Titular del Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

INCIDENCIA DE LOS ARTÍCULOS 351 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y 74 DEL CÓDIGO PENAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE. OPORTUNIDAD Y CONSECUENCIAS

María José Taladriz Eguiluz¹

Comentario:

El Ministerio Público recurre de nulidad por la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al condenarse a los imputados adolescentes de catorce años de edad como autores de los ilícitos de robo con violencia y robo con intimidación; uno de ellos, a sufrir las penas de dos años de internación en régimen semicerrado, con programa de reinserción social y un año de libertad asistida especial y el segundo, a sufrir dos penas de libertad asistida especial de dos años cada una. Sostiene, que la sentencia tuvo por probado el hecho y la participación, pero yerra en la aplicación de las reglas de determinación de pena en relación con lo dispuesto en los artículos 14, 21, 22 y 23 de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente y en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

La Séptima Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia dictada por el 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, compartiendo el planteamiento del Fiscal en el sentido que la errónea aplicación del derecho ha influido en lo dispositivo del fallo, puesto que respecto del primer adolescente se debió regular en la pena única de cinco años de internación en régimen cerrado, con programa de reinserción social, como autor de los delitos de robo con violencia y robo con intimidación, en carácter reiterado, y no a dos sanciones de dos años de internación en régimen semicerrado, con programa de reinserción social y un año de libertad asistida especial, como se resolvió en la sentencia recurrida, como consecuencia de la aplicación del artículo 74 del Código Penal.

Antes de analizar lo resuelto por el Iltmo. Tribunal, en torno a la aplicación de la regla de reiteración, nos parece pertinente recordar que la Ley N° 20.084², que el pasado 08 de junio cumplió un año de vigencia, regula en otras materias la determinación de las sanciones procedentes, en el Párrafo 5° de su Título I (artículos 20 a 26), aplicando subsidiariamente las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales (Artículo 1°), así como también

1 Abogada asesora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal de Adolescentes y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Modificada por la Ley N° 20.191, publicada en el Diario oficial el 2 de junio del 2007.

aquellas contenidas en el Código Procesal Penal, al que también se remite supletoriamente el artículo 27 de la mencionada ley.

Así y referidos a las reglas sobre determinación de sanciones, los artículos 21, 22, 23 y 24 de la Ley N° 20.084 contienen normas sobre determinación de penas, que exigen precisar dos aspectos de la sanción, su “duración” o “extensión” y luego su “naturaleza”, lo que debe realizarse en dos fases separadas e independientes.

El artículo 21 dispone que para establecer la duración o extensión de la sanción, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal. Es decir, deberán ponderarse los factores contemplados en los artículos 50 y siguientes del Código Penal, como el grado de desarrollo del delito, la participación y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, teniendo presente que la única disposición del citado párrafo 4° que no se aplica, es aquella prevista en el artículo 69 del Código Penal, referida a la necesidad de considerar el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del daño producido por el delito, por encontrarse expresamente exceptuada en el artículo 21 de la Ley N° 20.084.

En consecuencia, la pena que resulte de la aplicación de estas reglas –sólo en lo que se refiere a su extensión– será siempre un grado de las penas de presidio o reclusión mayores o menores que contempla el Código Penal, por lo que adquiere relevancia la norma de límite que se consigna en el artículo 22 y que dispone que la sanción resultante deberá ajustarse a los límites establecidos en el artículo 18, esto es, un máximo de cinco años para los adolescentes de 14 y 15 años y de diez años para los adolescentes de 16 y 17 años de edad. De este modo y tal como resuelve la Ilma. Corte de Santiago en este fallo, aunque la aplicación de estas reglas signifique que la pena en el caso concreto sea superior a cinco años, tratándose de un adolescente de 14 años de edad al momento de dar principio a la ejecución del delito, sólo se podrá aplicar una pena máxima de cinco años (artículo 18 de la Ley N° 20.084 en relación con el artículo 22 de la misma)³.

La segunda etapa consiste en determinar el tipo de sanción que el adolescente deberá cumplir. Para estos efectos, la ley, en su artículo 23, ha establecido cinco tramos de penalidad, asignando a cada uno de ellos un conjunto de penas, de las cuales el juez debe escoger la que aplique, previa solicitud del fiscal⁴, atendiendo

3 Es preciso señalar que, aun cuando se aplique una pena inferior a cinco años o inferior al presidio o reclusión menor en su grado mínimo, los hechos que según el Código Penal constituyen *crímenes o simples delitos*, siguen siendo tales.

4 Para efectuar la elección debemos tener presente que la privación de libertad debe usarse cuando el resto de las sanciones no resulten eficaces para conseguir la finalidad de la sanción. En relación con esto último, el artículo 26, se encarga de establecer que la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y en ningún caso se podrá imponer

los criterios que consagra el artículo 24 de la Ley N° 20.084 y debiendo dejar constancia en el fallo de su razonamiento⁵.

Además, ***tratándose de delitos de la misma especie*** corresponde analizar si resulta procedente la aplicación de la regla del artículo 351 del Código Procesal Penal, sobre reiteración de delitos de la misma especie, o la regla sobre acumulación material, prevista en el artículo 74 del Código Penal, debiendo aplicarse las penas en la forma establecida en esta última norma, cuando de seguirse este procedimiento hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Aunque ambas normas participan en la determinación de la extensión de la pena, resulta altamente relevante su efecto en la determinación de la naturaleza de la misma. De ahí que la Defensoría Penal Pública haya sostenido en sus argumentaciones que resulte necesario hacer un análisis de la naturaleza de pena probable para determinar cuál de los dos sistemas resulta más beneficioso al adolescente.

Sin embargo, el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago evidencia que corresponde determinar la procedencia de una u otra norma (de reiteración o de acumulación material), ***en forma previa a la determinación de la naturaleza de la sanción, esto es, al determinar su extensión, sin que sea necesario hacer un análisis de la naturaleza de pena probable para determinar cuál de los dos sistemas resulta más beneficioso al adolescente.***

No debe olvidarse que siempre existe la posibilidad, luego de iniciarse el cumplimiento de la pena y siempre que se adviertan avances significativos, de sustituir la pena originalmente impuesta por una que parezca menos gravosa (artículos 54 y 53 de la Ley N° 20.084).

La Corte acogió la tesis del Ministerio Público, en cuanto a que la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal resultaba en este caso más beneficiosa para los adolescentes, toda vez que, luego de realizar la rebaja prevista en el artículo 21 de la Ley N° 20.084 (presidio menor en su grado máximo), de aumentarse la pena en un grado como consecuencia de la aplicación de la regla sobre reiteración (presidio mayor en su grado mínimo) y de compensar las dos

a un adolescente una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.

- 5 La selección final de la pena que se impondrá al adolescente la hará el tribunal ponderando los criterios que consagra el artículo 24, esto es:
 - a) La gravedad del ilícito de que se trate;
 - b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
 - c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
 - d) La edad del adolescente infractor;
 - e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
 - f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

circunstancias minorantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal y la agravante de pluralidad de malhechores concurrente en el análisis de los acusados, la extensión (duración) de la sanción necesariamente debe ajustarse a cinco años, por aplicación del artículo 18 de la Ley N° 20.084, en relación con su artículo 22. Lo anterior, difiere de la aplicación del artículo 74 del Código Penal, que arrojaba como mínimo una extensión de seis años y dos días, pues “... se debió considerar especialmente el hecho de ser dos ilícitos, un robo con violencia y un robo con intimidación, que por disposición de los artículos 14 inciso final, 22 y 23 N° 1 de la ley N° 20.084, escapan al margen, para las penas aplicadas, de dos y un año, y de dos de dos años, respectivamente, de conformidad con los criterios indicados en el artículo 24 de la Ley, esto es, que por tratarse de dos casos de criminalidad grave, la intensidad del reproche penal o culpabilidad del agente, su edad y extensión del mal causado, parece ajustado a los criterios de prevención la pena pedida por el ministerio público...” “...por lo que claramente se impusieron penas inferiores a las que legalmente correspondían, vulnerándose las normas de la Ley N° 20.084 y sin que diera estricto cumplimiento al artículo 351 del Código Procesal Penal, lo que amerita la invalidación del fallo y del juicio” (Considerando Tercero).

El fallo pronunciado por la Séptima Sala de la ICA de Santiago confirma lo resuelto por otras Cortes de Apelaciones del país⁶, en el sentido de atender a la extensión o duración resultante para determinar si, en el caso concreto, resulta más favorable la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal o del artículo 74 del Código Penal y no a la naturaleza de la pena.

Sentencia:

Santiago, treinta de septiembre de dos mil ocho.

Vistos, oídos y teniendo presente:

1.- Que en estos antecedentes RIT. 61-2008, RUC: 0700983784-6, seguidos por robo con violencia e intimidación, ante el Quinto Tribunal Oral de Santiago, el Ministerio Público, representado por don Sergio Soto Yáñez, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha 6 de agosto próximo pasado, la que en juicio oral condenó a P.I.A.C. y F.A.A.G., a sufrir el primero la pena de dos años de

internación en régimen semicerrado, con programas de reinserción social y un año de libertad asistida especial, y al segundo a sufrir dos penas de dos años de libertad asistida especial cada una, ilícitos perpetrados en la comuna de Maipú, solicitando la anulación del juicio y la sentencia impugnada, debiendo determinarse el estado de procedimiento en que debe quedar, a fin de que el tribunal no inhabilitado que corresponda disponga de un nuevo juicio oral fijando día y hora para tal efecto.

2.- Funda su recurso en el motivo absoluto de nulidad previsto en la letra b), del artículo 373 del Código

6 Sentencia de la ICA de Valparaíso, de 14 de agosto de 2007; Rol Corte: 748-2007. Sentencia de la Quinta Sala de la ICA de San Miguel, de 05 de noviembre de 2007; Rol Corte: 1481-2007. Sentencia pronunciada por la Primera Sala de la ICA de Temuco, de 23 de noviembre de 2007; Rol Corte: 1217-2007. Sentencia pronunciada por la Tercera Sala de la ICA de Temuco, de 13 de agosto de 2008; Rol Corte: 752-2008.

del ramo, en relación con los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. Al efecto, sostiene, que la sentencia tuvo por probado el hecho y la participación, pero yerra en la aplicación de las penas al considerar respecto de A.C., que se trata de un menor, que a la fecha de comisión de dos ilícitos tenía 14 años, rebaja la pena en un grado respecto de aquella signada por la ley quedando así en presidio menor en su grado máximo; sin embargo al tratarse de dos delitos hace aplicable la regla de reiteración establecida en el artículo 351 del Código procesal Penal, por ser más beneficioso para el sentenciado, regresando al margen de la pena original y por último luego de compensar las dos circunstancias minorantes y la agravante de pluralidad concurrente en el análisis de cada uno de los acusados, se imponen las penas en el grado mínimo y, respecto de A.G., se aplica el mismo razonamiento que se hiciera a propósito del sentenciado A.C., sin perjuicio de que en este caso particular, atendido a que cuenta con redes de apoyo más significativas, la decisión del tribunal es imponer dos penas sucesivas de libertad asistida especial por el termino ya expresado. La errónea aplicación del derecho ha influido en lo dispositivo del fallo puesto que se debió regular en la pena única de cinco años de internación en régimen cerrado, con programa de reinserción social y no como se resolvió en la sentencia recurrida. Al efecto sostiene que la sentencia vulnera lo establecido en los artículos 22 y 23 N° 1 de la Ley de responsabilidad penal adolescente toda vez que al hacer aplicación de esta norma se debe realizar dos pasos separados e independientes. En el caso particular, tal como se ha indicado se

trata de un menor que a la fecha de comisión tenía 14 años, lo que supone la rebaja de la pena en un grado, respecto de aquella signada por la ley, quedando en presidio menor en su grado máximo, sin embargo por tratarse de dos delitos, se hace aplicable la regla de la reiteración establecida en el artículo 351 del Código Procesal penal, regresando al margen de presidio mayor en su grado mínimo y por último al compensar las dos circunstancias minorantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, se debió imponer la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Que en dicha virtud, el Ministerio Público solicitó la aplicación de una pena única de cinco años de régimen cerrado con programa de reinserción social, adecuando la extensión de la pena de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la referida Ley. Sin embargo los sentenciadores han aplicado una pena de dos años en régimen semicerrado y una de un año de libertad asistida, lo que da una extensión de tres años, lo que vulnera el artículo 23 N° 2 de la Ley N° 20.084. Similar situación refiere respecto de A.G., sin embargo aplica dos penas con libertad asistida, la cual tiene un plazo de tres años, toda vez que el artículo 14 de la tanta veces citada ley de responsabilidad juvenil adolescente establece dicho plazo máximo y la pena excede con creces dicho límite, pues se hizo aplicación en la sentencia del artículo 72 del Código Penal.

3.- Que lo anterior resulta ser efectivo, pues basta una lectura detenida al considerando décimo de la sentencia en revisión, para darse cuenta que ella padece de los reproches que le hace el Ministerio Público. Esto es, los jueces analizan las circunstancias modificatorias estableciendo la existencia de

dos atenuantes y una agravante, las cuales compensan para, en definitiva, aplicar al mínimo como la ley permite, sin embargo se debió considerar especialmente el hecho de ser dos ilícitos, un robo con violencia y un robo con intimidación, que por disposición de los artículos 14 inciso final, 22 y 23 N° 1 de la ley N° 20.084, escapan al margen, para las penas aplicadas, de dos y un año, y de dos de dos años, respectivamente, de conformidad con los criterios indicados en el artículo 24 de la Ley, esto es, que por tratarse de dos casos de criminalidad grave, la intensidad del reproche penal o culpabilidad del agente, su edad y extensión del mal causado, parece ajustado a los criterios de prevención la pena pedida por el ministerio público. Que así las cosas, por lo que claramente se impusieron penas inferiores a las que legalmente correspondían, vulnerándose las normas de la Ley N° 20.084 y sin que diera estricto cumplimiento al artículo 351 del Código Procesal Penal, lo que amerita la invalidación del fallo y del juicio.

4.- Que, así las cosas, no cabe más que concluir que en el caso en cuestión se configura la causal de nulidad impetrada, por lo que se hace forzoso acoger el recurso en todas sus partes.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 281, 372, 373 letra b), 384 y 386 del Código Procesal Penal, y lo previsto en los artículos 14, 21, 22 y 23 N° 2 de la Ley N° 20.084, se declara: Que **se acoge** el recurso de nulidad interpuesto por don Sergio Soto Yañez, en contra de la sentencia de fecha 6 de agosto de 2008, que en juicio oral condenó a P.I.A.C. y a F.A.A.G., a las penas que en ella se indican, y se declara que se anula dicha sentencia y el juicio

oral correspondiente, reponiéndose el proceso al estado de que el juez de Garantía haga llegar el auto de apertura del juicio oral al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no inhabilitado.

Regístrese, comuníquese y devuélvase la competencia.

Redacción del Ministro don Emilio Elgueta Torres.

N° 1666-2008.

Pronunciada por la Séptima Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro señor Patricio Villarroel Valdivia e integrada por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y señor Emilio Elgueta Torres. No firma el Ministro señor Mera, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

CONTENIDO

Artículos

Modificaciones penales introducidas por la Ley N° 20.253.

Silvia Peña Wasaff

“Tener a su cargo”: requisito de la malversación de caudales públicos

Roberto Morales Peña

Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la Ley N° 20.000 entre los meses de agosto y octubre de 2008.

Renzo Figueroa Aste

Control de identidad migratorio.

Ximena Marcazzolo Awad

La constitucionalidad del microtráfico.

Eduardo Picand Albónico

Comentario sobre el Éxtasis.

Lorena Rebolledo Latorre

Asociación ilícita para el narcotráfico e interpretación del tipo penal.

Andrés Salazar Cádiz

La mínima gravedad de la pena en los procesos de extradición activa.

Eduardo Picand Albónico

Aportes desde la psicología a la delimitación del concepto de “material pornográfico infantil”.

Karen Guzmán Valenzuela

Punibilidad de la sustracción o venta de una cartera de clientes.

Alejandro Moreira Dueñas

Estado de jurisprudencia de la Corte Suprema respecto del delito de comercio clandestino.

Verónica Rosenblut Gorodinsky

Comentarios relativos al delito de obtención fraudulenta de créditos en la jurisprudencia emanada del nuevo proceso penal.

Manuel Zárate Campos

Violencia de pareja y retractación de la denuncia: una propuesta de comprensión y análisis desde el paradigma sistémico.

Roberto Rodríguez Manríquez

Sentencias Comentadas

Requerimiento de inaplicabilidad del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal

Hernán Ferrera Leiva

Comentario de sentencias que condenan al Alcalde de Coquimbo

Hernán Fernández Aracena

Condena por el delito de atentado contra la autoridad y sus agentes.

Yelica Lusic Nadal

Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional Español.

Carolina Zavidich Diomedi

Comentario de sentencias sobre el delito de producción de material pornográfico infantil.

Cristián Aguilar Aranela

Comentario de sentencia sobre trata de personas.

Francisco Soto Donoso

Comentario de sentencia sobre trata de personas y favorecimiento de la prostitución infantil

Carmen Gloria Troncoso

Seriedad y verosimilitud de las amenazas, según bienes jurídicos protegidos.

María Angélica San Martín Ponce

Incidencia de los artículos 351 del Código Procesal Penal y 74 del Código Penal en la determinación de la pena en el sistema de responsabilidad penal adolescente.

María José Taladriz Eguiluz

Fallos

Rechaza recurso de queja. Abandono de un recurso de apelación. Corte Suprema.

Acoge recurso de queja. Procedimiento abreviado. Corte Suprema.

Rechaza acción de revisión. Insuficiencia de nuevo antecedente. Corte Suprema.

Declara inadmisble requerimiento de inaplicabilidad por no existir gestión pendiente. Tribunal Constitucional.