

CONTENIDO

Artículos

Estado actual del tratamiento jurisprudencial del artículo 450 inciso 1° del Código Penal.

Pablo Campos M.

Tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el inciso 2° del artículo 387 del Código Procesal Penal.

Hernán Ferrera L.

Las Municipalidades en relación a la Administración Financiera del Estado. Responsabilidades.

José Fernández R.

Criterios contenidos en las sentencias dictadas por infracción a la Ley N° 20.000 entre diciembre de 2007 y marzo de 2008.

Renzo Figueroa A.

Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas.

Ximena Marcazzolo A.

Inclusión de la cannabis en el artículo primero del Reglamento de la Ley N° 20.000.

Lorena Rebolledo L.

Las benzodiazepinas y su modificación e incorporación en el Reglamento de la Ley N° 20.000.

Carolina Zavidich D.

El juez y el derecho extranjero en el proceso de extradición.

Eduardo Picand A.

Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonio.

Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos

¿Es la víctima un “objeto periciable” a la luz del artículo 320 del Código Procesal Penal?

Francisco Soto D.

Algunas consideraciones en torno al nuevo paradigma en materia de investigaciones por lavado de dinero.

Marcelo Contreras R.

Análisis del contenido del Proyecto de Ley sobre Propiedad Intelectual.

Andrés Grunewaldt C.

Caso Fermex: la “estafa de los quesitos”. Una exitosa experiencia de protección y reparación de las víctimas de delitos patrimoniales.

Alejandro Moreira D.

Visión del Ministerio Público acerca del proyecto de ley que busca sancionar y reprimir el comercio ilegal.

Verónica Rosenblut G.

Femicidio en Chile. Proyectos de Reforma Legislativa: su relación con el fenómeno.

Iván Fuenzalida S.

La retractación en la denuncia de violencia de pareja.

Roberto Rodríguez M. / Miguel Morales D.

Hombres que agreden a sus mujeres.

Roberto Rodríguez M. / Miguel Morales D.

Sentencias comentadas

Legalidad de la prueba - Fuente independiente.

Hernán Ferrera L.

Sentencias de desafuero de la H. Diputada Laura Soto González.

Hernán Fernández A.

Sentencia sobre vejación injusta.

Roberto Morales P.

Fallo de la Excma. Corte Suprema sobre extradición pasiva.

Gisela Schoenmakers R.

Reducción de condena en virtud de artículo 18 del Código Penal y la Ley N° 19.856.

Gloria Inostroza P.

Cambio de internación en régimen semicerrado a otra en centro cerrado, por quebrantamiento de la pena.

María Angélica San Martín P.

Efecto del perdón del ofendido en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

María José Taladriz E.

Fallos

Acoge acción de revisión deducida por el Ministerio Público.

Revoca la resolución que acogía un recurso de amparo preventivo a favor de comunidades indígenas.

Contienda de competencia entre un Juzgado de Letras en lo Civil y un Fiscal del Ministerio Público.

Desecha revisión de sentencia condenatoria solicitada por la defensa.

Revista Jurídica del Ministerio Público - N° 34 - Abril 2008



Revista Jurídica del Ministerio Público

ISSN:0718-6479

GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 690 91 00
E-mail: fnacional@minpublico.cl

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

PRÓLOGO

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículos

Estado actual del tratamiento jurisprudencial del artículo 450 inciso primero del Código Penal. 11

Pablo Campos Muñoz

Tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal. 22

Hernan Ferrera Leiva

Sentencias Comentadas

Legalidad de la Prueba - Fuente Independiente. 31

Hernan Ferrera Leiva

Fallos

Acoge acción de revisión de sentencia condenatoria, presentada por el Ministerio Público. Corte Suprema, doce de diciembre de dos mil siete. 37

Revoca la resolución que acogía un recurso de amparo preventivo a favor de comunidades indígenas. Corte Suprema, cuatro de febrero de dos mil ocho. 43

Declara que no existe contienda de competencia entre un Juzgado de Letras en lo Civil y un Fiscal del Ministerio Público. Corte Suprema, seis de marzo de dos mil ocho. 47

Desecha de plano la revisión de la sentencia firme condenatoria solicitada por la defensa. Corte Suprema, dieciocho de marzo de dos mil ocho. 50

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Las Municipalidades en relación a la Administración Financiera del Estado. Responsabilidades. 53

José Fernández Richard

Sentencias Comentadas

- Comentario a sentencias de desafuero de la H. Diputada Laura Soto González. 76
Hernán Fernández Aracena
- Comentario a sentencia de vejación injusta. 101
Roberto Morales Peña

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 diciembre de 2007 y marzo de 2008. 129
Renzo Figueroa Aste
- Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas. 150
Ximena Marcazzolo Awad
- Inclusión de la cannabis en el artículo primero del Reglamento de la Ley N° 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. 159
Lorena Rebolledo Latorre
- Las benzodiazepinas y su modificación e incorporación en el Reglamento de la Ley N° 20.000. 166
Carolina Zavidich Diomedi

UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- El juez y el derecho extranjero en el proceso de extradición. 175
Eduardo Picand Albónico

Sentencias Comentadas

- Comentario de fallo de la Excma. Corte Suprema sobre extradición pasiva. 199
Gisela Schoenmakers Ruiz

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

- Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio.
Documento de Trabajo Interinstitucional. 215
Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos
- ¿Es la víctima un “objeto periciable” a la luz del artículo 320 del
Código Procesal Penal? 254
Francisco Soto Donoso

UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y CRIMEN ORGANIZADO

Artículos

- Algunas consideraciones en torno al nuevo paradigma en materia
de investigaciones por lavado de dinero. 265
Marcelo Contreras Rojas
- Análisis del contenido del Proyecto de Ley sobre Propiedad
Intelectual. 278
Andrés Grunewaldt Cabrera
- Caso Fermex: la “estafa de los quesitos”. Una exitosa experiencia
de protección y reparación de las víctimas de delitos patrimoniales. 291
Alejandro Moreira Dueñas
- Visión del Ministerio Público acerca del proyecto de ley que
busca sancionar y reprimir el comercio ilegal. 298
Verónica Rosenblut Gorodinsky

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- Femicidio en Chile.
Proyectos de Reforma Legislativa: su relación con el fenómeno. 309
Iván Fuenzalida Suárez
- La Retracción en la denuncia de Violencia de Pareja. 321
Roberto Rodríguez Manríquez
Miguel Morales Dahmen

Hombres que agreden a sus mujeres. 326

Roberto Rodríguez Manríquez

Miguel Morales Dahmen

Sentencias Comentadas

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción se pronuncia sobre reducción de condena en virtud de artículo 18 del Código Penal y la Ley N° 19.856, que permite acceder a una sanción no contemplada en el tramo correspondiente, conforme al artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084. 336

Gloria Andrea Inostroza Paredes

Recurso de amparo rechazado. Cambio de internación en régimen semicerrado a otra en centro cerrado, por quebrantamiento de la pena. 342

María Angélica San Martín Ponce

Delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar son de acción penal pública, siendo improcedente la extinción de ésta por perdón del ofendido. 347

María José Taladriz Eguiluz

PRÓLOGO

Comienza una nueva etapa de esta publicación del Ministerio Público que salió a la luz en mayo de 2001.

Como el lector podrá apreciar, los cambios que se han introducido no se limitan a su denominación, sino que también a su presentación, contenido, extensión y circulación.

En efecto, la Revista Jurídica del Ministerio Público contemplará el aporte significativo de las Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional, las cuales canalizarán y coordinarán la publicación de artículos o comentarios de jurisprudencia, desarrollados tanto por sus propios funcionarios como por los fiscales y funcionarios de las distintas Fiscalías Regionales del Ministerio Público, y que se refieran a delitos o temáticas de la especialidad respectiva.

Es así como en la sección correspondiente a cada Unidad Especializada, el lector podrá encontrar artículos, sentencias comentadas o referencias a fallos de interés, de modo tal que su búsqueda de información pueda ser más acotada y efectiva, a la vez que aproveche la experiencia de cada Unidad Especializada y de los fiscales que desarrollan sus tareas en las diversas áreas específicas.

Sin perjuicio de ello, también existirá una Sección de Materias de Interés General, que podrá contener trabajos y referencias jurisprudenciales relativos a delitos no encasillables en alguna Unidad Especializada o bien se refieran a temas transversales, como los estrictamente procesales o los relativos a protección de víctimas y testigos.

Por otra parte, se ha aumentado la cantidad de ejemplares de cada número de esta Revista para llegar a un mayor número de personas, como también la extensión de la misma y se ha elegido una diagramación interior que permite una lectura más agradable y fluida.

En síntesis, a contar de hoy entregamos a Uds. una nueva publicación que esperamos siga constituyendo un verdadero aporte para el análisis jurídico en materias penales, procesales penales y de protección de víctimas y testigos.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

ESTADO ACTUAL DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 450 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL.

Pablo Campos Muñoz¹

El artículo 450 inciso 1° del Código Penal establece que: *“Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”*, y fue introducido mediante modificación del artículo único de la Ley N° 17.727 de 27 de septiembre de 1972 pretendiendo el legislador que ciertos delitos (robo con violencia; robo con intimidación; la piratería; el robo por sorpresa; la defraudación con violencia o intimidación (extorsión) y el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación), se sancionaran como consumados aunque su grado de ejecución hubiere sido imperfecto.

Esto vino a modificar la normativa anterior que hacía extensiva esta equiparación² del iter criminis en cuanto a la penalidad, a los delitos de robo e inclusive lo extendía al hurto.

En efecto, como respuesta del legislador a la gran cantidad de estos delitos que se perpetraban, ya en la primera mitad del siglo XX se estimó pertinente modificar el régimen normal de penas establecido en el Código Penal y sancionar con mayor gravedad ciertos robos que tenían como consecuencia el homicidio, violación o lesiones en las víctimas. En el artículo 2° de la Ley N° 5.507, publicada en el Diario Oficial del día 9 de noviembre de 1934, se establecía que estos robos se sancionarían (aun cuando estuviesen frustrados o en grado de tentativa) con penas de presidio mayor en grado máximo a muerte.

Esta situación se mantuvo así hasta la dictación de la denominada Ley de Estados Antisociales, en que se estimó conveniente por el legislador, con el fin de desincentivar a los delincuentes que cometían este tipo de delitos, sancionar los robos y hurtos con la pena que correspondía al delito consumado aunque el grado de ejecución correspondiera a la tentativa o a la frustración. Así fue que mediante el artículo 51 de la Ley N° 11.625 de 4 de octubre de 1954 se agregaron al artículo 450 del Código Penal dos nuevos incisos primero y segundo. Esta misma Ley N° 11.625 derogó el referido artículo 2° de la Ley N° 5.507.

Posteriormente, el señalado inciso 1° del artículo 450 del Código Penal, que es el que nos importa para estos efectos, volvió a ser modificado por la ya mencionada Ley N° 17.727 en 1972, época en que, nuevamente preocupados por la gran cantidad de atentados contra la propiedad que cada vez mostraban

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

2 Término que utiliza Etcheberry para referirse al efecto que busca esta norma del artículo 450 inciso 1° del Código Penal. Alfredo Etcheberry, Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, p. 357, 3ª Edición, 1998, Editorial Jurídica de Chile.

mayor gravedad y riesgo para las víctimas, los legisladores optaron por agregar otros delitos a esta nómina, aclarando además la referencia a los ilícitos contemplados.

Como es sabido, la norma en cuestión ha sido reiteradamente impugnada, existiendo numerosas decisiones de los tribunales superiores de justicia que, en general y salvo algunas puntuales excepciones, han desechado las objeciones que se basaban en su supuesta inconstitucionalidad.

De este modo es claro que han primado los pronunciamientos de los tribunales en el sentido de que no existen vicios de legalidad ni constitucionalidad a su respecto.

I. JURISPRUDENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA.

Conociendo de recursos de casación en el fondo y de recursos de nulidad, la Corte Suprema ya ha zanjado este tema, declarando que esta norma no infringe garantías constitucionales, no se encuentra derogada por la Constitución Política de la República y su aplicación por lo demás no constituye un error de derecho.

Así lo ha determinado en los siguientes fallos:

1.- Habiendo sido cuestionada por la defensa la constitucionalidad de esta norma en relación con el principio de tipicidad, se descartó por la Corte Suprema cualquier incompatibilidad con esa garantía señalando en fallo dictado el día 30 de septiembre de 2003 en **autos ingreso N° 3361- 2003**: *“SÉPTIMO.- Que, en primer lugar debe concluirse que no es verdad, como lo pretende la defensa de ambos inculcados, en cada uno de sus recursos, que el artículo 450 inciso 1° del Código Penal se encuentre derogado tácitamente, en virtud de que contraría el principio de la tipicidad consagrado en los incisos séptimos y octavo del N3 del artículo 19 de la Carta Fundamental y, porque ignora los tratados internacionales invocados. Agrega que todo esto se ha producido porque la Ley N° 17.727, que introdujo esa disposición en el Código Penal, no habría descrito o definido en forma especial la conducta típica de la frustración que se pretende sancionar. Como es unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la descripción de aquello en que consisten los hechos frustrados se obtiene conectando el tipo de complemento contenido en el artículo 7° inciso segundo del Código Penal, con el correspondiente tipo de consumación consagrado, sea en la parte especial del mismo texto legal, sea en una ley especial. Así, el tipo de la frustración del robo con fuerza del artículo 440 del Código Penal, se describiría como dar principio a la ejecución de la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con animo de lucro, usando fuerza en las cosas, por hechos directos pero no consumándose por causas independientes de su voluntad. No existe indicio alguno que permita suponer que la Ley N° 17.727 haya pretendido modificarla o, mucho menos, derogarla para sustituirla por otra. Lo que tal cuerpo legal se propuso sólo fue enlazar a la mentada definición, clara y precisa, la pena del delito consumado, prescindiendo de la rebaja de dos grados establecida para la generalidad de los delitos por el artículo 52 del Código Penal. Por eso, no se divisa como podría la disposición referida vulnerar el principio de tipicidad*

esgrimido por el recurrente, tanto más cuanto que jamás se propuso modificar el tipo ya existente en la ley.”

2.- Luego, en fallo del día 24 de febrero de 2004, dictado en **autos ingreso N° 5688- 2003**, y frente a cuestionamientos de la Defensoría Penal Pública relativos a que esta norma violaría el principio de legalidad y la presunción de inocencia, la Corte Suprema expresó en sus considerandos 9° y 10°: “9°) *Que tal como lo ha señalado esta Corte Suprema en recursos como el de la especie, la descripción de la conducta del agente en el grado de tentada se complementa con la del correspondiente tipo penal que fija la conducta en grado de consumada; y, en este caso, relacionando el inciso final del artículo 7° del Código Penal, que describe la tentativa, con el artículo 440 del mismo Código, norma que contiene todos los elementos del tipo. Por lo tanto, el artículo 450 del citado Código, que castiga como consumado, entre otros, el tipo penal descrito en el artículo 440, se encuadra en el principio de legalidad del artículo 19 N° 3 inciso final de la Carta, que se invoca como transgredido; y no violenta los principios contenidos en los Tratados Internacionales en las disposiciones que se citan, puesto que la norma impugnada se introdujo en el Código Penal por el artículo único de la Ley N° 17.727 de 27 de septiembre de 1972, esto es, con muchísima anticipación a la comisión del ilícito materia de la acusación; 10°) *Que los principios de mínima intervención y de lesividad, que dicen, el uno con la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del hecho; y el otro, por el cual sólo se deben perseguir hechos que afecten a un bien jurídico, son consecuencia del principio de igualdad ante la ley penal, y no se encuentran transgredidos en la sentencia desde el punto de vista de nuestro derecho positivo interno y los derechos de los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile invocados en el recurso;”**

3.- Fallo dictado el 8 de julio de 2004, en **causa ingreso N° 1985 – 2004**: En este fallo, resolviendo un recurso de nulidad se estableció en el considerando segundo: “*Que la norma del artículo 450 inciso 1° del Código Penal tiene por objeto solamente determinar como se castiga el delito de robo con fuerza en las cosas en los casos en que no se encuentra consumado, como es el de autos, y en tal sentido no es inconstitucional ni va en contra de los tratados internacionales que se han citado. En efecto, el precepto no contraría el artículo 19 N° 3° inciso final de la Constitución Política de la República al no describir y tipificar expresamente como hecho ilícito penal el robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en su grado de tentativa o frustrado. De acuerdo al artículo 7° inciso 2° del Código Penal: Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Por ende, el delito de robo con fuerza en las cosas se encuentra tipificado en el artículo 432 del Código Penal y a ese delito así descrito, se le aplica el inciso 1° del artículo 450 cuestionado por la recurrente. La tesis de la nulidad planteada llevaría al absurdo de concluir que no se podría sancionar el robo con fuerza en las cosas frustrado porque no estaría tipificado, ni tampoco hacerlo con ningún delito frustrado al no admitirse que el precepto se complementa con la citada disposición del artículo 7° del Código Penal, por lo cual resulta evidente que no es correcta la interpretación que en el recurso de nulidad que se está resolviendo se otorga al precepto invocado de la Carta Fundamental.*

4.- En **causa ingreso N° 5019 – 2006**, de fecha 20 de diciembre de 2006, vuelve a fijar el alcance de esta norma ahora cuestionada y en el considerando tercero expresó: *“Que tal proceder y que sirve de sustento a la causal de nulidad en análisis, no importa, como lo plantea el recurrente, incurrir en errónea adaptación del derecho, por estar dicho precepto derogado al entrar en colisión con cánones constitucionales o de derecho internacional, puesto que por ella se reprime con mayor drasticidad una conducta que en concepto del órgano legislativo es merecedora de tal castigo, constituyendo en sí una regla reguladora de la pena, de carácter especial, y por ende con preeminencia sobre la normativa común que rige la materia, pero con alcances generales respecto de las acciones típicas que el mismo precepto describe, respecto de una determinada categoría de delitos, que no obstante su imperfecto estado de desarrollo, el legislador ha estimado, por razones de política criminal, reprimirla con la sanción asociada al delito consumado, sin que ello importe, transgredir el principio de igualdad ante la ley, ya que tal disposición es de aplicación para todos aquellos que se encuentren en idéntica situación, sin establecer diferencias o discriminaciones de ninguna índole, norma que por lo demás representa caracteres de objetividad insoslayables para los sentenciadores.”*

5.- Finalmente en **causa Ingreso N° 6618 – 2006** de fecha 27 de marzo de 2007, acogiendo un recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público la Corte Suprema reiteró sus conceptos sobre la constitucionalidad de esta norma señalando: **“SEGUNDO:** *Que, la decisión del tribunal impugnada por el recurso, que no hace uso del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, aplica la norma del artículo 52 del mismo cuerpo legal, que regula la cuantía o magnitud de la pena considerando el estado de desarrollo del delito, si fue consumado, quedó en grado de frustrado o bien en la condición de tentado, imponiendo entonces la sanción que la recurrente rechaza, fundándose el tribunal para proceder como lo ha hecho, según se lee del motivo vigésimo séptimo, en la circunstancia que la norma citada del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, colisiona diversas garantías fundamentales de rango constitucional, como los de proporcionalidad de las penas, culpabilidad e igualdad ante la ley, entre otras, añadiendo que la falta de armonía que se viene denunciando, obliga a concluir que ha sido derogada por la de rango mayor y de fecha posterior, debiendo los jueces de la instancia ajustar el juzgamiento a un justo y racional procedimiento, sin que haya necesidad de recurrir a la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad, correspondiendo aplicar la disposición del artículo 52 ya citada, que distingue los diversos grados de penalidad según el estado de desarrollo del delito;* **“TERCERO:** *Que, la tesis que sustenta el Tribunal recurrido, no está de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte Suprema, que desestima lo resuelto como lo ha sostenido en diversos fallos, entre los que se mencionan los siguientes; sentencia de casación de 29 de Junio de 2005, emitida en la causa Rol N° 663-05; fallo de 25 de Julio de 2006, pronunciado en la causa Rol N° 6468-05; y, sentencia de 19 de Octubre de 2005, expedida en la causa Rol N° 2430-05”.*

II. JURISPRUDENCIA DEL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Junto con entrar en vigencia las modificaciones que a la Carta Fundamental introdujo la reforma constitucional promovida mediante la Ley N° 20.050 de

2005, el conocimiento de los requerimientos de inaplicabilidad pasó a manos del Tribunal Constitucional y los cuestionamientos al referido artículo 450 inciso 1° del Código Penal no tardaron en plantearse en dicha instancia.

De este modo, en las dos primeras oportunidades en que se planteó al Tribunal Constitucional este cuestionamiento acerca de la supuesta inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esta norma, dichos requerimientos fueron derechamente declarados inadmisibles.³

En efecto, por resoluciones de 18 de julio y 21 de noviembre de 2006, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró inadmisibles las acciones de inaplicabilidad dirigidas contra el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, indicando que no es posible plantear una acción razonablemente fundada para intentar sostener la inconstitucionalidad de la referida norma. En el último de los casos mencionados, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los Ministros Sres. Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Enrique Navarro Beltrán, que corresponde al requerimiento Rol N° 648-2006, textualmente señaló lo siguiente:

“6°. Que, en relación al reproche de constitucionalidad que se formula respecto del artículo 450 inciso primero Código Penal, cabe tener presente que las penas en el sistema chileno las fija el legislador y su referencia constitucional se encuentra en el artículo 19 N° 3, incisos sexto y séptimo, que expresan:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”;

7°. Que el Código Penal, por su parte, para la aplicación de las penas fija montos distintos según el delito se encuentre en grado consumado, frustrado o de tentativa;

8°. Que en la especie lo que el legislador decidió, en uso de sus atribuciones, es aumentar la pena del delito de robo con intimidación, aplicándole al participante la pena del delito consumado aún cuando se tratase sólo de tentativa o de delito frustrado;

9°. Que por lo tanto, el legislador actuó dentro del marco de la reserva legal y no se divisa la infracción constitucional que pretende el requirente, lo que no posibilita una acción razonablemente fundada en esta área;”.

La decisión, en los dos casos relatados, fue adoptada contra el voto del Ministro Sr. Hernán Vodanovic Schnake, quien estimó razonable el fundamento esgrimido por el actor, no sólo por la forma que en él se exponía la contradicción normativa, sino además, por la aptitud intrínseca de la norma impugnada para

3 Requerimientos de Inaplicabilidad de ingresos N° 530 – 2006 y N° 648 – 2006.

contrariar los preceptos constitucionales invocados. El disidente hizo presente, además, que en la jurisprudencia se ha debatido el asunto, y que producto de ese debate se han establecido dos tesis contrapuestas, razón que impediría privar al requirente del ejercicio de la acción de inaplicabilidad en una materia que, por su naturaleza, requiere de una labor interpretativa rigurosa una vez agotado el procedimiento.

No pasó mucho tiempo hasta que al Tribunal Constitucional le correspondió conocer nuevamente de requerimientos en contra de la misma norma y esta vez provinieron de una Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción.

Es así como en mayo de 2007 se recibió en el Tribunal Constitucional un primer requerimiento o consulta planteado por dicho Tribunal de Juicio Oral, y a diferencia de lo ocurrido con los dos requerimientos anteriores sobre esta materia, esta vez el Tribunal Constitucional lo declaró admisible, fundado entre otros argumentos en que *“la sola circunstancia de que sea un Tribunal quien manifieste la duda de constitucionalidad constituye un antecedente expresivo de que la cuestión tiene el suficiente fundamento como para exigir una decisión de fondo de esta Magistratura”*.⁴⁻⁵

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse sobre el fondo del tema planteado, puesto que se acreditó por el Ministerio Público que en el ínterin la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción en contra de Carlos Contreras Davison había quedado firme y ejecutoriada, de modo tal que ya no existía juicio respecto del cual incidiera una declaración de inaplicabilidad, y se ordenó derechamente el archivo de los antecedentes, por resolución del día 5 de julio de 2007.

Finalmente, pudo el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre el fondo del asunto, al conocer de los requerimientos planteados por el mismo tribunal de Concepción en los autos ingreso N° 787-2007, N° 797-2007, N° 825-2007 y N° 829-2007.

En el primero de los autos mencionados, el Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción requirió al Excmo. Tribunal Constitucional a fin de obtener un pronunciamiento acerca de si la aplicación de la mencionada disposición legal resultaba contraria a lo estatuido en el artículo 19 N° 3 de la Carta Política y, específicamente, a los principios de igualdad ante la ley, reserva legal y prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

4 Causa Ingreso Tribunal Constitucional N° 778-2007.

5 La aceptación a tramitación de este tipo de solicitudes no fue del todo pacífica, y como muestra de ello podemos evidenciar que en resolución del día 12 de junio de 2007, dictada en los autos N° 797-2007, el Ministro Sr. Enrique Navarro Beltrán se opone a declarar admisible el requerimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, señalando que el incidente de inaplicabilidad no tiene el carácter de consultivo y debe ser planteado por el Juez de manera fundada.

De este modo, la conocida discusión en torno al inciso primero del artículo 450 del Código Penal, se trasladaba desde la sede jurisdiccional a la constitucional, ahora, a instancias de un Tribunal de Justicia.

Esta situación tiene dos componentes de base que es forzoso destacar: por una parte, que para la resolución de la controversia se ha preferido el ejercicio de los mecanismos concentrados de control de constitucionalidad, reafirmando que no es permitido a cualquier Tribunal inaplicar una disposición legal a pretexto de estimarla contraria a la Carta Fundamental⁶; y por otra, que el debate en torno a la norma del Código Penal, agota otra de sus instancias, probablemente la que recogía con mayor propiedad los cuestionamientos dirigidos en su contra⁷.

El Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, don Juan Colombo Campbell, y por los Ministros Señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Señora Marisol Peña Torres, Señor Enrique Navarro Beltrán y Señor Francisco Fernández Fredes, con el voto en contra del Ministro Sr. Fernández Baeza, **declaró que la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal en la gestión pendiente no resultaba contraria a la Constitución Política**⁸.

En lo que sigue, interesa revisar las principales consideraciones sobre las que descansó esta decisión, tratando por separado cada uno de los reproches dirigidos contra la norma legal, así como la prevención y el voto en contra que se consignan en la sentencia.

A. VOTO DE MAYORÍA.

1. Igualdad ante la Ley.

El pronunciamiento solicitado por el Tribunal Oral se refería, en primer lugar, a la aplicabilidad de la norma en relación con la garantía de igualdad ante la ley, consagrada en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El tratamiento de dicha garantía, dicen los sentenciadores, encuentra un antecedente en el pronunciamiento del mismo Tribunal Constitucional, Rol N° 53, de 5 de abril del año 1988, donde se sostuvo: ***“De esta manera la igualdad***

6 Incluso al amparo de una supuesta “derogación tácita” de la norma legal anterior que se estime contraria al texto constitucional vigente, como ya lo había resuelto la Excm. Corte Suprema mientras mantuvo entre sus competencias el conocimiento y resolución de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley.

7 Como ya se ha hecho ver, la Excm. Corte Suprema ha corregido, invariablemente, las decisiones judiciales que han desatendido lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, a pretexto de su supuesta contradicción con la Carta Fundamental.

8 Fallo dictado el día 18 de diciembre de 2007, en los autos ingreso N° 787-2007.

ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes". La medida de igualdad o desigualdad, siguiendo la misma referencia, se encuentra sometido al estándar de la "razonabilidad".

De acuerdo a este criterio, se precisa, quienes se encuentran en las mismas circunstancias son aquellos acusados de cometer alguno de los delitos mencionados el artículo 450 del Código Penal, en grado de tentativa o frustración, en lo que no se observa infracción de la garantía constitucional. Tampoco se reprocha, por no ser razonable, la diferencia establecida por la ley al privar a quienes se encuentren en las mismas circunstancias de la disminución de penas a que se refieren los artículos 51 y siguientes del Código Penal, lo que además se ha previsto especialmente en el artículo 55 del mismo cuerpo legal.

2. Prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

Se dice en la sentencia que esta prohibición constituye un soporte de gran parte de las garantías que componen la denominada "igualdad ante la justicia", a la que se refiere específicamente el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Al respecto se descarta la infracción del precepto constitucional en este caso, recordando que la aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal depende de si, como resultado del procedimiento, se concluye la responsabilidad del imputado en el o los ilícitos, y recién en ese momento tendrá lugar la equiparación de las penas del delito consumado a las que corresponden a la tentativa y la frustración.

Textualmente se dice en el fallo: "No existe, en consecuencia, un prejuzgamiento respecto del delito y de la pena, sino una consecuencia legal sujeta a la decisión jurisdiccional que debe ser adoptada no sólo en el marco del justo y debido proceso, sino que armonizando "la interpretación de la ley penal con los postulados superiores constitucionales que amparan a todos los ciudadanos", como lo señala un tratadista crítico del precepto impugnado en autos (Carlos Künsemüller: "Culpabilidad y Pena", Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 247)".

3. Principio de legalidad y tipicidad.

El reproche de vulneración del principio de legalidad en relación con la norma cuestionada se asila en que esta última no describiría las conductas penadas, como lo exige el artículo 55 del Código Penal.

Los sentenciadores indican, sobre este punto, que el inciso primero del artículo 450 del mencionado cuerpo legal señala, **inequívocamente, la ubicación dentro del mismo cuerpo legal** de las conductas que sanciona, lo que satisface la exigencia constitucional en relación con las denominadas leyes penales en

blanco, según lo ha resuelto con anterioridad el propio Tribunal Constitucional⁹.

B. Prevención de los Ministros Sr. Raúl Bertelsen Repetto, Jorge Correa Sutil, Sra. Marisol Peña Torres y Sr. Francisco Fernández Fre-des.

En relación con el reclamo de una eventual contravención de la garantía de igualdad ante la ley -artículo 19 N° 2 de la Constitución-, previnieron estos Ministros que si bien es efectivo que el legislador estableció una diferencia gravosa para los responsables de ciertos delitos, ello no es suficiente para concluir que la norma sea contraria a la Constitución, toda vez que esta no prohíbe hacer diferencias sino hacerlo de manera arbitraria, sin fundamento razonable.

Señalaron los previnientes que la Constitución encarga al legislador asignar las penas a los delitos con el fin de proteger a la sociedad de su comisión, y que en busca de dicho propósito el legislador ha empleado un medio idóneo, que consiste en equiparar las penas de los ilícitos en grado tentado o frustrado con las que corresponden a aquellos consumados. Agregaron que no corresponde al Tribunal Constitucional juzgar la sabiduría de los medios que utiliza, sino sólo velar porque las diferencias establecidas se presenten como razonables para alcanzar fines constitucionalmente lícitos.

En relación con esto último, concluyen que no resulta desproporcionado a los fines de prevención general negar el beneficio de reducción de la pena a los delitos que indica la norma, cuando se encuentran en grados imperfectos de desarrollo, entre otras razones, porque dicha reducción o disminución, consagrada en los artículo 51 y siguientes del Código Penal, no es exigida por la Carta Fundamental, de suerte que no se está en presencia de una diferencia arbitraria impuesta por el legislador, que ha obrado dentro de la esfera de razonabilidad que aquella les impone.

C. Voto en contra del Ministro Sr. Mario Fernández Baeza.

El disidente arranca sus argumentos entendiendo que la cuestión planteada por el Tribunal Oral se refiere a la proporcionalidad entre delitos y penas, y primeramente, a si el principio de proporcionalidad, que no ha sido expresamente consagrado en la Constitución, puede ser invocado a fin de resolver la inaplicabilidad de una disposición legal.

A esta última cuestión, el mencionado Ministro responde afirmativamente, y para ello señala, en primer lugar, que la proporcionalidad es “(...) un elemento conformador del justo y debido proceso, especialmente en su manifestación penal (...)”. En el mismo sentido, argumenta que el marco de acción del Tribunal Constitucional, fijado en la Carta Fundamental, es resolver conforme a “derecho”, con

⁹ Tribunal Constitucional, Requerimiento de Inaplicabilidad, sentencia de 9 de noviembre de 2006, Rol 468-2006.

la amplitud que ello significa, y además, que el examen requerido en este caso es si la aplicación de la disposición “resulta contraria a la Constitución”, con lo que entiende que el efecto vulnerador no necesariamente debe referirse a un precepto preciso sino a la Constitución considerada como un todo.

Hechas estas consideraciones, el disidente expone que el de proporcionalidad es un principio vigente en la dogmática penal, tan importante como otros consagrados expresamente en la Constitución que opera con carácter instrumental, como “cálculo de ponderación” en el proceso de aplicación de la pena, que pugna con la rigidez que la ley pudiera imponer al Juez, como ocurriría en este caso. De este modo, la norma del inciso primero del artículo 450 del Código Penal disminuye a su juicio las posibilidades de los Jueces del Tribunal Oral de obrar conforme a las exigencias del justo y debido proceso, de allí que la disposición legal pugne, en concepto del disidente, con lo que dispone el inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Similares fundamentos del rechazo de este requerimiento se observan en las sentencias que rechazaron los demás requerimientos posteriores ya mencionados anteriormente, por lo que no viene al caso referirse en detalle a los mismos.

En efecto, con fundamentos del mismo tenor, el requerimiento ingresado con el N° 797-2007 se rechazó el día 24 de enero de 2008¹⁰. Finalmente, los requerimientos ingresados con los roles N° 825-2007 y N° 829-2007, fueron rechazados en sentencias del día 6 de marzo de 2008¹¹.

Cabe hacer presente que en estos dos últimos casos (N° 825-2007 y 829-2007) también hubo votos de minoría que estuvieron por acoger ambos requerimientos. En tal sentido se pronunciaron los Ministros señores Vodanovic y Fernández Baeza, reiterando conceptos ya vertidos anteriormente en orden a la proporcionalidad entre delitos y penas. Por su parte, también votó por acoger el requerimiento el Abogado Integrante Sr. Teodoro Ribera Neumann fundando aparte su voto de minoría en argumentos que también dicen relación con la proporcionalidad de las penas.

Un último requerimiento sobre esta misma materia no alcanzó a ser materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, toda vez que se tuvo por desistido con fecha 12 de diciembre de 2007.¹²

10 Cabe, eso sí, hacer la salvedad de que en este fallo dictado el día 24 de enero de 2008 en autos ingreso N° 797-2007, al voto de minoría del Ministro Sr. Fernández Baeza, se suma también el Ministro Hernán Vodanovic Sch.

11 Ambos requerimientos tuvieron una vista conjunta.

12 Requerimiento de inaplicabilidad del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, formulado por el abogado César Gárnica González el día 2 de noviembre de 2007, en relación con los autos RIT N° 55-2007 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia.

A la fecha no se han presentado nuevos requerimientos de inaplicabilidad del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, por lo que con esta reseña hemos dado a conocer el estado actual de la jurisprudencia de los tribunales superiores y en especial del Tribunal Constitucional sobre el particular.

TRES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Hernan Ferrera Leiva¹³

En los últimos meses el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de emitir tres pronunciamientos en relación con la disposición que se contiene en el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, todos ellos resolviendo requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el N° 6 del artículo 93 de la Constitución, o bien, decidiendo sobre su admisibilidad. Uno de ellos interpuesto por la defensa, y dos por querellantes.

Los cuestionamientos dirigidos sobre la constitucionalidad de la norma legal descansan principalmente, como se sabe, en que ella infringiría el derecho a la revisión de la decisión judicial o derecho al recurso, situado como componente de la garantía del procedimiento justo y racional a que se refiere el inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Carta Política. Sin perjuicio de ello, en el presente artículo se revisarán también las consideraciones expuestas como fundamento del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en relación con la Garantía de igualdad ante la Ley del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

La disposición legal objetada indica:

“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 absoluta, procederá el recurso de nulidad a favor del acusado, conforma a las reglas generales”.

I. SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2008. Rol Tribunal Constitucional N° 986-07-INA. Requerimiento interpuesto por la defensa del menor A.V.M.

Se trata del primero y más extenso de los fallos por revisar, que termina, por mayoría, rechazando el requerimiento planteado por la defensa del menor A.V.M. En este pronunciamiento se revisan numerosas disposiciones constitucionales denunciadas por la requirente como infringidas, revistiendo especial

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

interés las reflexiones y los fundamentos de la decisión en lo que se refiere a las garantías del artículo 19 N° 2 y N° 3 inciso quinto de la Constitución, como ya se ha dicho.

a. Sentencia-Ministros Sres. Colombo, Bertelsen, Venegas, Sra. Peña y Sr. Navarro.

En relación con los aspectos de interés para la presente revisión, el primero en ser abordado por el fallo alcanza la garantía del inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política. Sobre el contenido de esta última se constata, como es lógico, que el texto constitucional no garantiza expresamente lo que la doctrina denomina “debido proceso”, sino que regula dos de sus aspectos; esto es, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y luego, que corresponde al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo.

La sentencia, en todo caso, entrega entre sus fundamentos un concepto del debido proceso, entendiéndolo por tal “... *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, proveyendo de mayor contenido al concepto, se agrega 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 razón de lo anterior, todavía se dice 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*”.

Alejándonos por un momento del examen de la resolución de este caso, las precisiones que se han destacado coinciden, en términos generales, con lo sostenido por el Ministerio Público en relación con la Garantía del inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Carta Política, cuando ha denunciado su quebrantamiento por vía del recurso de nulidad¹⁴.

En lo que toca a estos aspectos preliminares, finalmente se consigna en el fallo cuáles son las garantías mínimas que según la doctrina se deben asegurar para cumplir con el derecho a un proceso previo racional y justo, recordando para ello lo expresado en anteriores sentencias¹⁵. Se mencionan entre estas garantías

14 En este sentido: Tavolari Oliveros, R., “Instituciones del Nuevo Proceso Penal”, Editorial Jurídica de Chile, p. 260; Maturana Miquel, C. “Los Recursos”, Central de Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

15 Citado en esta misma sentencia, Tribunal Constitucional, Rol 481-2006-INA, Requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 250 del Código de Procedimiento Civil, y 215,

las siguientes: *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 y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.*

Luego, para resolver el caso concreto se consideró, además, una de las alegaciones centrales del requirente; esto es, que la sentencia recaída en el segundo juicio era la primera que le causaba agravio -sostenía la defensa que el primer fallo no era condenatorio ya que absolvía al acusado en aquello por lo que era condenado en el segundo, en referencia al homicidio calificado-. En este punto, el veredicto reconoce dos tipos de agravio, uno objetivo y otro subjetivo, y no dudan en calificar la sentencia del primer juicio como “objetivamente agravante” para el acusado, que resultó condenado por el delito de homicidio simple. Entonces, se agrega, ha sido el propio requirente de inaplicabilidad quien optó en su momento por no impugnar la primera sentencia, estimando que no le era agravante en términos subjetivos, decidiendo no ejercer un derecho que, de acuerdo todo lo expresado anteriormente, es componente del debido proceso.

Cerrando esta parte se dice: *“Los requisitos que configuran el debido proceso penal diseñado por el legislador se agotan cuando los sujetos hacen uso de los derechos o deciden no hacerlo en las condiciones y plazos fijados por la ley. Siendo así, no resulta razonable sostener que el efecto derivado de la decisión de no haber recurrido de nulidad el condenado en contra del primer juicio, transforme en contrario a la Constitución el inciso segundo del artículo 387 que se impugna, cuando habiendo un segundo juicio el resultado del mismo es diferente en perjuicio del delincuente.*

Por el contrario, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la indefensión procesal no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha colocado “se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia” (“Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la Constitución española”, Ayo Fernández, Manuel, Editorial La Ley, Madrid, 1997, p. 31)”.

En definitiva se desecha la reclamación sobre este punto y se declara que en este caso concreto la aplicación de la norma del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal no resulta contraria a la garantía invocada.

En lo que se refiere a la garantía de igualdad ante la Ley, establecida en el artículo 19 N° 2 de la Carta Política, se recuerda que la Constitución no ha proscrito toda desigualdad, sino sólo aquellas que resultan arbitrarias, es decir, que no son racionales o razonables. Citando al Tribunal Constitucional Español, se indica que *“... la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos*

217, 218 inciso 2º, 219 y 221 inciso 1º del Código Orgánico de Tribunales, Sentencia de 4 de julio de 2006.

de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y -sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador". Del mismo modo se señala que "... la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario".

En relación con la norma objetada en el requerimiento, se precisa que ella establece dos regímenes de procedencia del recurso en función del resultado del juicio respecto del cual se plantea el mismo; esto es, 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; por el contrario, si en el primer juicio no hubo condena y en el segundo sí, al aplicarse la regla anterior se está en presencia de una sentencia condenatoria que no puede ser recurrida de nulidad, lo que podría, eventualmente, atentar en contra de la garantía en cuestión, razón por la que se ha establecido que en ese caso procede el recurso de nulidad contra el segundo juicio.

Resolviendo derechamente el asunto, la sentencia no advierte en la disposición legal cuestionada alguna contradicción con la garantía, según los conceptos antes examinados.

Otras cuestiones relevantes que contiene la sentencia son la existencia de otros remedios procesales, y el necesario término del proceso y la seguridad jurídica.

Lo primero aparece entre los fundamentos empleados al tratar la supuesta contradicción con el artículo 4° de la Constitución -también reclamado por la requirente-, y en lo que interesa, se aborda la existencia de otras vías para el examen de las sentencias, mencionando la revisión de sentencias firmes que autoriza el Código Procesal Penal en sus artículos 473 y siguientes, y el recurso de queja de los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

El segundo aspecto -no compartido por el Ministro Sr. Navarro, que previno en ese sentido-, toca consideraciones generales en torno a la certeza inherente a la búsqueda de la solución de un conflicto por vía de un proceso, recordando que en algún momento toda sentencia es agravante para una de las partes "... y si el agravio implicara que siempre debe haber un recurso que lo remedie, el proceso nunca podría tener fin".

b. Voto de minoría-Ministros Sres. Vodanovic y Fernández Baeza.

En primer término, los disidentes definen el campo de la controversia excluyendo del debate la carencia de recurso que la misma disposición supone para el Ministerio Público y el querellante, ya que no son agraviados en este caso. Dicha precisión, agregan, es “... *sin perjuicio de considerar que el sistema de garantías que contemporáneamente anima al proceso penal, del que es un elemento el derecho al recurso, alude primordialmente al imputado criminal*”, lo que difiere del criterio sostenido por la sentencia en este punto.

Para tratar el caso concreto los mencionados Ministros disidentes consideran relevante señalar que estiman que la sentencia recaída en el segundo juicio ha causado al acusado agravio “por primera vez”, en lo que coinciden con el postulado del requirente. Agregan que el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, constatando a continuación que el Código Procesal Penal concede, en general, el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, pero que no lo admite cuando ésta se ha dictado en un segundo juicio realizado a consecuencia de la nulidad del primero, lo que introduce una diferenciación en relación con el derecho a recurrir, cuya razonabilidad es puesta en duda.

La diferenciación que introduce la norma legal cuestionada, se dice, no encuentra razones en sí misma y tampoco en su historia legislativa, recordando que con posterioridad a su vigencia se le han supuesto razones económicas que no justifican la severa restricción de la garantía. Además se cuestiona que habiendo sido anulados el primer juicio y su sentencia, esta última cobre valor a objeto de decidir si un sentenciado tiene o no derecho a interponer el recurso. Por último, se sostiene que el precepto tampoco se explica en el contexto del sistema procesal penal vigente, orientado a cautelar los derechos del imputado, entre otros medios, por el mismo recurso de nulidad. Por estas razones, concluyen, la norma cuestionada produce efectos contrarios a la Constitución.

En relación con la garantía del artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, los Ministros de la minoría atienden al hecho que, en su concepto, la segunda sentencia es la única que agravia al requirente, y que no obstante ello se le priva de toda vía de impugnación. Concluyen, por lo mismo, que el precepto impugnado también produce efectos contrarios a lo previsto en la mencionada norma constitucional, por lo que resulta inaplicable.

c. Voto de minoría-Ministro Sr. Correa.

Finalmente, el voto de minoría del Ministro Sr. Correa se sostiene sobre los mismos fundamentos del voto antes revisado. En su voto señala que es necesario indagar sobre las razones de la restricción impuesta por la norma cuestionada, abocándose en definitiva a aquellas que descansan sobre el buen uso de los recursos humanos y financieros, los que si bien considera relevantes

para determinar las vías de impugnación que pueda establecer un sistema, a su juicio son, en este caso, insuficientes para dotar de racionalidad o justicia la limitación que impone la norma del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal¹⁶.

II. SENTENCIA DE 01 DE ABRIL DE 2008. Rol Tribunal Constitucional N° 821-07-INA. Requerimiento interpuesto por el querellante.

El asunto sometido en este caso al conocimiento del Tribunal Constitucional planteaba una situación diversa. Esta vez era el querellante quien reclamaba que la aplicación del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal producía un resultado contrario al inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política.

En la especie, efectivamente, el primer juicio culminó con una sentencia absolutoria que, junto con el juicio, fue anulada por la respectiva Corte de Apelaciones, de suerte que por aplicación de la norma objetada sólo la defensa tendría a su disposición el recurso de nulidad en el evento que el segundo pronunciamiento fuese condenatorio, ello, por encontrarse en la hipótesis de la parte final del inciso segundo del artículo 387 tantas veces mencionado.

Algunos de los fundamentos previos al rechazo se refieren a las características generales del régimen de recursos establecido en el Código Procesal Penal, que es definido por los sentenciadores como de única instancia al suprimir la apelación como medio de impugnación general. Textualmente se dice: “*DECIMOTERCERO.- Que, en este sentido, es menester concluir 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; DECIMOCUARTO.- 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 de juicio oral, 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”.*

16 Con fecha 18 de marzo de 2008, la Segunda Sala de la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de nulidad deducido por la defensa de A.V.M. en contra de la segunda sentencia, fundándose precisamente en lo dispuesto en el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal. Ingreso CS N° 6181-07.

El requerimiento, como ya se ha dicho, fue rechazado en forma unánime, con sólo una prevención del Ministro Sr. Vodanovic, de la que se dará cuenta más adelante. Para decidir de esa manera se consideraron; primero, las circunstancias del caso concreto; segundo, las necesidades de seguridad y certeza inherentes a la resolución de conflictos por medio de un proceso; y por último, el criterio ya sostenido con anterioridad por el Tribunal Constitucional, consistente en no declarar la inaplicabilidad de una norma en aquellos casos en que aquella declaración pudiera producir una lesión de mayor envergadura que la que se pretende remediar.

En relación con lo primero, los sentenciadores hacen presente que el requirente es querellante en la causa, y que se encuentra pendiente un segundo juicio a consecuencia, precisamente, del principio de revisión jurisdiccional de lo obrado en el primero, que fue invalidado tras haberse acogido un recurso de nulidad planteado por la misma parte. De lo dicho se desprende, dice la sentencia, que lo que el requirente busca es la realización de un eventual tercer juicio en el hipotético caso que el fallo del segundo sea absolutorio, lo que no resulta coherente, racional ni justo con las bases del sistema procesal penal vigente.

En segundo lugar, invocan los sentenciadores las necesidades de certeza y seguridad jurídica que son inherentes a la resolución de conflictos por medio del proceso. Esto implica, dice el fallo, que en algún momento el proceso debe concluir, hecho en lo que se basa la preclusión de la impugnabilidad de las sentencias, como lo que se establece en este caso. En apoyo a este criterio, se invoca lo dispuesto en el artículo 76 de la carta Fundamental, en el sentido que se prohíbe “*hacer revivir procesos fenecidos*”, con lo cual se concluye que la Constitución Política ha estructurado el ejercicio de la jurisdicción reconociendo expresamente la fundamental premisa de la necesidad del fin del proceso.

Por último, los sentenciadores hicieron primar el criterio de no declarar la inaplicabilidad de una norma cuando aquello pudiera producir una lesión mayor a la que se pretende poner remedio, ya empleado en anteriores pronunciamientos¹⁷. Es así que, con la sola excepción que se anotará más adelante, se consideró que de acceder a la inaplicación de la norma legal se obtendrá, por una parte, que el querellante podrá recurrir indefinidamente, hasta obtener una sentencia condenatoria, mientras que el querellado, de ser condenado en el segundo juicio, no podrá impugnar dicha decisión. Se dice sobre este punto: “*Que, ponderando las peticiones del requerimiento, el tribunal debe tener presente que de acogerse éste se generarían los siguientes efectos:*

El querellado absuelto en un primer juicio oral, enfrentado a una sentencia condenatoria en un segundo juicio oral, queda privado de la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por la vía del recurso de nulidad, pues la procedencia del mismo a favor de dicha parte, para el evento aludido, está establecida precisamente en la norma impugnada y sin la misma no puede subsistir. Ello resulta especialmente gravoso, pues crea un vacío de control de una sentencia penal por primera

17 Citado en la misma sentencia, Tribunal Constitucional, Rol N° 616-2007-INA.

vez condenatoria, lo que pugna con la garantía del racional y justo procedimiento, en específico, como elemento del mismo, con el derecho a la revisión de una sentencia condenatoria por un tribunal superior, por la única vía jurisdiccional que establece el Código Procesal Penal”.

Sobre este punto previene el Ministro Sr. Vodanovic que bien puede el Tribunal no decidir la inaplicación del segundo inciso del 387 del Código Procesal Penal completo, sino que dejando subsistente la hipótesis final que salva el recurso de la defensa. En lo demás, el mencionado Ministro comparte los argumentos de la mayoría y concurre al rechazo del requerimiento.

III. SENTENCIA DE 02 DE ABRIL DE 2008. Rol Tribunal Constitucional N°1055-2008 INA. Requerimiento interpuesto por querellante.

El tercer pronunciamiento corresponde también a un requerimiento que intenta un querellante en relación con sus posibilidades de recurrir la sentencia de un segundo juicio, teniendo como antecedente que en el primero resultó absuelto el acusado.

En este caso la decisión del Tribunal Constitucional, adoptada por una de sus dos salas integrada por el Ministro Sr. Cea, quien la presidió, y los Ministros Sres. Fernández Baeza, Venegas y Fernández Fredes, fue declarar inadmisibles el requerimiento por no estar razonablemente fundado.

El fundamento de la decisión sobre la admisibilidad del requerimiento corrió por dos cauces: el primero, sobre las consecuencias de la inaplicabilidad solicitada, y el segundo, acerca del necesario término del proceso, reiterando los conceptos expuestos sobre estos mismos puntos en la sentencia de 01 de abril de 2008.

Así, en cuanto a lo primero, los sentenciadores expresan que en el evento de declarar la inaplicabilidad solicitada por el querellante, el querellado resultaría privado de derecho a recurrir una eventual sentencia condenatoria, no obstante que el primer fallo lo absolvió y la segunda sentencia sería la primera que le causa agravio, agregando que la procedencia de dicho recurso está establecida precisamente en la norma impugnada y sin la misma no puede subsistir. Por el contrario, sostienen, en el caso que el segundo juicio culminara en una nueva absolución, el querellante y requirente “... podría seguir recurriendo de nulidad indefinidamente, lo que vulneraría el derecho a obtener una sentencia inamovible, desconociendo el efecto de cosa juzgada”. Se agrega, finalmente, que la disposición cuya inaplicabilidad se persigue resulta, en esencia, acorde con los fines de certeza jurídica propios del sistema procesal penal.

IV. OBSERVACIONES FINALES.

Para completar el análisis de las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional es conveniente resaltar brevemente algunos criterios que en mayor o menor medida hacen sentir su influencia en ellas. El primero es que la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal, establecida en el artículo 93

Nº 6 de la Constitución, se ejerce con un examen mediado por el caso concreto. En segundo lugar, el respeto a la función entregada al legislador, impone al Tribunal Constitucional la búsqueda de “... *al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental...*”¹⁸, lo que ciertamente constituye un criterio orientador cuyo influjo se extiende también a la resolución de los requerimientos de inaplicabilidad. Por último, ya destacado en párrafos anteriores, el consistente en no declarar la inaplicabilidad de una norma cuando aquello pudiera producir una lesión mayor a la que se pretende poner remedio.

A la fecha existe un requerimiento pendiente en relación con el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, y aquellos que fueron presentados con anterioridad a los que se revisan en esta presentación fueron declarados inadmisibles¹⁹.

18 Tribunal Constitucional, Rol 681-2006, 26 de marzo de 2007.

19 Tribunal Constitucional, Rol 688-2007-INA, Rol 764-2007-INA y Rol 775-2007-INA.

LEGALIDAD DE PRUEBA-FUENTE INDEPENDIENTE.

Hernan Ferrera Leiva²⁰

Comentario:

El 11 de diciembre de 2007, la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema resolvió rechazar un recurso de nulidad únicamente fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal. El reclamo se refería a la ilicitud de prueba incorporada al juicio, consistente en 44 gramos de marihuana distribuida en 28 envoltorios, recogida mientras se desarrollaba un control de identidad que posteriormente fue declarado ilegal.

El debate que acompañó todo el desarrollo del procedimiento se radicó en si la ilicitud del procedimiento policial alcanzaba la prueba recogida durante el desarrollo del mismo o si, por el contrario, dicha prueba tuvo una fuente independiente de la ilicitud declarada.

Los hechos daban cuenta del traslado del imputado a una unidad policial para los fines de su identificación, al amparo de lo dispuesto por el artículo 85 del Código Procesal Penal. Al llegar a su destino y mientras descendía del vehículo policial en el que era trasladado, el ahora sentenciado arrojó -con la finalidad de desprenderse de ella- una funda para lentes que resultó contener la droga antes mencionada, lo que fue observado por una funcionaria policial que procedió a su detención al amparo del artículo 130 del Código Procesal Penal.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar dictó sentencia condenatoria, imponiendo al acusado la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito establecido en el artículo 4° de la Ley N° 20.000.

Los sentenciadores de nulidad -Los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta V.-, estimaron que la acción desarrollada por el acusado a fin de despojarse de la droga que portaba, se había desligado de la actuación policial encaminada a determinar su identidad, de manera que su posterior detención se encontraba autorizada como hipótesis de flagrancia, por el artículo 130 del Código Procesal Penal.

Dicho lo anterior, en la sentencia se concluye: *“DECIMO: Que como ya se dijo con anterioridad, no ha existido en este caso, relación causal entre la detención ilegal derivada de un erróneo control de identidad motivado por una denuncia anónima de un merodeador, donde por lo demás, pareciera existir actuación de buena fe por parte de los funcionarios aprehensores, y la flagrancia que motivó la actuación si-*

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

guiente de la policía, cuando el acusado, en un acto voluntario, se desprendió de la droga que portaba y la arrojó en presencia de una funcionaria de Carabineros que actuó facultada por la ley procesal vigente y cuyo testimonio, tanto como la incautación que fueron evidencia y material probatorio en el juicio subsiguiente, no se han tenido con la ilicitud de la detención declarada ilegal a propósito del primitivo control de detención”.

SENTENCIA:

Santiago, once de diciembre de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol único 0600886238-7, rit 134-2007, se dictó sentencia por la Segunda Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, por la cual se decidió condenar a Esteban Alejandro Sanhueza Sanhueza, como autor de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, a cumplir una condena de 541 días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, además de una multa de 10 unidades tributarias mensuales.

La referida sentencia fue impugnada por la vía del recurso de nulidad, por la defensoría penal pública, la que denunció la infracción de garantías constitucionales contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

A fs. 34, se ordenó conocer estos antecedentes.

A fs. 46, se dejó constancia de haberse realizado la audiencia de rigor, en la que se escucharon los alegatos de las partes.

Considerando:

PRIMERO: Que la Defensoría ha hecho consistir la infracción de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, en el hecho que el acusado y actualmente condenado, fue detenido el día 13 de diciembre, habiéndose declarado ilegal dicha actuación policial al día siguiente, debido a que el control de identidad practicado carecía de fundamento legal, por no haberse cumplido los requisitos que contempla el artículo 85 del Código de la especialidad, en lo relativo a la existencia de un indicio suficiente que habilitara para el referido control, teniendo presente que esa disposición exige la existencia de un hecho punible específico o antecedentes que den cuenta de “casos fundados” de hechos que revisten o pudieren revestir caracteres de delito.

Luego, describe que los hechos que dieron motivo a la detención, consistieron en una llamada anónima a Carabineros por la cual se informó que un individuo se encontraba merodeando las casas del sector en actitud sospechosa y entregando la descripción sobre la vestimenta del sujeto. Con esos antecedentes acudió al sector y aún cuando había más personas en el lugar, se procede a controlar la identidad del acusado, quien se habría negado a ello,

por lo que fue esposado y subido al carro policial -donde no había nadie más- y al llegar al cuartel, cuando se le bajó, arrojó frente a una funcionaria, una bolsa que resultó contener 44 gramos de marihuana distribuida en 28 envoltorios.

Declarada la ilegalidad de su detención, el Ministerio Público solicitó nueva fecha para la formalización del acusado por el delito de microtráfico y en la audiencia preparatoria de juicio oral, el ente persecutor ofreció como prueba la obtenida en la ilegal detención, cuya exclusión fue solicitada por la defensa por provenir de una actuación policial que no se había ajustado a derecho y, en consecuencia, no debía ser aportada ni ponderada en el juicio oral. En este último, finalmente, se pidió que no fuese valorada por el tribunal al adoptar su decisión puesto que estaba teñida por la ilicitud constatada y declarada por el Juez de Garantía en relación a la detención ilegal.

Sin embargo, ese tribunal desestimó su alegato en el fundamento duodécimo de la sentencia que ahora se impugna de nulidad, porque el hallazgo de la droga no fue producto de un registro que se haya practicado al inculpado en su persona dentro del ámbito del control de identidad, sino que de la propia actividad autónoma e independiente del acusado, lo que condujo a la obtención de la prueba, por haber sido sorprendido en forma flagrante botando y deshaciéndose de la droga materia del juicio, lo que ameritaba de acuerdo a los artículos 129 y 130 del Código Procesal Penal, su detención y formalización por dicho ilícito.

SEGUNDO: Que la recurrente insiste en su reproche de inconstitucionalidad toda vez que lo argumentado por el Tribunal Oral, en su concepto, no resulta coherente con la norma del artículo 85 del antes mencionado cuerpo normativo, ya que no resulta posible sostener que el acusado haya actuado autónomamente al desprenderse de la droga, dado que precisamente lo hizo en el entorno coactivo del control de identidad, por lo que no resulta posible sostener que la flagrancia estaría desvinculada del control de identidad.

TERCERO: Que en la forma expresada, alega el defensor la existencia de vulneración del debido proceso en cuanto toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado (19 N° 3) y, de la libertad personal o ambulatoria (19 N° 7).

CUARTO: Que en la sentencia de que se trata, se tuvo por establecido (fundamento décimo) que el día 13 de diciembre del año 2006, aproximadamente a las 12:00 horas, personal de Carabineros fiscalizó al acusado en Avda. Circunvalación, Población Granadilla 7, Miraflores Alto, Viña del Mar, a quien le solicitó su cédula de identidad, ante lo cual el acusado manifestó que no la portaba y a continuación insultó al personal policial e intentó darse a la fuga, logrando ser reducido e ingresado al calabozo del vehículo policial en donde fue trasladado, por razones de seguridad del momento, a la 5ª Comisaría. Al bajarse de éste, el acusado botó al suelo una funda para lentes que portaba, con un total de 28 envoltorios de papel que contenían una sustancia que, sometida a la prueba de campo

correspondiente, arrojó coloración positiva a los reactivos aplicados para marihuana del tipo prensada, encontrándose además, siete papelillos abiertos vacíos, más hierba seca del mismo tipo, esparcida, lo que dio un peso total de 19,1 gramos netos, sin justificar el imputado que ésta estuviera destinada para su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

QUINTO: Que este hecho fue calificado de tráfico de sustancias estupefacientes previsto en el artículo 4º de la ley 20.000, comúnmente denominado “microtráfico”, dado que se cumplieron los verbos rectores “poseyendo y portando” que contempla esa figura ilícita y por tratarse además, de una pequeña cantidad de sustancia.

SEXTO: Que el Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, desestimó las alegaciones de ilegalidad de la defensa, en orden a la exclusión y no ponderación de la prueba obtenida en la actuación policial declarada ilegal, por estimar que la obtención de la droga fue resultado de una actividad autónoma del encausado y no precisamente de la diligencia policíaca defectuosa, tal como resulta posible leerse en el fundamento duodécimo del fallo.

SEPTIMO: Que es efectivo, como sostiene el recurrente, que la prueba que deriva de una actuación ilegal es igualmente ilícita, pero es también efectivo que ha de estarse a los fines u objetivos que se han tenido en consideración al proscribir la incorporación de prueba ilícita en juicio y que ha redundado también, en la existencia de excepciones a dicha exclusión. Entre ellas se encuentran, en la doctrina comparada, la de la fuente

independiente, la del descubrimiento inevitable y la del principio de conexión atenuada.

Respecto de la primera, se ha reconocido, que no puede ser excluida como prueba ilícita, aquella que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, simplemente, porque en ese caso la referida prueba no sería un “fruto” de la ilicitud. Los casos más claros, son aquéllos, donde la prueba se ha obtenido con anterioridad al actuar ilegal; pero es posible aún, que ella se obtenga con posterioridad a la actuación ilegal.

Si bien estas situaciones pueden resultar más complejas de analizar y aceptar, el caso propuesto en autos puede ajustarse en cierta medida a este aserto.

OCTAVO: Que, en efecto, establecido ya que la detención primera fue declarada ilegal, no queda más que razonar sobre aquella base y es del caso, que la policía actuó en un control de identidad conminada por un pretendido llamado anónimo de una persona, realizado a la Unidad Policial, donde se denunció la presencia de un sujeto de determinadas características que se encontraba merodeando en un sector de Viña del Mar. Dentro de este contexto, el acusado fue llevado a la Comisaría detenido, por haberse negado a identificarse y además, por haber insultado a los funcionarios y haber intentado escapar. Esta actuación policial fue declarada ilegal, debido a que no concurrían en la especie los supuestos que hacían procedente el control de identidad y la consecuente detención.

Sin embargo y tal como quedó asentado en autos, el acusado en una actuación desligada de aquella que

tenía por objeto propender a su identificación y sin que la Policía hubiera hecho revisión alguna de su persona o sus vestimentas, procedió a despojarse de una cierta cantidad de droga dosificada en papelillos, que arrojó al piso en presencia de una funcionaria de Carabineros. Esta situación, constituye un hecho flagrante, que autorizó a la referida funcionaria para actuar dentro de las facultades que los artículos 129 y 130 del Código Procesal le otorgan e imponen, esto es, sorprender in fraganti a una persona en la comisión de un delito -como se tuvo por demostrado más adelante en la investigación- portando o poseyendo un alucinógeno. El acusado no fue detenido ilegalmente por presumirse que llevaba droga en su poder, sino que lo había sido, por encontrarse merodeando las casas del sector en forma sospechosa y luego, fue conducido a la unidad policial, para su identificación en la forma prevista en el artículo 85 del Código Procesal.

NOVENO: Que esta situación fue acogida por el Tribunal Oral para desestimar las alegaciones de ilegalidad e inconstitucionalidad sostenidas por la defensa del acusado y que en concepto de esta Corte, satisfacen de manera suficiente su rechazo, lo que ha de conducir también al rechazo de esta impugnación de nulidad.

Es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación, debiera conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, porque sólo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación alguna de garantías constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales. La ilegalidad alcanza a toda

prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilegalidad original. Pero es discutible aquello que debe entenderse por “fruto” de la ilicitud. A ese efecto y como sostiene el profesor Héctor Hernández Basualto en su libro *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, “la protección de las garantías fundamentales a través de la exclusión de la prueba obtenida con su infracción obliga sólo a impedir el aprovechamiento de la misma, pero no a sacralizar los hechos investigados, de suerte que éstos pueden ser legítimamente investigados y probados por otros medios, con tal que no representen aprovechamiento de la ilicitud, condición para cuyo examen deben valorarse razonablemente las circunstancias concretas y no sólo la posibilidad abstracta y genérica de un tal aprovechamiento. En otras palabras, debe establecerse una concreta relación causal entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la calidad de esa relación”.

DECIMO: Que como ya se dijo con anterioridad, no ha existido en este caso, relación causal entre la detención ilegal derivada de un erróneo control de identidad motivado por una denuncia anónima de un merodeador, donde por lo demás, pareciera existir actuación de buena fe por parte de los funcionarios aprehensores, y la flagrancia que motivó la actuación siguiente de la policía, cuando el acusado, en un acto voluntario, se desprendió de la droga que portaba y la arrojó en presencia de una funcionaria de Carabineros que actuó facultada por la ley procesal vigente y cuyo testimonio, tanto como

la incautación que fueron evidencia y material probatorio en el juicio subsiguiente, no se han teñido con la ilicitud de la detención declarada ilegal a propósito del primitivo control de detención.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo prevenido en los artículos 85, 129, 130, 373 a) y siguientes del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto el 5 de octubre de 2007, por la Defensoría Penal Pública, respecto del juicio seguido contra Esteban Alejandro Sanhueza Sanhueza ante la Segunda Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar y la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2007 por el referido Tribunal y por el cual se le condenó como autor de tráfico de una pequeña cantidad de sustancia estupefaciente, los que en consecuencia, no son nulos.

Redacción del Ministro Sr. Jaime Rodríguez Espoz.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Rol N° 5435-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta V. No firma el Abogado Integrante Sr. Peralta, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Acoge la solicitud de revisión de la sentencia condenatoria presentada por el Ministerio Público dictando la sentencia de reemplazo.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Ministerio Público solicitó la revisión de una sentencia condenatoria ejecutoriada por haberse descubierto que el autor del delito que la sustentaba había usurpado la identidad de un primo, siendo este último el condenado por un hecho en el cual no participó. La Corte, teniendo en cuenta la acreditación del delito de suplantación de persona después de encontrarse ejecutoriada la sentencia que condenó erróneamente al suplantado, acogió la solicitud dictando una sentencia absolutoria de reemplazo.

Texto completo:

Santiago, doce de diciembre de dos mil siete.

Vistos:

Que, a fojas 33 de estos antecedentes comparece Fernando Coloma Amaro, abogado, Fiscal Regional de la VII Región del Maule, domiciliado en calle Uno Norte 963, cuarto piso, en la ciudad de Talca, solicitando la revisión de la sentencia de 27 de octubre de 2.006, dictada en procedimiento abreviado RUC N° 0600428944-5, por don Humberto Paiva Passero, magistrado del Juzgado de Garantía de Talca, en la que se condenó erróneamente a José Francisco Guzmán Cáceres, como autor del delito de

robo en lugar habitado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias correspondientes, otorgándosele la medida alternativa de la Libertad Vigilada, sentencia que se encuentra actualmente ejecutoriada.

Argumenta que las razones para ejercer la presente acción de revisión, obedecen a que como consecuencia de una suplantación de identidad, se siguió el procedimiento respecto de una persona distinta de aquella que efectivamente cometió el ilícito y compareció al tribunal, toda vez que Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, cuando fue detenido y compareció, se identificó con el nombre de José Francisco Guzmán Cáceres, suplantación que se descubrió sólo con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia.

Que de esta forma, se afirma, se configura la situación planteada en la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal, puesto que la situación denunciada sólo se descubrió una vez que la sentencia se encontraba ejecutoriada.

En virtud de lo expuesto, y atendido, además, que la condena impuesta a José Francisco Guzmán Cáceres fue registrada en su extracto de filiación y antecedentes, se trataría, a juicio del solicitante, de una situación sólo subsanable por la vía de la revisión.

Expone que con el mérito de estos antecedentes, se solicitó en su oportunidad al Juez de Garantía ya señalado, que se declarara de oficio la nulidad de la sentencia condenatoria dictada, petición a la que no se dio lugar, teniendo especialmente en consideración para ello que se había producido el desasimio del tribu-

nal, y que existían otros recursos regulados en el Código Procesal Penal.

Termina solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de 27 de octubre de 2.007, dictada en la causa RUC N° 0600428944-5 del Juzgado de Garantía de Talca.

Que a fojas 51 se evacuó el traslado conferido al condenado José Francisco Guzmán Cáceres, en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 475 del Código Procesal Penal, quien expuso que de conformidad con los antecedentes, se configura la causal contemplada en la letra d) del artículo 473 del mismo cuerpo legal, toda vez que se ha determinado la existencia de un hecho desconocido para la defensa durante el proceso, cual es la verdadera identidad del autor material de los hechos, Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, y en consecuencia la inocencia del que fue condenado. Solicita por lo tanto, que se declare la anulación de la sentencia; se dicte una de reemplazo que declare su absolució; que se ordene publicar esta resolució en el Diario Oficial a costa del Fisco; y que se ordene oficiar al Registro Civil e Identificació, al Servicio Electoral y a la Contraloría General de la República, para los efectos que se elimine la anotación prontuarial que lo afecta.

Que a fojas 63 se trajeron los autos en relación.

A fs. 65, se dejó constancia de haberse realizado la audiencia de rigor, en la que se escucharon los alegatos de las partes.

Considerando:

Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del artícu-

lo 473 del Código Procesal Penal, la Corte Suprema podrá rever las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por crimen o simple delito, para anularlas, cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado.

Segundo: Que del mérito de los antecedentes acompañados a los autos por el peticionario, en cumplimiento estricto de lo que estatuye el inciso 1° del artículo 475 del Código Procesal Penal, y que consisten en copia autorizada de la sentencia de 27 de octubre de 2006 cuya nulidad se pretende; ORD. N° 07.23.00 del Centro de Reinserción Social de Talca; copia de la Audiencia de Control de Detención de 4 de enero de 2.007; copia del parte de la Tercera Comisaría de Talca de 21 de junio de 2.006; Informe Pericial de Huellografía y Dactiloscopia de la Policía de Investigaciones de Chile; y copia de acta de la Audiencia de Procedimiento Simplificado de 8 de junio de 2.007, se pueden tener por acreditados los siguientes hechos:

1°.- Que el 21 de junio de 2006 fue detenido en la ciudad de Talca un sujeto al ser reconocido por una testigo como aquél que había sorprendido intentando descerrajar la puerta de un inmueble. Como dicho imputado no portaba su cédula de identidad, la Fiscal de turno dispuso la comparecencia de un funcionario del Registro Civil e Identificació para el control de identidad, quedando constancia en el parte respectivo que ese mismo día se le tomaron las huellas digita-

les, y se corroboró que la identidad correspondía a la que había dado el sujeto. El detenido así individualizado fue puesto a disposición del tribunal, donde nuevamente se identificó como José Francisco Guzmán Cáceres, quedando en prisión preventiva.

2º.- La causa a la que dieron origen los hechos reseñados, se sustanció de conformidad con el procedimiento abreviado, celebrándose la audiencia correspondiente el día 26 de octubre de 2006, en la que se dictó sentencia condenatoria. Al otorgársele un beneficio alternativo de cumplimiento de pena se dispuso su libertad, siendo apercibido para que se presentara el día 3 de noviembre de ese año para el cumplimiento de las condiciones que impone dicho beneficio.

3º.- El 6 de diciembre del año 2006, el jefe del Centro de Reinserción Social de Talca informó por ORD. N° 07.23.00 que el condenado José Francisco Guzmán Cáceres no se había presentado para dar inicio al período de cumplimiento de la medida de Libertad Vigilada, lo que motivó que el juez respectivo despachara orden de detención.

4º.- En estas circunstancias, el día 3 de enero de 2007 fue detenido el verdadero José Francisco Guzmán Cáceres, pasando a la audiencia de control de detención, momento en el que tanto el Fiscal del Ministerio Público como el Defensor Público, se percataron que el detenido no era el mismo respecto del cual se había seguido el juicio y pronunciado sentencia, dictándose por el tribunal la correspondiente resolución en virtud de la cual se ordenó dejar sin efecto la detención del mencionado Guzmán Cáceres, y en su lugar se despachó la

correspondiente orden respecto de Cristián Rosendo Cáceres Inostroza.

5º.- En el procedimiento que se inició por el delito de suplantación de persona, RUC N° 0700012478-2, se dispuso la práctica de un informe pericial de huellografía y dactiloscopia, el que concluyó que las impresiones dactilares remitidas originalmente por la Fiscalía bajo el nombre de José Francisco Guzmán Cáceres corresponden a las de Cristián Rosendo Cáceres Inostroza.

6º.- Por último, con fecha 8 de junio de 2007, se dictó sentencia condenatoria en contra de Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, como autor del delito de usurpación de nombre.

Tercero: Que del mérito de los antecedentes relacionados en el considerando precedente se desprende que en el caso de autos se cumple con los presupuestos exigidos por la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal, que facultan a este Tribunal para rever la sentencia dictada el 27 de octubre de 2007 en los autos RUC N° 0600428944-5 del Juzgado de Garantía de Talca, además de las exigencias contempladas en los artículos 474 y 475 del mismo cuerpo legal. En lo que dice relación con estas últimas normas, aparece que la acción de revisión fue interpuesta por el Ministerio Público, indicándose el hecho o el documento desconocido durante el proceso, y expresándose los medios con que se pretendiere acreditar dicho suceso, los que fueron reseñados en el considerando precedente.

Cuarto: Que en consideración a lo expuesto, aparece que los elementos en que se ha fundado la presente acción de revisión, constituyen hechos

nuevos, desconocidos durante el proceso, que se descubrieron con posterioridad a la dictación de la sentencia condenatoria, antecedentes todos que son bastantes para establecer la inocencia de José Francisco Guzmán Cáceres.

Es así como se encuentra acreditado, con los antecedentes reseñados en el considerando segundo de esta resolución, que en la causa RUC Nº 0600428944-5 del Juzgado de Garantía de Talca, se condenó con fecha 27 de octubre de 2006 a José Francisco Guzmán Cáceres, como autor del delito de robo en lugar habitado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, habiéndose registrado dicha condena en su extracto de filiación y antecedentes como consta a fojas 20 de estos antecedentes, en circunstancias que, con posterioridad a la ejecutoriedad de dicha sentencia, se determinó que se había producido la suplantación del referido Guzmán Cáceres por Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, como quedó establecido por sentencia de 8 de junio de 2007, recaída en la causa RUC Nº 0700012478-2, del Juzgado de Garantía de Talca, en la que éste fue condenado a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de usurpación de nombre. En este proceso se tuvieron por acreditados los siguientes hechos: “El imputado el día 26 de junio de 2.006 fue detenido por Carabineros de la Tenencia La Florida por su responsabilidad como autor de un delito de robo en lugar habitado, aportando como identidad la de José Francisco Guzmán Cáceres, que el día 22 de junio de 2006 es puesto a disposición del Juzgado de Garantía de Talca y en audiencia de

control de la detención y formalización de la investigación en causa RIT 5436-2.006 al individualizarse nuevamente aporta el nombre de José Francisco Guzmán Cáceres, su cédula de identidad, fecha de nacimiento y domicilio de éste, usurpando de esta manera su identidad, que en audiencia sobre procedimiento abreviado en la misma causa de fecha 27 de octubre de 2.006 Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, manteniendo la identidad de su primo José Francisco Guzmán Cáceres, acepta ser juzgado de conformidad a las normas de un procedimiento abreviado, siendo finalmente condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo con beneficio de libertad vigilada, siendo registrada esta condena en el extracto de filiación y antecedentes del afectado José Francisco Guzmán Cáceres.”

Quinto: Que teniendo en consideración lo antes relacionado, y que la acción de revisión ha sido establecida por el legislador para obtener la invalidación de una sentencia firme o ejecutoriada, logrando con ello que la justicia prime por sobre la seguridad jurídica configurada por la cosa juzgada, este Tribunal ha llegado a la convicción que José Francisco Guzmán Cáceres no es responsable de los cargos formulados en su contra, de ser autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado tentado, perpetrado en Talca el día 21 de junio de 2006, por el que fue condenado en la causa RUC Nº 0600428944-5 a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, y se procederá en consecuencia a anular dicha sentencia, y dictar la correspondiente de reemplazo, en cumplimiento a lo dis-

puesto en el inciso 2º del artículo 478 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 473 y siguientes del Código Procesal Penal, **se acoge** la solicitud de revisión interpuesta por el abogado Fernando Coloma Amaro, Fiscal Regional de la VII Región del Maule en lo principal de fojas 33, y en consecuencia, **se invalida la sentencia de veintisiete de octubre de dos mil seis**, dictada en los autos RUC N° 0600428944-5, cuya copia autorizada rola desde fojas 1 a fojas 4 de estos antecedentes, **la que es, por lo tanto, nula**, procediéndose por esta Corte en acto continuo, pero separadamente, a dictar la sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redacción del ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo.
Rol N° 3788-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el Abogado Integrante Sr. Oscar Herrera V. No firma el Abogado Integrante Sr. Herrera, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Santiago, doce de diciembre de dos mil siete.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 478 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo de la que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Primero: Que se siguió esta causa en contra de José Francisco Guzmán Cáceres, chileno, de 23 años, soltero, obrero, domiciliado en pasaje El Descanso N° 190, Población Brilla El Sol, de la ciudad de Talca, cédula de identidad N° 15.599.083-k, cuya defensa fue ejercida por el abogado Paulo Albornoz Avilés. El Ministerio Público estuvo representado por la Fiscal Lorena González Bravo.

Segundo: Que la acusación formulada en su contra fue que el día 21 de junio de 2006, aproximadamente a las 12:20 horas, el imputado procedió a forzar con un fierro la puerta del departamento N° 20 del Block 22, Pasaje Caqui, de la Población Río Claro, con el fin de ingresar al mismo y extraer especies muebles desde su interior con ánimo de lucro, quien al ver la presencia de una vecina del lugar, procedió a darse a la fuga, testigo que lo siguió hasta un hogar de ancianos donde ingresó y fue detenido por carabineros de la Tenencia La Florida, encontrando en el interior de la mochila que portaba, una uñeta de fierro de aproximadamente treinta centímetros de largo, un desatornillador y una llave de puerta, hecho que configuraría el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado tentado, cometido en la ciudad de Talca el día 21 de junio de 2006.

Tercero: Que como ha quedado fehacientemente acreditado en la sentencia dictada con esta misma fecha, y por medio de la cual se invalidó el fallo dictado el 27 de octubre de 2006, en los autos RUC N° 0600428944-5 del Juzgado de Garantía de Talca, la identidad del imputado José Francis-

co Guzmán Cáceres, fue suplantada por Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, quien se individualizó como tal al ser detenido el 21 de junio de 2006, así como también ante el Juzgado de Garantía de Talca en las audiencias que se llevaron a cabo en el proceso señalado. Especial importancia tiene para estos efectos, la conclusión a la que se llegó en el Informe Pericial Huellográfico y Dactiloscópico evacuado por la Policía de investigaciones, y que rola a fojas 17 de estos antecedentes, en cuanto a que “las impresiones dactilares remitidas por la Fiscalía de Talca que se encuentran bajo el nombre de José Francisco Guzmán Cáceres, corresponden exactamente a las de Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, RUN N° 15.137.003-8.” En el mismo sentido debe citarse la sentencia dictada el 8 de junio de 2007, en los autos RUC N° 0700012478-2 del Juzgado de Garantía de Talca, por medio de la cual se condenó a Cristián Rosendo Cáceres Inostroza, como autor del delito de usurpación de nombre de José Francisco Guzmán Cáceres.

Cuarto: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal, “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquirirle, 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.”

Quinto: Que teniendo en consideración lo reseñado, este Tribunal ha llegado a la convicción, más allá de toda duda razonable, que no le ha ca-

bido a José Francisco Guzmán Cáceres participación culpable en el delito por el cual fue acusado, por lo que se obrará en consecuencia.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14, 15, 432 y 440 del Código Penal, y 340 del Código Procesal Penal **se declara que se absuelve** a José Francisco Guzmán Cáceres, de la acusación formulada en su contra de ser autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, perpetrado en la ciudad de Talca el día 21 de junio de 2006.

Cumplase con lo dispuesto en el artículo 479 del Código Procesal Penal, en cuanto a oficiar al Diario Oficial a fin que se publique, a costa del Fisco del Chile, la presente sentencia.

Asimismo, remítase copia autorizada de esta sentencia y de la que resolvió el recurso de revisión al Registro Civil e Identificación, al Registro Electoral y a la Contraloría General de la República, para los efectos que se proceda a eliminar la anotación prontuarial que registran respecto de José Francisco Guzmán Cáceres.

Regístrese.

Redacción del ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N° 3788-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el Abogado Integrante Sr. Oscar Herrera V. No firma el Abogado Integrante Sr. Herrera, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Revoca la resolución que acogía un recurso de amparo preventivo a favor de comunidades indígenas.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas interpuso un recurso de amparo preventivo en contra de Carabineros de Chile por la perturbación y amenaza al ejercicio legítimo de la libertad y seguridad individual fundados en supuestas conductas abusivas por parte de funcionarios de Carabineros en allanamientos y controles efectuados en la zona de una comunidad indígena. Los informes de Carabineros, Fiscalía y Tribunal de Garantía dieron cuenta del cumplimiento de diligencias decretadas por el Juez en virtud de ataques a una propiedad que contaba con resguardo policial en cumplimiento de una medida de protección. La Corte de Apelaciones acogió el recurso sólo en cuanto ordenó que en lo sucesivo las medidas de allanamiento debían ser supervisadas por el Ministerio Público y Carabineros debía respetar el libre desplazamiento. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de apelación, revocó el recurso en lo referido a la orden dirigida al Ministerio Público de presenciar los allanamientos, por cuanto se trata de un organismo autónomo que dirige en forma exclusiva la investigación de los delitos, contando para ello con la facultad tanto para realizar directamente a través de sus fiscales las diligencias necesarias, como para encomendarlas a las policías. Los votos de prevención estuvieron por acoger la apelación, pero recomendando la presencia de los fiscales en tales diligencias dada la connotación pública de gravedad de los hechos en cuestión.

Texto completo:

Temuco, cuatro de febrero de dos mil ocho.

Vistos:

A fojas 1, NANCY YAÑEZ FUENZALIDA y JOSE AYLWIN OYARZUN, abogados, por sí y en representación del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, domiciliados en calle Antonio Varas 428, Temuco, deducen acción de amparo preventivo en contra de Carabineros de Chile y en contra de quienes resulten responsables de la perturbación o amenaza que eventualmente puede afectar el ejercicio legítimo de la libertad personal y seguridad individual de comunidades indígenas del sector Yeupeco, comuna de Vilcún y se adopten las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar su debida protección. Funda su pretensión en que el día 04 de enero del presente un equipo del Observatorio de Derechos Indígenas, junto al encargado Pastoral de la Diócesis de Villarrica, visitaron la comunidad sector Yeupeco, aledaño al predio en que el día 03 de enero pasado falleciera el joven mapuche Matias Catrileo Quezada, lugar donde diversas familias mapuches les dieron cuenta de diversos allanamientos por parte de carabineros con fue contingente policial, de los tratos abusivos de degradantes de que fueron objeto por parte de estos, de los destrozos que provocaron en sus viviendas y sembrados y sustracción de bienes por parte de esos funcionarios policiales que actuaron con violencia y desproporción manifiestas además de usar epítetos raciales.

Los hechos denunciados en la ocasión por la comunidad Mariano Lleuful, entre otros a Héctor Canio Quidel su morada fue allanada cuatro veces ese día, sin que mostrado orden alguna, actuando con violencia desmedida, rompiendo objetos, golpeando a su mujer y a su madre; a Adela Marilaf y Arturo Trlcal, un grupo aproximado de ochenta efectivos entró a su propiedad, realizando destrozos; a los pares de estos Mario Tralcal y Josefina Quidel, ancianos de 70 años su vivienda fue allanado violentamente cuatro veces, rompiendo cercos, siendo forzados con metrallera y violentados con epítetos racistas, siendo abofeteado en la cara su nieto de doce años. Por otra parte la comunidad Juan de Dios Quidel Cordoba, informa que a Jose Tralca Coche, le fue allanada su vivienda por carabineros sin orden alguna, recibiendo su mujer culatazos por la espalda, allanamiento verificado cuando dormían sus cuatro hijos, lo que fueron tratados brutalmente además de destrozar los cercos del campo, ingresando al lugar con tanquetas, destrozando el sembrado, agregando además que el sector se encuentra sitiado por efectivos policiales los que realizan controles permanentes y restringen sin facultad suficiente el libre tránsito y desplazamiento de personas por el lugar a lo que se une un acoso policial permanente. Todas estas acciones de vulneración, privación, perturbación y amenaza que ponen en peligro la libertad personal y seguridad individual de los comuneros del lugar, derechos humanos básicos amparados en la Constitución Artículos 19 N°7 y Tratados internacionales.

A fojas 28 Carabineros de la Tercera Comisaria de Padre Las Casas,

evacuando informe, señalan que el día 03 de enero del presente, siendo aproximadamente las 06:50 horas un grupo de aproximadamente 30 personas ingresaron a un potrero del Fundo Santa Margarita de propiedad de Jorge Luchsinger Villiger, los que procedieron a quemar fardos de pasto. Predio que se encuentra con una medida de protección por incendio de daños emanada de la Fiscalía Local de Temuco, siendo sorprendidos por personal de la Subcomisaría de fuerzas especiales, dándose a la fuga y lugar a los hechos que culminaron con la muerte del estudiante Matías Catrileo Quezada, investigado por la Fiscalía Militar de Ejercito- Carabineros. Hechos de los que fue informado el Fiscal Sr. Alberto Chifelle Márquez, quien su comunico con la Juez de Garantía María Teresa Villagrán, tribunal que autorizo conforme el artículo 9° del Código Procesal Penal la entrada y registro en domicilios de Tres Cerros y Lleupeco, ingresando al domicilio de Mario Tralcal Llanquino desde el cual se retiraron especies remitidas a la Fiscalía Local Temuco y además en horas de la tarde dotación de la Sección de Investigaciones Policiales, fuerzas especiales de Temuco y patrulla de acciones especiales araucania ingresaron a tres domicilios, y en forma voluntaria a otro, sin que se procediera al descerrojamiento por no ser necesario, sin además hubieran personas detenidas ni lesionadas, ni reclamo por parte de los propietarios, agregando que no se ordenaron ni efectuaron otros registros, manteniéndose a la fecha fiscalización en el predio en cumplimiento a la medida de protección decretada.

A fojas 38 informa María Teresa Villagrán, Juez de garantía de esta ciu-

dad quien señala que estando de turno los días 3 y 4 de enero del presente a petición del Fiscal Sr. Chifelle autorizó la entrada, registro e incautación de especies de cinco domicilios de la comuna de Padre Las Casas.

A fojas 40 el Fiscal Alberto Chifelle Márquez, evacuando informe señala que el día 03 de enero del presente, se denunció a Carabineros de la Tendencia de Vilcún de la 3° Comisaría de Padre Las Casas, la quema de fardos de pasto en predio de propiedad de Jorge Luchsiner por parte de un grupo de treinta personas con rostros cubiertos, al parecer de la etnia mapuche y al percatarse de la presencia de carabineros comenzaron a disparar en su contra con armas de fuego y piedras lanzadas con boleadoras, respondiendo el personal policial. A raíz de las primeras diligencias investigativas se solicitó a la juez de garantía de turno una orden de entrada, registro e incautación al domicilio de Luis Tralcal Quidel, entregada a las 07:30 horas, posteriormente se otorgaron ordenes respecto de otro cuatro domicilios.

Y TENIENDO ÚNICAMENTE PRESENTE:

1.- Que la libertad personal y la seguridad personal, son derechos fundamentales amparados por nuestra carta fundamental y reconocidos a todas las persona, siendo deber de la autoridad velar por su observación y protección, aún en el desarrollo de procedimientos derivados de una investigación criminal.

2.- Que conforme el mérito de los antecedentes, y a fin de evitar que pudieran verificarse actos de impli-

quen perturbación o amenaza de tales derechos, resulta procedente la adopción de medidas en tal sentido como se dirá.

Y teniendo, además, presente lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **SE HACE LUGAR** el Recurso de amparo deducido a fojas 1, sólo en cuanto en lo sucesivo el Ministerio Público deberá dirigir, supervigilar y presenciar las actuaciones de allanamiento que se verifiquen; y por su parte Carabineros deberá respetar el libre desplazamiento de los vecinos del sector, sin perjuicio de sus atribuciones conforme a la ley.

Comuníquese a los recurridos, Fiscal del Ministerio Público y Tribunal de Garantía.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol N°3-2008.-

Pronunciada por la Sala de Verano.

Presidente Ministro Sr. Archibaldo Loyola López; Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco y Ministro Interino Luis Torres Sanhueza.

En Temuco, a cuatro de febrero de dos mil ocho, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.-

Santiago, cinco de marzo de dos mil ocho.

A fojas 57: a lo principal, primer y segundo otrosí, téngase presente.

Vistos y teniendo únicamente presente:

Que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado que dirige en forma exclusiva la in-

investigación de los hechos constitutivos de delitos, los que determinan la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley; de tal forma que en el ejercicio de tales actividades se encuentra facultado para realizar directamente, a través de sus fiscales o encomendarlas a las policías, aquellas diligencias que consideren conducentes para el esclarecimiento de los hechos;

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política de la República, artículos 77, 80 y 180 del Código Procesal Penal y los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640, **se revoca** la resolución apelada de cuatro de febrero del año en curso, escrita de fojas 43 a 45, sólo en la parte que estima gravosa el recurrente de fojas 46; en consecuencia, **se deja sin efecto** la orden emitida respecto del Ministerio Público en cuanto a presenciar las actuaciones de allanamiento que se verifiquen motivo del amparo.

Se previene que el Ministro Sr. Segura, no obstante coincidir con los fundamentos de la decisión de alzada, estima que ello no inhibe a los tribunales de formular al respecto las recomendaciones en orden a la conveniencia de la presencia de los fiscales en las diligencias en esta clase de asuntos, por tratarse de situaciones de graves conflictos que constituyen hechos públicos y notorios.

Se previene que el Ministro Sr. Rodríguez, sin perjuicio de la revocación, es de parecer de poner en conocimiento del Fiscal Nacional estos antecedentes acerca de la conveniencia de que

los fiscales correspondientes concurren a presenciar los allanamientos de que se trata, y efectuar las instrucciones que se estimen adecuadas.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 1136-08.

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. Domingo Hernández E.

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

Declara que no existe contienda de competencia entre un Juzgado de Letras en lo Civil y un Fiscal del Ministerio Público.²¹

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

En el caso de la quiebra de Fermex Chile S.A., un acreedor solicitó se tuviera por promovida una contienda de competencia entre el Tribunal Civil de la quiebra y el fiscal a cargo de la investigación penal, dado que éste señalaba su imposibilidad de restituir bienes incautados por el Tribunal de Garantía, según lo ordenado por el Juez Civil. La Corte declaró que no se podía entender la existencia de una contienda de competencia entre un Tribunal y un fiscal, por cuanto ésta tiene por objeto establecer qué tribunal es competente para conocer un determinado negocio, y en el caso en cuestión el Ministerio Público sólo fue depositario de dineros en virtud de una decisión judicial previa, agregando que incluso entendiéndose que la hubiese podido haber, no es la Corte Suprema la llamada a dirimirla, por cuanto se trataría de una contienda entre una autoridad política o administrativa y un tribunal, materia de competencia del Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 93 n° 12 de la Constitución Política de la República.

21 Esta causa es comentada en la sección Unidades Especializadas, Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, bajo el título Caso Fermex: la “estafa de los quesitos”. Una exitosa experiencia de protección y reparación de las víctimas de delitos patrimoniales.

Texto completo:

Santiago, seis de marzo de dos mil ocho.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que en estos autos Rol N° 11.273-2006 del 18° Juzgado Civil de Santiago, por resolución de 8 de agosto de 2006, se declaró la quiebra de Fermex Chile S.A.

2°.- Que, por otra parte, de los antecedentes aparece que con motivo de una investigación llevada a cabo por el Ministerio Público por los delitos de estafas reiteradas y asociación ilícita, este órgano investigador obtuvo que por resolución de 12 de julio de 2006, el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, dictada en la causa RUC 0600289809, RIT 7503-2006, ordenara la incautación de dineros y especies muebles de propiedad de Fermex Chile S.A. y de dos personas naturales que figuraban como imputadas.

3°.- Que de estos mismos antecedentes aparece también que con fecha 1 de Septiembre de 2006 el señor Síndico de la Quiebra solicitó al 7° Juzgado de Garantía que dejara sin efecto la incautación de los bienes de la sociedad fallida, petición que fue desestimada por resolución de la misma fecha, no impugnada.

4°.- Que en presentación de 4 de mayo de 2007, rolante a fojas 2370, el señor Síndico de la Quiebra solicitó al 18° Juzgado Civil de Santiago que, como efecto de la declaratoria de quiebra, se oficie al Ministerio Público a fin que devuelva la totalidad de los bienes incautados y sometidos a su custodia; a lo que se accedió por providencia de fecha 9 del mismo mes y año.

Por oficio que en copia rola a fojas 2460, de 13 de junio de 2007, el Ministerio Público respondió que en virtud de lo dispuesto en los artículos 188 y 189 del Código Procesal Penal, las solicitudes de restitución de bienes actualmente sometidos a incautación, deben ser efectuadas ante el tribunal de garantía competente. Concluyó esa respuesta el Ministerio Público expresando que se encuentra impedido de disponer de los bienes y dineros incautados por orden del 7° Juzgado de Garantía.

5°.- Que por presentación de 11 de diciembre de 2007, rolante a fojas 2463, uno de los acreedores de la quiebra pidió al tribunal que entendiera promovida una contienda de competencia entre el 18° Juzgado Civil de Santiago y el Fiscal del Ministerio Público, atendido el tenor de la respuesta a que se refiere el segundo párrafo del motivo precedente.

6°.- Que según se expresó en estrados y no fue contradicho, la causa a que se ha hecho referencia en el fundamento 2° precedente fue fallada por sentencia firme, condenándose a los dos imputados como autores del delito por el que se les había acusado.

Asimismo, se expresó también que el 7° Juzgado de Garantía dispuso la devolución a las víctimas de los dineros incautados, en resolución que fue impugnada, siendo los recursos en definitiva desestimados, por lo que la respectiva resolución se encuentra firme o ejecutoriada.

7°.- Que la contienda de competencia es aquel conflicto suscitado entre dos o más tribunales o autoridades políticas o administrativas para conocer privativamente, cada uno de ellos, de un determinado asunto, con

exclusión de los demás tribunales o autoridades, o bien, para estimar que ninguno de ellos tiene competencia.

8°.- Que de los antecedentes sintetizados en los fundamentos 1° a 5° de esta resolución, aparece manifiesto que en el caso de autos no se ha promovido una contienda de competencia, en los términos expuesto en el motivo anterior.

En efecto, la resolución de una contienda de competencia tiene por objeto establecer qué tribunal o autoridad es competente para conocer o resolver un determinado negocio; por lo tanto, supone la existencia de, al menos, dos tribunales o autoridades que, de ser competentes cualquiera de ellos, estarían en condiciones de conocer y resolver el conflicto planteado. En el caso de autos, en cambio, el Ministerio Público no es el llamado a entender y decidir sobre las solicitudes de administración y disposición de los dineros incautados a la sociedad Femex Chile S.A., sino que su actividad se ha limitado a la de depositario de esos dineros sobre la base de una decisión judicial previa. Es por esta última razón que el Ministerio Público no está en condiciones de cumplir con lo que le ha requerido el tribunal que conoce de la quiebra, pues no ha sido él quien ha dispuesto la aludida incautación.

9°.- Que sin perjuicio de lo antes razonado, aún en el evento de estimarse efectivamente trabada una auténtica contienda de competencia, no es esta Corte Suprema el tribunal llamado por la ley a dirimirla, pues de conformidad con lo dispuesto en el N° 12 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, es atribución del Tribunal Constitucional resolver

las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia, cuyo es el caso de autos. Norma constitucional que por ser de mayor jerarquía y tener aplicación directa por los tribunales, correspondería tenerla en consideración, en su caso.

Por estos fundamentos y oída la señora Fiscal Judicial, se declara que no existe contienda de competencia de que deba conocer esta Corte Suprema, debiendo devolverse los antecedentes a su tribunal de origen.

N° 92-2008.-.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., y Sr. Juan Araya E. y Abogados Integrantes Sres. Óscar Carrasco A. y Rafael Gómez B.

Autorizado por la Secretaria Subrogante Sra. Carola A. Herrera Brummer.

Desecha de plano la revisión de la sentencia firme condenatoria solicitada por la defensa.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa solicitó que se revisara la sentencia que condenó a su representado cuestionando la defensa recibida porque le significó una pena mayor. La Corte rechazó de plano la solicitud, por cuanto la revisión sólo se contempló para cuestionar la existencia del delito o la participación, no para rebajar una condena.

Texto completo:

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil ocho.

Vistos y teniendo presente:

1° Que la revisión de las sentencias firmes, procede en el nuevo sistema procesal penal, en los casos taxativamente señalados en el artículo 473 del Código que rige esa materia y que en su literal d) dispone, que la Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por crimen o simple delito, para anularlas, cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado.

2° Que sin embargo, en el presente caso, no se cuestiona la existencia del delito ni la participación del acusado, sino solo la calidad de la defensa que recibió y el hecho que no prestó de-

claración en la causa, en circunstancias que de hacerlo pudo ser acreedor de la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Punitivo, la que sumada a su irreprochable conducta anterior, le habría significado una penalidad menor, máxime si uno de los hechos por los que fue acusado se encontraba en grado de frustrado. No se pretende, en consecuencia, la inocencia del recurrente, sino solo, la reducción de su condena, cuestión que no se compadece con el objetivo y fines de la solicitud de revisión.

Y visto además, lo dispuesto en el artículo 475 del Código Procesal Penal, **se desecha de plano**, la solicitud de revisión deducida a fs. 14, por Carlos Abelardo Moreno Araya quien actuó patrocinado por el abogado Sr. Luis Avila Rojas.

Al primer otrosí de fs. 14, a sus antecedentes. Al segundo, estése a lo ya resuelto. Al tercero, téngase presente.

A lo principal y segundo otrosí de fs. 22, téngase presente. Al primer otrosí, estése al mérito de lo decidido.

Regístrese y archívese.

Rol N° 1253-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Ricardo Peralta V. y Juan Carlos Cárcamo O.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

LAS MUNICIPALIDADES EN RELACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO. RESPONSABILIDADES.

*José Fernández Richards*²²

Resumen:

En el artículo se analizan los temas de mayor relevancia regulados por la legislación y la normativa reglamentaria en materia municipal. Es así como, partiendo del concepto de Municipalidad contenido en el artículo 118 de la CPR y en la LOC 18.695 de Municipalidades, se deduce que la autonomía municipal se encuentra limitada por el principio de juricidad aplicable a todos los entes públicos, en materia financiera por la fiscalización de la CGR y respecto al personal municipal por el estatuto de la Ley N° 18.883. A continuación, se analiza el patrimonio municipal y su administración, la estructura de la administración financiera incluido el Administrador Municipal, el Director de Control y los funcionarios subalternos y se indica cual es la legislación y reglamentación aplicable a las Municipalidades en materia financiera. Desarrolla también el tema de las responsabilidades funcionarias distinguiendo la administrativa, civil y penal, haciendo mención a los delitos funcionarios y reseñando jurisprudencia de la Corte Suprema. Respecto de la administración de fondos hace mención a las asignaciones directas, viáticos, auditorías externas, adquisición de suministros, contratación de personal, contratos a honorarios, procedimientos de contratación, licitación pública, transacciones judiciales y extrajudiciales, cauciones, enajenación de inmuebles municipales y ejecución de sentencia que condene a municipio, y desarrolla brevemente el tema de las Corporaciones y Fundaciones Municipales. Finalmente, el autor señala que la falta de asesoría adecuada y de fiscalización y control permiten que se sigan cometiendo delitos en el quehacer municipal, y hace votos para que se cumplan y se hagan cumplir las normas básicas sobre probidad administrativa y que ello empiece por las jefaturas superiores, para dar ejemplo a los subalternos.

I. GENERALIDADES.

El artículo 118 de la Constitución Política de la República define a las Municipalidades como Corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades

²² Profesor de Derecho Municipal y Profesor de Derecho Urbanístico de la Universidad de Chile; Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Pedro de Valdivia; Profesor de Derecho Tributario de la Universidad Andrés Bello; ex Director Jurídico de la Municipalidad de Santiago; ex Abogado integrante de la Excelentísima Corte Suprema. Ha publicado las obras “Las Patentes Municipales”, “Régimen Jurídico de la Administración Municipal” y “Derecho Municipal Chileno”.

de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

En concordancia con la norma de la Carta Fundamental, el artículo 1° de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades define a los entes edilicios, en los mismos términos que lo hace el constituyente.

De lo anterior podría inferirse que la autonomía municipal es ilimitada, pero ello no es así. Desde luego, dentro de un concepto amplio desde el punto de vista administrativista, los municipios forman parte de la estructura general del Estado, en los términos con que, entre otros autores, lo conceptúa el Profesor don Enrique Silva Cimma. Es por ello que los municipios están sujetos a todo el ordenamiento constitucional y muy en especial a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, que establecen el principio de la juricidad aplicable a todos los entes públicos.

Aún más, la propia Constitución Política al tratar en su capítulo X lo relativo a la Contraloría General de la República, expresa en su artículo 98 que tal organismo, entre otras funciones “fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás Organismos y Servicios que determinen las leyes, examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades...”

De lo anterior puede colegirse que en materia financiera la autonomía municipal se encuentra restringida, ya que sobre ella tiene el Organismo Contralor encargado de fiscalizar el ingreso y la inversión de sus fondos y de examinar y juzgar las cuentas de los funcionarios municipales que tengan a su cargo bienes edilicios.²³

En concordancia con lo anterior, el art. 14 de la Ley N° 18.695 expresa que “las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas”, pero a su vez los artículos 50, 51 y 52 establecen que los municipios se regirán por las normas sobre administración financiera del Estado, que serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, y que dicho Organismo podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control, agregándose en el art. 54 que la Contraloría podrá constituir en cuentadante y hacer efectiva la responsabilidad consiguiente, a cualquier funcionario municipal que haya causado un detrimento al patrimonio municipal.²⁴

De lo expuesto puede colegirse que la autonomía municipal en materia financiera se encuentra restringida y que el principio autonómico se refiere princi-

23 Véase la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 10.336, cuyo texto coordinado, sistematizado y refundido fue fijado por Decreto de Hacienda N° 2421 D.O. de 10-7-1964.

24 El texto refundida, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley 18.695 fue fijado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19-704 Ministerio Interior publicado en el Diario Oficial de 3-5-2002.

palmente a la forma como administra bienes²⁵ y recursos financieros²⁶ y elabora anualmente su presupuesto²⁷, encontrándose sus resoluciones exentas del trámite de Toma de Razón por parte de la Contraloría²⁸.

Someramente diremos que el principio autonómico en el quehacer municipal, especialmente en el ámbito de las obras locales y manejo de su personal, se encuentra respaldado por la propia definición del municipio en cuanto su finalidad es satisfacer “las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico social y cultural de las respectivas comunas, lo que constituye un concepto amplio de generoso contenido que admite muchas aplicaciones, a lo que debe añadirse que las autoridades municipales, llámen-se Alcalde o Concejales, son elegidos democráticamente a través del sufragio universal, mediante elecciones en que se votará conjuntamente pero en cédula separada respecto de alcalde por un lado y concejales por otro²⁹, y todo ello en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios³⁰.

A su vez el personal municipal se rige por un Estatuto Especial,³¹ y los decretos alcaldicios relativos a nombramientos, ascensos etc. de dicho personal no requieren del trámite de toma de Razón y sólo deben ser registrados por la Contraloría General de la República.

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que los municipios si bien forman parte de la Administración del Estado en su estructura general, son sin embargo Corporaciones de Derecho Público y con características muy especiales, que a través del tiempo han sido continuadoras de los antiguos cabildos coloniales y ayuntamiento y cuya raíz de esencia democrática se justifica por la atención del vecindario y habitantes de la respectiva comuna a fin de satisfacer sus necesidades locales.

Lo anterior no obsta a que su administración financiera esté sujeta a las normas financieras sobre administración del Estado, a la fiscalización e inspección de la Contraloría General de la República sobre ingreso e inversión de sus recursos e ingresos y que además se les apliquen diversas leyes administrativas de carácter general.^{32 33 34 35}

25 Art. 5 letra c), arts. 63 letra f) Ley 18.695.

26 Art. 14; art. 63 letra c) Ley 18.695.

27 Art. 56, art. 65 letra a); art. 67 letra a) Ley 18.695.

28 Art. 118 Constitución Política y art. 1º Ley 18.695.

29 Art. 57 Ley 18.695.

30 Ley 18.700, D.O. 6-5-1988.

31 Ley 18.883, D.O. 29-12-1989.

32 Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (D.O. 17-11-2001).

33 Ley sobre Probidad Administrativa. Ley 19.653, D.O. 14-12-1999.

34 Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, D.O. 29-5-2003.

35 Ley 19.886 sobre contratos administrativos de suministros y contratación de servicios.

Sentados estos principios generales pasaremos a revisar en forma más detallada la administración financiera municipal.

II. LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA MUNICIPAL.

A. El Patrimonio Municipal y su Administración.

El Patrimonio de las municipalidades está constituido por:³⁶

- a) Los bienes corporales e incorporales que posean o adquieran a cualquier título;
- b) El aporte que le otorgue el Gobierno Regional respectivo;
- c) Los ingresos provenientes de su participación en el Fondo Común Municipal³⁷;
- d) Los derechos que cobren por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen;
- e) Los ingresos que perciban con motivo de sus actividades o de los establecimientos de su dependencia;
- f) Los ingresos que recauden por los tributos que la ley permita aplicar a las autoridades comunales, entre ellos el impuesto territorial establecido en la Ley sobre Impuesto Territorial³⁸, el permiso de circulación de vehículos y las patentes municipales³⁹ y las patentes de alcoholes⁴⁰.

A las municipalidades les corresponde administrar su propio patrimonio, atendido lo dispuesto en el art. 5° de la Ley N° 18.695, pero en concreto tal administración le corresponde al Alcalde, que es la máxima autoridad de la municipalidad y que en tal calidad le concierne lo relativo a su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.⁴¹

En el ejercicio de tales facultades, uno de los deberes esenciales del Alcalde es presentar oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, el plan comunal de desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de salud y educación y demás incorporadas a su gestión y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos.⁴²

36 Art. 13 Ley 18.695.

37 Art. 14 Ley 18.695 y Ley 20.033 (D.O. 1°-7-2005).

38 Ley 17.235 modificado por Ley 20.033.

39 Decreto Ley 3063 modificado por Ley 20.033.

40 Ley Alcoholes, modificada por Ley 19.925 D.O. 19-1-2004.

41 Art. 56 Ley 18.695.

42 Art. 63 letra e) Ley 18.695.

Es así que el Alcalde, con la aprobación del Concejo Municipal en determinados casos, administrará los recursos financieros de la Municipalidad de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado y administrará además los bienes municipales⁴³ y bienes nacionales de uso público de la comuna que le correspondan.

Como para determinadas materias de administración financiera, p. ej. el presupuesto municipal y otras de disposición de bienes⁴⁴, el Alcalde necesita la aprobación del Concejo Municipal, éste en tales casos se transforma en una especie de coadministrador junto al alcalde. Esto ocurre, por ejemplo, tratándose de adquisición, enajenación, gravamen y arrendamiento de Bienes Raíces por plazos superiores a 4 años, etc.⁴⁵

Pero hemos visto que al Alcalde le corresponde la dirección, supervigilancia y administración superior, y es por eso que a los municipios, tanto en cumplimiento a las normas de su Ley Orgánica como a las necesidades prácticas de manejar esta administración financiera, se ha dado una estructura con asignación de funciones a determinadas jefaturas y asignación de las responsabilidades pertinentes.⁴⁶

B. Estructura de la Administración Financiera Municipal.

A la cabeza de la administración financiera se encuentra como es lógico el Alcalde, ya que es la máxima autoridad municipal y le corresponde por expreso mandato de la ley su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.⁴⁷

Pero además de ese enunciado general, el legislador le señala dentro de sus atribuciones específicas la administración de los recursos financieros de la municipalidad, de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado.⁴⁸

Por otra parte, si bien existen funcionarios municipales que manejen el erario del municipio, al Alcalde le corresponde en especial velar por la observancia del principio de la probidad administrativa dentro del municipio y aplicar medidas disciplinarias al personal de su dependencia, en conformidad con las normas estatutarias que lo rijan.⁴⁹

Ya hemos visto que en determinadas circunstancias el concejo municipal actúa como coadministrador junto al Alcalde, p. ej. en el caso de la aprobación de los presupuestos municipales, de las concesiones, de la enajenación y gravámenes

43 Art. 63 letra f) Ley 18.695.

44 Art. 56 y 65 letra a) Ley 18.695.

45 Art. 65 letra c) Ley 18.695.

46 Arts. 27, 28, 30 y 31 de la Ley 18.695.

47 Art. 56 Ley 18.695.

48 Art. 63 letra c) Ley 18.695.

49 Art. 63 letra d) Ley 18.695.

de los Bienes Raíces municipales, otorgamiento de subvenciones, transacciones, expropiaciones, omisión del trámite de la propuesta pública, etc.⁵⁰

Es de destacar una misión especial que el legislador le encomienda al concejo municipal, como es la obligación de aprobar presupuestos debidamente financiados, debiendo examinar trimestralmente el programa de ingresos y gastos, introduciendo las modificaciones correctivas a que hubiere lugar, a proposición del Alcalde.

En todo caso, el concejo sólo resolverá las modificaciones presupuestarias una vez que haya tenido a la vista todos los antecedentes que justifican la modificación propuesta, los cuales deberán ser proporcionados a los concejales con una anticipación a lo menos de cinco días hábiles a la sesión respectiva.⁵¹

A continuación del Alcalde, con la coadministración del concejo en determinados casos, tenemos el estamento funcionario encargada de las finanzas.

La Ley N° 18.695 destaca tres casos, a saber:

a) Administrador Municipal

Este cargo corresponde a un viejo anhelo de los estudiosos del sistema municipal, donde se echaba de menos la existencia del gerente municipal como existe en legislaciones de otros países, por ejemplo EE.UU.

El artículo 30 de la Ley N° 18.695 lo contempla como un cargo optativo, al expresar que: “Existirá un administrador municipal en todas aquellas comunas donde lo decida el concejo a proposición del alcalde. Este funcionario será el colaborador directo del Alcalde en las tareas de coordinación y gestión permanente del municipio y en la elaboración y seguimiento del plan anual de acción municipal”.

Este cargo implica en la práctica desempeñar un verdadero cargo de gerente y es así que se ha implementado en los principales municipios del país, entre los cuales debemos mencionar primeramente el de Santiago⁵², el cual tiene facultades tan amplias que puede autorizar inversiones en el mercado de capitales y puede ejercer en último término facultades entregadas al Director de Administración y Finanzas, al Director de Contabilidad, etc.

b) Director de Administración y Finanzas

A esta jefatura y a su Unidad respectiva le corresponde asesorar al Alcalde en la administración financiera de los bienes municipales, y son de destacar las siguientes funciones: a) visar los decretos de pago; b) llevar la contabilidad

⁵⁰ Ver artículo 65 Ley 18.695.

⁵¹ Art. 81 Ley 18.695, con el inciso agregado por el art. 5 N° 11 de la Ley 20.033 de 1° de julio del 2005.

⁵² El Reglamento 234 de 6 de diciembre del 2004 de la Municipalidad de Santiago, sobre delegación de atribuciones y asignación de funciones alcaldías, contempla en primer lugar al Administrador Municipal, con atribuciones amplísimas, especialmente en materias financieras.

municipal; c) controlar la gestión financiera de las empresas municipales; d) efectuar los pagos municipales, manejar la cuenta bancaria respectiva y rendir cuentas a la Contraloría General de la República; y e) recaudar y percibir los ingresos municipales y fiscales que correspondan.⁵³

Las municipalidades están obligadas a dictar un reglamento interno que detalle en forma específica las funciones asignadas a sus funcionarios y unidades respectivas, dentro de los lineamientos señalados por la Ley N° 18.695, de modo que en cada caso particular habrá que examinar el respectivo reglamento interno.^{54 55}

c) Director de Control

De conformidad con la Ley N° 18.695, le corresponde entre otras materias: a) realizar la auditoría operativa interna de la municipalidad; b) controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal; c) representar al Alcalde los actos municipales que estime ilegales, informando de ello al concejo; d) colaborar directamente con el concejo para el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras; y e) asesorar al concejo en la definición y evaluación de la auditoría externa que aquél pueda requerir.⁵⁶

C. Funcionarios Subalternos.

Existen numerosos funcionarios subalternos que laboran en las Unidades ya descritas y que materialmente perciben los ingresos municipales (cajeros), otorgan comprobantes de orden de ingresos, etc. Pero en definitiva, tal como lo expresan las instrucciones para ejecución de la Ley de Presupuestos del sector público que emite el Ministerio de Hacienda, en primer término “los jefes de servicios y de las unidades operativas serán directamente responsables de la correcta administración de los fondos recibidos, gastados e invertidos en su unidad, así como también de la oportuna rendición de cuentas.”⁵⁷

Igualmente en todas las reparticiones municipales existen fondos asignados a lo que se denomina “gastos menores” y que en el sector privado se denomina “caja chica”. El funcionario que tenga a su cargo esos fondos deberá rendir cuenta mensual, adjuntando los comprobantes pertinentes.

En todo caso hay que recordar que en definitiva le corresponde a la Unidad de Administración y Finanzas “efectuar los pagos municipales, manejar la cuenta bancaria respectiva y rendir cuentas a la Contraloría General de la República”.⁵⁸

53 Artículo 27 Ley 18.695.

54 Artículo 31 Ley 18.695.

55 Reglamento 234 de 6-12-2004 Municipalidad de Santiago, p. ej.

56 Artículo 29 Ley 18.695.

57 Ver p. ej. Instrucciones del Ministerio de Hacienda para la ejecución de los presupuestos públicos año 2004, pág. 147, e instrucciones Contraloría General de la República de 23 de Diciembre del 2003 N° 3.

58 Art. 27 Ley 18.695.

A estos funcionarios que en razón de su cargo tengan manejo de dinero efectivo como función principal, se les otorgará una asignación de pérdida de caja, salvo que la Municipalidad contrate un seguro para estos efectos,⁵⁹ a su vez tendrán que rendir fianza cuando en razón de su cargo tengan la administración y custodia de fondos y bienes⁶⁰.

III. NORMAS APLICABLES A LAS MUNICIPALIDADES EN MATERIA FINANCIERA.

- 1.- Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ley N° 18.695.
- 2.- Ley de Rentas Municipales. Decreto Ley N° 3063 con sus modificaciones, la última de las cuales está contenida en la Ley N° 20.033 (D.O. 1 de julio de 2005).
- 3.- Ley N° 17.235 sobre Impuesto Territorial – Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de Hacienda de 1998 modificado por la Ley N° 20.033.
- 4.- Ley General de Urbanismo y Construcciones. D.F.L. N° 458 (fija los Derechos municipales por obras nuevas, subdivisiones, loteos, etc.).
- 5.- Ley N° 18.883 (D.O. 29 de diciembre de 1989) sobre Estatuto Administrativo para funcionarios Municipales.
- 6.- Normas para la ejecución presupuestaria del Ministerio de Hacienda.
- 7.- Clasificador Presupuestario del Ministerio de Hacienda.
- 8.- Normas de procedimiento sobre rendición de cuentas. Contraloría General de la República, 23 de diciembre de 2003.
- 9.- Ministerio de Hacienda. Normas sobre viáticos DFL 262 de 1977 Decreto N° 115 de 11 de febrero de 1992; N° 1 de 4 enero 1991.
- 10.- Ministerio de Hacienda. Oficio circular N° 78 de 23 de diciembre de 2002 modalidades a que deberán ajustarse los contratos a honorarios.
11. Ministerio de Hacienda. 14 de marzo de 2003. Normas sobre participación de los servicios e instituciones del sector público en el mercado de capitales oficio circular N° 15; en el mismo sentido, oficio circular N° 16 de la misma fecha.
- 12.- Aporte de Financiamiento reembolsable. Instrucciones para la ejecución de la Ley de Presupuestos, Hacienda, p. 259 y siguientes.
- 13.- Reglamento de la Ley N° 19.862 que establece Registros de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos. Decreto Hacienda N° 375 de 19 de mayo de 2003.
- 14.- Contraloría General de la República N° 58097 de 18 de diciembre de

59 Art. 97 letra a) Ley 18.883.

60 Art. 58 letra j) Ley 18.883.

2003, que imparte instrucciones a los servicios públicos a las municipalidades sobre el ejercicio contable (se incluye N° 4 “Fluctuaciones deudores del Tesoro Público y Municipalidades” y n° 5 “Información presupuestaria de las municipalidades”).

15.- Ley N° 18.803 autorización para que los servicios públicos encomienden acciones de apoyo a las Municipalidades.

16.- Ministerio de Hacienda ORD 135 de 9 de febrero de 2004. Política respecto de solicitudes de financiamiento municipal mediante Leasing o Leaseback.

17.- Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado Decreto Ley N°1263 de 1975.

18.- Ley de Bases Generales de la Administración del Estado Ley N° 18.575.

19.- Ley de Bases de los procedimientos administrativos. Ley N° 19.880.

20.- Ley de Bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Ley N° 19.886.⁶¹

21.- Ley sobre Probidad Administrativa Ley N° 19.653.

22.- Ley de Rentas Municipales II. Ley N° 20.033 D.O. 1 de julio de 2005.

El análisis de esta numerosa legislación y reglamentación daría espacio para un estudio exhaustivo y riguroso, por lo cual debemos dada la naturaleza de este trabajo, dar una visión somera, basada en las siguientes conclusiones:

1° Los municipios son autónomos para administrar sus recursos, dentro de los márgenes que establece la ley.

2° Las Municipalidades se rigen por las normas sobre administración financiera del Estado, normas que generalmente emanan del Ministerio de Hacienda y que se refieren a materias generales como la confección de los presupuestos, la forma de llevar la contabilidad o a materias específicas y más particulares como en cuanto a la celebración de contratos de Leasing o de Leasback.

3° Los municipios deben ceñirse a los preceptos de la Ley N° 19.886 en la celebración de los contratos de suministros y prestación de servicios.

4° Los municipios están sujetos a la Contraloría General de la República, en cuanto a la fiscalización de la percepción e inversión de sus ingresos, y deben rendirle una cuenta anual, que será elaborada por la Dirección de Administración y Finanzas, que llevará asimismo la contabilidad municipal.

61 En un principio hubo dudas si se aplicaba a los municipios, las que fueron disipadas por la Contraloría General de la República atendido lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 18.575.

5° Todo funcionario municipal que maneje fondos debe rendir caución a menos que la municipalidad contrate un seguro, y asimismo dicho funcionario tendrá derecho a una asignación de pérdida de caja.

6° Los funcionarios municipales tendrán derecho a las asignaciones que contempla la Ley N° 18.883, p. ej. viáticos, pérdida de caja, movilización, horas extraordinarias, cambio de residencia, etc.

7° Los funcionarios municipales que aparte de sus funciones tengan manejo de fondos deberán rendir cuenta mensualmente de ellos.

8° La responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales se hace efectiva a través del correspondiente sumario administrativo, en los términos que contempla la Ley N° 18.883.

9° La Contraloría General de la República examina las cuentas municipales, y si le merecen reparos, emplea el procedimiento de juzgamiento de cuentas, conforme al procedimiento establecido en su Ley Orgánica.

10° A los Alcaldes les son aplicables las normas del Estatuto de los funcionarios municipales, Ley N° 18.883, sólo en lo tocante a los deberes y derechos y responsabilidades administrativas (art. 1° Ley N° 18.883).

11° A los Concejales, al igual que a los Alcaldes, les son aplicables los preceptos de la Ley sobre Probidad Administrativa, Ley N° 19.653. Sin embargo no les serán aplicables las normas que rigen a los empleados municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal, art. 89 Ley N° 18.695.

12° El Alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad; en tal calidad, le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento, lo que por supuesto se extiende al área financiera del municipio.

13° En materia financiera el Alcalde es secundado por el Administrador Municipal, por la Dirección de Administración y Finanzas y por su Dirección de Control.

14° En cuanto a la función de empleados subalternos en la administración financiera del municipio, habrá de estarse a los Reglamentos Internos de cada municipalidad y la delegación de facultades que haya efectuado el Alcalde, conforme al art. 63 de la Ley N° 18.695.

15° En cuanto a la administración del Patrimonio municipal habrá de estarse a las normas del título I párrafo V de la Ley N° 18.695.

16° Los actos y contratos más importantes del Alcalde en materia de administración de bienes requerirán la aprobación del concejo municipal.⁶²

62 Art. 1° Ley 18.883.

IV. RESPONSABILIDADES FUNCIONARIAS.

A. Responsabilidad Administrativa.

Como es sabido, a los funcionarios en el ejercicio de sus labores les afecta una triple responsabilidad, a saber: a) Administrativa, b) Penal y c) Civil.

Los funcionarios municipales no escapan a esta regla, y es por ello que el art. 119 de la Ley N° 18.883 expresa que: “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal”.

Estas responsabilidades se aplican no sólo a los funcionarios de planta sino también a aquellos denominados “a contrata” en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de sus cargos.⁶³

Para estos efectos, a los Alcaldes les serán también aplicables las normas estatutarias relativas a los deberes, derechos y responsabilidad administrativa. En cuanto a los concejales les serán aplicables solamente las normas sobre responsabilidad civil y penal.

La responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales se hará efectiva a través de la investigación sumaria o mediante sumario administrativo, el que se substanciará conforme al procedimiento establecido en la Ley N° 18.883, quedando afectos a las sanciones de: a) censura; b) multa y c) destitución. En el curso del sumario administrativo el Fiscal puede suspender de sus funciones al empleado municipal, como medida preventiva.⁶⁴

Tratándose del alcalde y los concejales pueden ser removidos por el procedimiento contemplado en la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en el cual actúa como Tribunal de Primera Instancia el Tribunal Electoral y como segunda instancia el tribunal calificador de Elecciones.

B. Responsabilidad Penal.

La responsabilidad que en este caso nos interesa no es la que derive de delitos comunes que cometa el funcionario, como simple particular, sino que la responsabilidad que le asiste en delitos cometidos con ocasión del ejercicio de su cargo. Estos son los delitos que algunos denominan “delitos ministeriales”.

El Código Penal en su Libro II título V trata de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Es importante destacar que el artículo 260 del Código Penal dispone textualmente: “Para los efectos de este título y del Párrafo IV del título III se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no

63 Art. 1° Ley 18.883.

64 Art. 134 Ley 18.883.

sean del nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.⁶⁵

En consecuencia, no cabe la menor duda de que las disposiciones del título V del Libro II del Código Penal son aplicables a los funcionarios municipales, incluso a Alcaldes y Concejales, atendido a que el Legislador expresó que: “No obsta a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

Entre los delitos de mayor connotación del mencionado Título V están los de prevaricación, de malversación de caudales públicos, de fraudes y exacciones ilegales, de cohecho, etc.

Todos estos delitos están muy bien descritos por el Código Penal y también han sido analizados en profundidad por distinguidos tratadistas, entre otros por Etcheberry, Cury, Labatut, etc.

Los de mayor ocurrencia en los municipios son los relativos a malversación de los caudales municipales y el de fraude. En ambos delitos se sanciona al funcionario que en las operaciones en que interviniera en razón de su cargo (fraude) o respecto de los caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro (malversación), los sustrajere o defraudare, o bien consintiere en que un tercero los substraiga o los defraude.⁶⁶

Existen además otros delitos cometidos por empleados públicos, comprendidos en su concepto amplio, entre ellos los municipales, que han merecido una atención especial del legislador. Tal ha sido el caso del delito de tráfico de influencias, a que se refiere la Ley Nº 19.645, que quedó plasmado en el artículo 240 bis del Código Penal.^{67 68 69}

En lo que a malversación y fraude se refiere es de destacar que se sanciona no sólo al que malversa o defraude sino que además al que consiente en que otro malverse o defraude.

A continuación reseñaré alguna Jurisprudencia de asuntos que han llegado a la Excma. Corte Suprema:

1.- Malversación de caudales municipales o de fondos municipales de la I. Municipalidad de Río Bueno, Ingreso 7783, Corte Suprema, 23-6-1994.

Se trata de la cancelación de numerosos Decretos de pago, cuya documentación de respaldo corresponde a facturas obtenidas de proveedores y en otros casos a estados de pago ficticios confeccionados por el Departamento de Obras Municipales a nombre de presuntos contratistas.

65 Artículo reemplazado, en la forma transcrita, por el art. 29 de la Ley 15.078 de 18 de diciembre de 1962.

66 Arts. 233 y siguientes y 239 y siguientes Código Penal.

67 Matus Acuña. Lecciones de Derecho Penal chileno.

68 Etcheberry Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial.

69 Jaime Andrés Vera Vega. “El Delito de tráfico de Influencias. Editorial Jurídica, Ley año 2004.

- 2.- Malversación de caudales públicos contra Municipalidad de Quirigua. Rol 1466-03, Corte Suprema, sentencia 26-7-2004.
- 3.- Malversación de caudales públicos y fraude al Fisco. Rol 922-0, Corte Suprema, sentencia 14 de mayo de 2002.
- 4.- Delitos de malversación de caudales municipales cometidos en perjuicio de la Corporación Municipal de Educación de Quilpue. Rol 11.109-3, Corte Suprema. Sentencia 24 de noviembre de 2005.
- 5.- Delito de cohecho y defraudación de Fisco. Rol 2241-2002. Corte Suprema, sentencia 16 de junio de 2004.
- 6.- Delito malversación caudales públicos. Rol 2863-03, Corte Suprema. Sentencia 30 de enero de 2006.
- 7.- Malversación en perjuicio de la Caja de Previsión de Empleados Municipales de Valparaíso. Rol 39-04, Corte Suprema, sentencia 31 de octubre de 2006.
- 8.- Delito fraude al Estado (Codelco) caso con Juan Pablo Dávila y otros, Rol 54129-03. Corte Suprema sentencia 16 de septiembre de 2006 (Redacción José Fernández Richard). Aquí se discutió la no calidad de empleados públicos de los funcionarios de Codelco, lo que no fue aceptado.
- 9.- Delito de permiso provisorio falso para conducir. Corte Suprema, 4659-0, 27 de noviembre de 2006. Redacción abogado integrante José Fernández Richard.

C. Responsabilidad Civil.

La responsabilidad civil de los funcionarios municipales es una consecuencia de su responsabilidad administrativa o penal, cuando hubieren ocasionado perjuicios al municipio.

Al Alcalde y a los Concejales les incumbe responsabilidad civil, ya que así lo determinan los artículos 4º de la Ley N° 18.695 -tratándose de Alcaldes- y el artículo 89 del mismo cuerpo legal refiriéndose a los Concejales.

Por lo común la responsabilidad civil frente a la Administración, respecto de las personas que están obligadas a rendir cuentas a la Contraloría General de la República, y que son las personas que tienen fondos a su cargo y que están autorizadas para girar e invertir fondos, están obligadas a rendir cuentas a la Contraloría General de la República -Ley N° 10.336- y si ésta encontrare irregularidades empieza el juzgamiento de las cuentas formulando los respectivos reparos al cuentadante, teniendo la Contraloría un año para examinar, finiquitar o reparar la cuenta.

El reparo constituirá la demanda y el Juez será el subcontralor. En segunda instancia conocerá un tribunal colegiado compuesto de tres miembros a saber: El Contralor General de la República y dos abogados externos nombrados por el Presidente de la República, a propuesta del Contralor.

Si durante la tramitación del juicio se advirtiere la existencia de hechos delictuosos de los que no tenga conocimiento la Justicia Ordinaria, el Juez de Cuentas ordenará formular la denuncia correspondiente a la Justicia Penal. Al examen y juzgamiento de cuentas pueden estar sujetos también los Alcaldes y Concejales.

Aparte de lo anterior, cuando se instruya un sumario por la propia municipalidad ordenado por Decreto del Alcalde, según lo dispuesto en el art. 127 de la Ley N° 18.883, cuando los hechos investigados y acreditados en el sumario pudieren constituir la perpetración de delitos previstos en las leyes vigentes, el dictámen del Fiscal deberá contener, además, la petición de que se remitan los antecedentes a la Justicia Ordinaria (Procedimiento Código Procesal Penal), todo ello según lo dispone el art. 137 de la Ley N° 18.883.

A su vez no debe olvidarse que en el procedimiento penal puede deducirse la acción civil indemnizatoria de perjuicios.

En resumen, cuando se trate de reparos de cuentas u otros hechos investigados por sumarios en los cuales no exista delito sino que simples reparos o indemnizaciones civiles, estas responsabilidades civiles se harán efectivas enterando en arcas municipales el monto de los reparos o bien pagando directamente a la municipalidad el perjuicio causado y que se haya determinado en el sumario administrativo. La municipalidad estará siempre facultada para deducir ante la Justicia Ordinaria Civil la correspondiente demanda de indemnización de perjuicios.

Cabe recordar que los municipios responden de los daños que ocasionen a particulares conforme a lo dispuesto en el art. 141 de la Ley N° 18.695. En tal caso podrán las Municipalidades “repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Fuera de estos casos, cuando la responsabilidad civil es la resultante de la comisión de un delito deberá accionarse conforme a las normas del Código Procesal Penal. En estos casos pueden existir acuerdos reparatorios (art. 241 y siguientes, Código Procesal Penal).

Cuando hubiere juicio oral, el querellante deberá deducir demanda civil cuando procediere (art. 261 letra d) Código Procesal Penal). En tal caso la sentencia deberá pronunciarse sobre los daños cuya reparación se hubiere reclamado en la demanda civil y su pretensión reparatoria (art. 342 Código Procesal Penal) y expresamente el mencionado cuerpo de leyes expresa que “tanto en el caso de absolución como de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta” (art. 349 Código Procesal Penal).

D.- Otras consideraciones sobre Responsabilidades Funcionarias

Existen diversas normas dispersas que contemplan responsabilidades funcionarias de los empleados municipales. Citaremos meramente a título ejemplar las siguientes:

a) La Ley N° 19.495 en su artículo 1° N° 42, Diario Oficial 8-3-1997 modificatoria de la Ley del Tránsito establece:

“Artículo 196 A. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y las penas accesorias que correspondan al empleado público que abusando de su oficio: a) otorgare indebidamente una licencia de conductor o boleta de citación a un permiso provisorio de conducir o cualquier certificado o documento que permita obtenerlo; b) otorgue falsamente certificados que permitan obtener una licencia de conductor; c) cometiére algunas de las falsedades descritas en el artículo 193 del Código Penal en las inscripciones a que se refieren los artículos 34, 35 y 39 de esta ley, en la certificación de ellas o en el otorgamiento de padrón y d) infrinja las normas que la ley establece para el otorgamiento de placa patente.”

Estas normas generalmente se aplican a delitos cometidos por funcionarios municipales que laboran en las Direcciones del Tránsito o bien en los Juzgados de Policía Local, pero la ley para no limitar la esfera de su acción se refiere a “empleado público”.

b) El Decreto con Fuerza de Ley N° 458 y sus modificaciones que fijó la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone en su artículo 58: “El otorgamiento de patentes que vulneren el uso del suelo establecido en la planificación urbana (se refiere a patentes industriales, comerciales o de servicios) acarreará la caducidad automática de éstas, y será causal de destitución del funcionario o autoridad municipal que la hubiere otorgado”.

c) El artículo 138 del referido D.F.L. 458 sanciona con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo al propietario, loteador o urbanizador que realice cualquier clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia de dominio, tales como ventas, promesas de venta, reserva de sitios, adjudicaciones en lote o constitución de comunidades o sociedades tendientes a la formación de nivel poblaciones contraviniendo las normas que establecen los arts. 134 y siguientes del DFL 458 en cuanto a las obras de urbanizados, calles, instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagüe de aguas servidas y de aguas lluvias, etc.

En este caso, cuando se contraviene la norma anterior las municipalidades, los Intendentes y Gobernadores y los Servicios Regionales o Metropolitanos del sector vivienda estarán obligados a ejercitar las correspondientes acciones penales cuando tengan conocimiento de la Comisión de algunos de los delitos descritos anteriormente.

d) Las Municipalidades intervienen en el procedimiento de autorización de casinos de juegos; según la Ley N° 19.995 (arts. 22 y 23) un 50% de los recursos que se recauden por el título VII se incorporarán al patrimonio de la municipalidad correspondiente a la comuna a que se encuentre ubicado el respectivo casino de juego, para ser aplicado por la autoridad comunal al financiamiento de obras de desarrollo.

En este caso existe un campo de fiscalización de la Contraloría en orden a que se cumpla esta inversión en la forma prevista.

La Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa obliga a efectuar declaración de intereses a los Alcaldes y Concejales (art. 59) y establece en su artículo 64 a título ejemplar ocho casos en que se contraviene especialmente el principio de la probidad administrativa, entre los cuales se encuentra el omitir o eludir el llamado a propuesta pública cuando la ley lo requiere.

Esta ley se aplica también a las municipalidades conforme lo establece el art. 1° de la ya dicha Ley N° 19.653.

V. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS.

1.- Ya hemos visto que los encargados de los gastos menores en cada repartición municipal deben rendir cuenta mensual documentada. El jefe de la respectiva repartición -esto es el Director- puede delegar esta labor en un funcionario subalterno. Todo esto envuelve montos de muy poca importancia.

Mayor relevancia dentro de las Asignaciones Directas la constituyen las que se dedican y tienen por finalidad llevar a cabo programas de Desarrollo Social propuestos por el Alcalde al Concejo Municipal, que le da su aprobación.

El funcionario al que se le ponen a su disposición dichos fondos debe rendir cuenta documentada de la inversión de los fondos y además debe rendir previamente fianza, conforme a las normas generales.

De este modo, los municipios a través de sus Departamentos de Desarrollo Comunitario realizan una activa labor social.

2.- Viáticos.

Tal como se ha dicho no están afectos a rendición de cuentas.

Cuando a un funcionario municipal se le envía en Comisión de Servicios, sea dentro del país o al extranjero, la Municipalidad paga directamente los pasajes y la estadía en Hotel, y al funcionario -que en su caso puede ser también el Alcalde y los Concejales- se le asigna el viático que establecen las instrucciones dadas por el Ministerio de Hacienda en su Manual de Instrucciones para la Administración Financiera.

Es del caso señalar que cuando el Alcalde y los Concejales se ausenten del territorio nacional deben ser expresamente autorizados por el Concejo Municipal -art. 79 Ley N° 18.695-, lo que fijará el cometido del Alcalde y los Concejales. También requerirán de esta autorización cuando se ausenten por más de diez días del territorio comunal. Un informe de dichos cometidos y su costo se incluirá en el acta del concejo.

3.- Auditorías externas.

El concejo, por la mayoría de sus miembros, podrá disponer la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado de

situación financiera del municipio. Esta facultad podrá ejercerse sólo una vez al año en los municipios cuyos ingresos anuales superen las 6.250 unidades tributarias anuales y cada dos años en las restantes (art. 80 Ley N° 18.695).

El concejo sólo podrá aprobar presupuestos debidamente financiados, correspondiéndole al jefe de la unidad encargada del control o al funcionario que cumpla esa tarea, la obligación de representar a aquel los déficit que advierta en el presupuesto municipal. Para estos efectos el concejo deberá examinar trimestralmente el programa de ingresos y gastos, introduciendo las modificaciones correctivas a que hubiere lugar, a proposición del Alcalde.

Si el concejo desatendiere la representación formulada y no introdujere las rectificaciones pertinentes, el Alcalde que no propusiere las modificaciones correspondientes a los concejales que las rechacen, serán solidariamente responsable de la parte deficitaria que arroje la ejecución presupuestaria anual al 31 de diciembre del año respectivo. Habrá acción pública para reclamar el cumplimiento de esta responsabilidad (art. 81 Ley N° 18.695).

4.- Adquisición de Suministros.

Las Municipalidades tenían antes sus propios Departamentos de Adquisiciones de acuerdo a Reglamentos Internos.

En la actualidad esta situación ha variado y se les aplica la Ley N° 19.886 (D.O. 30 de julio de 2003) que se refiere tanto a los contratos, a título oneroso para el suministro de bienes muebles, como para los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Entre esos contratos se comprenden por ejemplo la adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión de derechos de estos últimos. La adquisición de programas de computación a medida se considerará contrato de servicios, e igual lo serán los relativos a la mantención de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contraten conjuntamente con la adquisición o arrendamiento.

Antes existía además la Dirección de Aprovisionamiento del Estado -DAE-, Institución que fue reemplazada por "CHILE COMPRA" y que puede ser usada y es frecuentemente utilizada por los municipios para muchas especies de suministros, impresos, formularios, vestuarios, equipos, etc., ya que permite en un economía de escala, conseguir mejores precios.

5.- Contratación de personal.

Se rige por el Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales. Ley N° 18.883.

6.- Contratos a Honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se intenten.

No se rigen por la Ley N° 19.886 y se celebrarán previo Decreto Alcaldicio, con acuerdo del Concejo Municipal, celebrándose el contrato en que se indique el cometido y plazo de duración y la unidad fiscalizadora.

7.- Procedimientos de contratación.

Tanto la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades Ley N° 18.695, en el artículo 8°, 32 y siguientes y 65 establecen diversas disposiciones sobre contratación, que coinciden con los procedimientos de contratación que establece la Ley N° 19.886 en su capítulo III.

Es así que para el cumplimiento de sus fines los municipios pueden celebrar contratos y otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales (art. 8° Ley N° 18.695), p. ej. recolección y disposición de basuras o mantención de jardines.

La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones se hará previa licitación pública en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de 200 Unidades Tributarias Mensuales, o tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a 100 Unidades Tributarias Mensuales. Si se tratare de montos inferiores se llamará a propuestas privadas. Igual procedimiento se aplicará cuando, no obstante que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de los montos indicados, concurran imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio.

Si no se presentaren interesados o si el monto de los contratos no excediere de 100 unidades tributarias mensuales, se podrá proceder mediante contratación directa. De todo ello el Alcalde deberá informar al concejo en la primera sesión ordinaria (art. 8° Ley N° 18.695).

Es así que de este modo se coincide con la Ley N° 19.886 que en su art. 5° contempla: 1.- Licitación pública; 2.- Licitación privada; 3.- Contratación directa.

8.- En el llamado a propuesta pública o licitación pública deben elaborar bases:

8.1 El Alcalde designa a una comisión técnica que elabore las bases de licitación en sus partes generales y especiales.

8.2 Posteriormente debe avisarse por los periódicos el llamado a licitación o propuesta pública para que los interesados retiren las bases, indicándose el día, lugar y hora en que se efectuará la licitación o propuesta pública, la garantía de seriedad, etc.

8.3 El día de la propuesta o licitación una comisión llevará a cabo el procedimiento, y elevará la proposición al Alcalde que adjudicará la licitación o propuesta, previo acuerdo del concejo.

8.4 Posteriormente se suscribirá un contrato.

El artículo 63 de la Ley N° 18.695 autoriza expresamente al Alcalde para celebrar este tipo de contratos y el artículo 65 indica que se requerirá el acuerdo del concejo para diversas actuaciones, entre ellas para otorgar con-

cesiones renovables, ponerles término u omitir el trámite de la propuesta pública en casos calificados.

9.- Transacciones judiciales y extrajudiciales.

El Alcalde requerirá el acuerdo del Concejo Municipal para celebrar transacciones judiciales y extrajudiciales. No hay que olvidarse que la Contraloría General de la República no puede inmiscuirse en asuntos contenciosos por naturaleza o que estén sometidos a los tribunales de justicia, por prohibírsele su ley orgánica.

10.- Cauciones.

Las personas que contraigan obligaciones contractuales con la Municipalidad por una suma no inferior a dos Unidades Tributarias Mensuales deberán rendir caución (art. 38 Ley N° 18.695).

11.- Enajenación, gravámenes o arrendamiento de bienes inmuebles municipales en caso de necesidad o utilidad manifiesta

El procedimiento para la enajenación será el de remate o licitación pública. El valor mínimo para el remate o licitación será el avalúo fiscal, el cual sólo podrá ser rebajado con acuerdo del concejo (art. 34 Ley N° 18.695).

Requerirá además el acuerdo del concejo, a iniciativa municipal la adquisición, enajenación, gravamen o arrendamiento por un plazo superior a cuatro años o traspasar a cualquier título, el dominio o mera tenencia de bienes inmuebles o donar bienes muebles (art. 65 Ley N° 18.695).

12.- Disposición de bienes muebles dados de baja.

Se efectuará mediante remate público (art. 34 Ley N° 18.695). En caso calificado pueden ser donados a instituciones públicas o privadas de la comuna que no persigan fines de lucro (art. 34 y 65 Ley N° 18.695).

13.- Inembargabilidad de Bienes Municipales.

Los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente serán inembargables (art. 32 Ley N° 18.695).

14.- Ejecución de una sentencia que condene a un Municipio.

La ejecución de toda sentencia que condene a una municipalidad se efectuará mediante la dictación de un decreto alcaldicio.

Con todo, tratándose de resoluciones recaídas en juicios que ordenen el pago de deudas por parte de una municipalidad o Corporación municipal (p. ej. deudas por cotizaciones provisionales) y correspondiere aplicar la medida de arresto prevista en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ésta sólo procederá respecto del Alcalde en cuyo ejercicio se hubiere contraído la deuda que dio origen al juicio (art. 32 Ley N° 18.695).

15.- Concesión de subsuelo en bienes nacionales de uso público o municipales.

Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad podrán ser objeto de concesiones y permisos (art. 36 Ley N° 18.695).

Las concesiones para construir y explotar el subsuelo se otorgarán previa licitación pública con acuerdo del Concejo. Esto se ha usado en las comunas de Santiago, Providencia, Las Condes, etc. para estacionamientos subterráneos. Se rige por el procedimiento establecido en el art. 37 de la Ley N° 18.695.

16.- Actividades Empresariales.

Las Municipalidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una Ley de quórum calificado las autoriza (art. 11 Ley N° 18.695 en concordancia con las normas de la Constitución Política).

17.- Las Corporaciones y Fundaciones Municipales.

Una o más municipalidades podrán constituir o participar en corporaciones o fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro.

La creación o participación en estas entidades debe ser aprobada por el concejo.

Naturaleza Jurídica: se constituyen y rigen por las normas del título 33 del Libro I del Código Civil. Están también sometidas al Reglamento de personas jurídicas del Ministerio de Justicia. Son corporaciones de Derecho Privado sin fines de lucro.

Los cargos de directores de las corporaciones y fundaciones que constituyan las municipalidades no darán lugar a ninguna remuneración por su desempeño (art. 127 Ley N° 18.695).

Estas Corporaciones reciben financiamiento municipal y las subvenciones y aportes que les otorgaren las municipalidades deberán ser aprobadas por el concejo municipal a iniciativa del Alcalde (art. 65 Ley N° 18.695) y ser contempladas en el presupuesto municipal.

Los municipios han creado este tipo de corporaciones no sólo para fines culturales, p. ej. corporación cultural del Teatro Municipal, sino que además para llevar a cabo las actividades que antes eran realizadas por la Administración Central, y que le fueron traspasadas^{70 71}, entre ellos la Educación a la que se refiere como la educación municipalizada y que se rigen por un Estatuto especial⁷² y no por el Estatuto de los Empleados Municipales, Ley N° 18.883, el que no le es aplicable.

70 DFL N° 1 3063 de 1980 Ministerio del Interior Reglamento aplicación del inciso 2° del año 38 del DL 3063 sobre Servicios Traspasados.

71 Ley 18.096 transfiere a las municipalidades ministerios que indica.

72 Decreto Supremo 453 Educación Reglamento Ley 19.070. Estatuto de los Profesores de la Educación y Decreto Supremo n° 264 y 324 y 427 de Educación y DFL N° 2 de Educación fija el texto definitivo del DFL 5 de 1992 sobre subvención del Estado.

Igual cosa ocurre con corporaciones para el Desarrollo Social, etc.

No debe olvidarse que a la unidad encargada del control en cada municipalidad le corresponde fiscalizar el uso de las subvenciones y el cumplimiento de los pagos por concepto previsionales de estos trabajadores incorporados a la gestión municipal, que a falta de un Estatuto Especial -Estatuto Docente- se rigen por las normas del Código del Trabajo (art. 132 Ley N° 18.695).

De acuerdo con las normas de la Ley Orgánica de la Contraloría, ella puede fiscalizar el empleo de los fondos estatales y municipales que se aporten a estas corporaciones o fundaciones, lo que además se expresa en el art. 51 de la Ley N° 18.695 y art. 134 del mismo cuerpo legal.

Las corporaciones y fundaciones de participación municipal deberán rendir semestralmente cuenta documentada a las municipalidades respectivas acerca de sus actividades y el uso de sus recursos. Lo anterior será sin perjuicio de la fiscalización que pueda ejercer el concejo respecto del uso de los aportes o subvenciones municipales (art. 131 Ley N° 18.695).

18.- Las municipalidades pueden asociarse entre sí, coordinarse con servicios públicos y realizar compromisos con corporaciones para realizar acciones dentro de un territorio comunal. Al efectuar estas asignaciones directas pueden configurarse triangulaciones e irregularidades (art. 10 Ley N° 18.695, en relación art. 1° de dicha ley y artículo 5° letra g) de la misma ley) como por ejemplo se investiga en algunos convenios con entidades estatales (Chiledeportes).

VI. REFLEXIONES FINALES.

Como puede advertirse del presente estudio, los municipios, pese a su autonomía, se encuentran reglados en el ejercicio de sus facultades y atribuciones por una completa normativa, contenida en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley N° 18.695; por la Ley de Rentas Municipales, Ley N° 3063; por la Ley General de Urbanismo y Construcciones DFL 458; por el Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales, Ley N° 18.883; por la Ley General de Tránsito, Ley N° 18.290 y sus modificaciones, por las leyes N°s 20.046-20.072-20.078 y 20.068; por la Ley de Organización y atribuciones de los Juzgados de Policía Local; Ley de Protección al Consumidor, Ley de Casinos Ley N° 19.995; Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; Ley de Juntas de Vecinos; Ley de Bases del Medio Ambiente; Ley N° 19.300 y además de muchas otras normas que forman lo que se denomina el Derecho Municipal, por normas y preceptos generales para todo el sector público, como son la Ley N° 20.088 sobre Bases Generales de la Administración del Estado; Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa; Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, Ley N° 19.885 sobre Bases de contratos de suministros y prestación de servicios.

En materia de administración financiera están sometidos los municipios a las normas sobre administración financiera del Estado, que se rige por una completa y exhaustiva normativa elaborada por el Ministerio de Hacienda. Sin

embargo, a través de convenios con otras entidades públicas o corporaciones, pueden otorgar asignaciones directas sujetas a rendición de cuentas.

Además, en materia de percepción de ingresos e inversión de recursos los municipios están sometidos a la Contraloría General de la República, en cuanto al examen de las rendiciones de cuentas y manejo de los fondos.

Por último, a los funcionarios municipales se les aplican las normas contempladas en el Código Penal, en lo referente a los delitos cometidos por los empleados públicos con ocasión del ejercicio de sus cargos.

Finalmente la Justicia Electoral puede remover a Alcaldes y Concejales.

De todo lo anterior podría concluirse que existe todo un entramado legal y reglamentario que norma debidamente el funcionamiento de los más de 300 municipios que existen en el país, cumpliéndose así con los principios de juridicidad que establece nuestra Carta Fundamental en sus arts. 6 y 7.

Si es así ¿Cómo se explica que sigan cometiéndose irregularidades y delitos en el quehacer municipal, que desembocan en remociones de Alcaldes, juicios de cuentas, procesos penales, destituciones de funcionarios y condenas?

Una primera explicación referente a la errada inversión municipal en comunas pequeñas faltas de asesoramiento, podría consistir en la escasa preparación y formación administrativa del personal municipal, de los Alcaldes y de sus Concejales, ya que no se cumplen adecuadamente los principios de capacitación del personal municipal que establece los cursos de capacitación (art. 38 Ley N° 18.695), lo cual podría explicar muchos errores e irregularidades por la ignorancia de la frondosa legislación municipal.

Sin embargo muchos delitos funcionarios son cometidos en municipalidades medianas y grandes, ¿Qué es lo que falla en estos casos? Normalmente lo que falla es la probidad, las normas se cumplen, pero sólo aparentemente. Ha sucedido que se han encargado obras a contratistas, que no han sido debidamente recepcionadas o bien en el peor de los casos, se han encargado obras que ya estaban ejecutadas. Todo aparentemente está bien, pero lo que está mal es la falta de fiscalización y control para detectar la irregularidad, que viene a convertirse en fraude al municipio.

Cosas parecidas pueden suceder en las numerosas Corporaciones que manejan los municipios, en que si bien dan cuenta semestralmente de sus movimientos de fondos a los entes edilicios, no existe un seguimiento y una auditoria permanente.

Tratándose de asignaciones directas pueden existir pagos por trabajos no realizados o efectuados parcialmente. Además en los convenios con otras corporaciones, p. ej. Chiledeportes, se pueden efectuar asignaciones directas que facilitan la triangulación.

Como puede advertirse, la legislación puede ser muy perfecta, pero lo más importante es la fiscalización, control y seguimiento mientras se está efectuando un servicio o una obra. Una vez que se ha terminado la obra o puesto fin al

servicio ya el daño patrimonial se ha producido y es muy difícil recuperar los fondos municipales perdidos.

Otra recomendación es que los órganos de control interno de las municipalidades -que no son de la confianza del Alcalde- cumplan realmente su cometido y que el concejo municipal cumpla en serio su papel y rol de fiscalizador de las actuaciones del Alcalde.

En fin, que se cumplan y hagan cumplir las normas básicas sobre probidad administrativa y que empiece eso por las jefaturas superiores, para dar ejemplo a sus subalternos.

También se observa que en la modificación de los Planes Reguladores Comunales, pese a todas las prescripciones que establece la Ley General de Urbanismo y Construcciones sobre divulgación al vecindario, no se cumplen debidamente sus prescripciones y aún más, en materias sometidas a las direcciones de Obras Municipales, las empresas constructoras a veces emplean la política de hechos consumados en la creencia de que habiendo construido un edificio en forma irregular, nadie osará demolerlo. Aquí meramente falla la fiscalización desde que se inicia la obra, para que realmente se ajuste al permiso de construcción.

En suma, aparte del ejercicio de la virtud de la moral, las autoridades deben tener un criterio realista en cuanto más vale prevenir que curar. Esto es impedir desde el inicio la acción irregular, fraudulenta y delictual, ejercitando con eficiencia y oportunamente los controles en el quehacer municipal.

COMENTARIO A SENTENCIAS DE DESAFUERO DE LA H. DIPUTADA LAURA SOTO GONZÁLEZ.

Hernán Fernández Aracena⁷³

Comentario:

La Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso por sentencia de 15 de Noviembre de 2007 dio lugar a la formación de causa en contra de la H. Diputada Laura Soto González por su participación en calidad de autor en los hechos investigados por el Ministerio Público y que dicen relación con el desvío de fondos de los Programas de Generación de Empleos de la V Región al financiamiento de los brigadistas de su campaña política. La Excma. Corte Suprema confirmó esta resolución en fallo unánime de 14 de enero de 2008.

El fuero constitucional es una institución procesal que tiene el carácter de un antejuicio y que nació con el objetivo de proteger la función parlamentaria⁷⁴ evitando las investigaciones basadas en denuncias temerarias o carentes de fundamento, que pudieren impedir el normal funcionamiento de la Cámara a la que perteneciere el aforado. Actualmente se encuentra establecido en el artículo 62 de la Carta Fundamental⁷⁵. Su regulación en el Código Procesal Penal está en el título IV del libro IV, en los artículos 416 a 422, normativa que como bien reconoce la Corte Suprema ciertamente no alteró *“la naturaleza jurídica del desafuero, como especie de pre-proceso”*.

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico constitucional requiere de un pronunciamiento previo de la Corte de Apelaciones competente, a fin que autoricen dar lugar a la formación de causa en contra del Diputado o Senador imputado de participar en un delito determinado, con la sola finalidad de verificar la seriedad de los antecedentes reunidos por el Ministerio Público en contra del parlamentario.

Lo anterior lleva a discutir el tema del estándar necesario para que nuestros

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

Realizó el alegato ante la Excma. Corte Suprema del desafuero en comentario.

74 Decimos que este instituto procesal “nació” con el objetivo que se señala, pues luego se ha ampliado el fuero a los Ex Presidentes de la República y teniendo presente que el mismo beneficio procesal lo tienen Intendentes y Gobernadores, según lo establecido en los artículos 30 y 124 de la Carta Fundamental respectivamente.

75 El artículo 62 de la Constitución Política de la República establece que “Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”.

Tribunales Superiores de Justicia puedan acceder al desafuero de un parlamentario, materia de la cual se hacen cargo en forma muy importante las sentencias en comento.

En el considerando Quinto de la sentencia de la Corte de Alzada de Valparaíso se apunta a acotar la actuación del Tribunal que conoce del desafuero, pues éste debe *“pronunciarse, únicamente, acerca de si autoriza o no la formación de causa en contra del parlamentario”*, no debiendo extender su decisión *“a la existencia cabal del delito, su naturaleza, penalidad, eventual responsabilidad, como autor o cómplice, u otros elementos o caracteres de aquél, por cuanto éstos son aspectos de conocimiento del tribunal al cual le corresponda intervenir en caso que se conceda el desafuero”*.

En el mismo sentido anterior, la Excm. Corte Suprema remarca en el considerando 4° de su sentencia, que el concepto de “formación de causa” es equivalente *“a la apertura, al inicio de un proceso penal en contra del parlamentario que aparece vinculado, según los indicios reunidos, como presumible sujeto activo a un hecho punible”*, de forma que su resolución no debe extenderse *“a los particulares -y generalmente múltiples y variados- elementos penal-sustantivos de carácter valorativo, objetivos y subjetivos, que van más allá de aquello en que el hecho indagado y atribuido consiste esencialmente”*, pues todo aquello es de *“incumbencia del tribunal que sustanciará el procedimiento penal respectivo, una vez concedido el desafuero”*.

Los fallos que se comentan no hacen sino reconocer y mantener el estándar fijado con anterioridad por nuestros Tribunales Superiores de Justicia en reiteradas sentencias.

En ese sentido destaca la decisión que señala: *“el trámite de desafuero tiene por objetivo, exclusivamente, proteger a los parlamentarios contra infundadas acciones judiciales penales que pudieran intentarse en su contra, permitiéndoles así el mejor cumplimiento de su mandato”*⁷⁶. En similares términos se dictaminó que: *“Si la Constitución Política del Estado ha creado el fuero parlamentario, no ha sido para establecer la impunidad de los congresales frente a un hecho delictuoso, sino únicamente como una exigencia o formalidad previa para proceder en su contra, la que se cumple mediante la resolución del competente Tribunal que declara haber lugar a la formación de causa”*⁷⁷.

También se ha fallado en el sentido que el tribunal que conoce de la solicitud de desafuero debe restringirse sólo a un *“juicio de tipicidad que formula en abstracto, verificando si el hecho denunciado queda o no contemplado en alguna de las figuras típicas que establece el Código Penal. Es a esta simple tipicidad a la que se condiciona la declaración de desafuero y la consiguiente apertura o continuación del correspon-*

76 Fallo de la Excm. Corte Suprema de 26 de enero de 1999, publicado en Gaceta Jurídica N° 223.

77 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de abril de 1949. Gaceta de los Tribunales, Santiago, Año 1949, 1er. Semestre, 1950, pp. 295-298. Desafuero del Diputado don Alberto del Pedregal Artigas.

diente proceso penal respecto del imputado a quien se pretende desaforar".⁷⁸

De modo que la posibilidad que resulta de este antejuicio especial de desaforar a un parlamentario importa *"otra forma de desarrollar la garantía fundamental de la igualdad ante la ley y, por lo mismo, su correcta decisión también implica alcanzar una condición del debido proceso criminal, toda vez que la cuestión dice relación con el derecho a la acción de los ofendidos o, dicho de otro modo, con armonizar la necesidad de proteger la función parlamentaria con el derecho a la acción. Es así como habiéndose establecido dicho impedimento procesal únicamente con esa finalidad no puede menos de entenderse que procede acceder al desafuero siempre que se constate, mediante el examen de la causal legal, que la solicitud no pretende alterar el trabajo parlamentario porque cualquier otra consideración conduciría a desconocer el derecho a perseguir responsabilidades penales y a establecer un privilegio personal contrario al derecho y a la justicia"*.⁷⁹

En la doctrina chilena en relación a la regulación del Código Procesal Penal, se ha sostenido similar parecer, al señalarse que el fuero parlamentario tiene al menos dos propósitos: por una parte, evitar que se arrastre a *"cualquier sujeto aforado a los tribunales en forma temeraria, con el descrédito que ello trae consigo, y, por la otra, impedir que la persecución penal en contra de alguna de estas personas pueda alterar el normal desarrollo institucional de la Corporación que aquellos integren, amagando, obstaculizando o impidiendo el ejercicio de la función pública"*.⁸⁰

Por otra parte, es igualmente interesante en la sentencia de la Corte Suprema en comento, el voto de prevención del Ministro Sr. Sergio Muñoz, quien realiza un examen histórico de la regulación del fuero constitucional centrandó su análisis en el estándar necesario para acceder al desafuero, destacando en primer lugar que en el seno de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución se rechazó la idea de consignar expresamente que para efectos de hacer lugar a la formación de causa se debía recurrir a los requisitos para someter a proceso a una persona; esto es, las "presunciones fundadas de la existencia del hecho punible y de la participación del parlamentario", manteniendo la terminología existente, la que estaba contemplada en esa época en el antiguo Código de Procedimiento Penal (en su artículo 612 en relación al artículo 255 N°1)⁸¹, el

78 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 25 de octubre de 2005, acoge desafuero de Augusto Pinochet U., Rol N° 3.988-2005.

79 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 12 de agosto de 2004 que rechaza desafuero de Evelyn Matthei F., Rol N° 3.097-04.

80 Emilio Pffefer Urquiaga en "el Desafuero en el marco del nuevo Código Procesal Penal", Gaceta Jurídica N°271, página 7 y siguientes, Editorial Lexis Nexis, año 2005.

81 El artículo 612 del Código de Procedimiento Penal dispone "Art. 612. Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra una persona con el fuero del artículo 58 de la Constitución datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa. Si viendo el proceso por cualquier otro motivo, el tribunal de alzada halla mérito, hará igual declaración".

que requería sólo de la concurrencia de “sospechas fundadas” en tal sentido.

Para el Ministro Muñoz el carácter fundado de las sospechas *“proviene de la evaluación individual y comparativa de los datos, antecedentes o informaciones, que permitan acreditar suficientemente la pertinencia de la investigación de la conducta del imputado en los hechos pesquisados en el proceso”*.

Respecto al actual estándar probatorio, sostiene el voto de prevención que el artículo 416 del Código Procesal Penal distingue dos oportunidades procesales para solicitar el desafuero: el cierre de la investigación, o al solicitar medidas cautelares. De tratarse de una solicitud efectuada al cierre de la investigación el Ministro sostiene que se debe atender a *“lo acordado por el redactor de la norma constitucional que hizo referencia a los requisitos de la detención, que en ese momento eran fundadas sospechas”*. Misma situación respecto de la solicitud de detención del imputado y de las medidas cautelares personales que no sean la prisión preventiva.

En cambio, si el desafuero se solicita para pedir prisión preventiva, estima el previniente que correspondería exigir la concurrencia de *“presunciones fundadas”* aludidas en el artículo 140 del Código Procesal Penal, por ser éste *“un estándar de mayor garantía”* que incluso prefiere al *“señalado por la Constitución de sospechas fundadas”*, estándar que en el caso concreto dio por acreditado.

En resumen, en el análisis de nuestra jurisprudencia y doctrina, ha quedado claro que el objetivo de este instituto procesal no es el conceder un margen de impunidad a las actuaciones de los sujetos beneficiarios del fuero, ni trata de hacerlos irresponsables por sus actos, ni menos liberarlos del cumplimiento de las leyes, sino que tan sólo persigue librarlos de una investigación arbitraria o sin fundamentos que sólo buscare impedir o limitar el ejercicio del mandato representativo para el que fueron elegidos por los votantes.

En cambio, como sucede en el caso en comento, y dado que los antecedentes de la investigación revisten un grado tal de “seriedad, gravedad y contundencia”⁸², la consecuencia necesaria para la solicitud del Ministerio Público ha sido la de acceder a la formación de causa solicitada.

En todo caso, la contundencia de la mayoría alcanzada en el Máximo Tribunal del país permite sostener que, en la medida que el desafuero sólo permite la apertura de una investigación, en la que el Tribunal debe analizar la seriedad de

Por su parte, el artículo 255 N°1 del mismo Código dispone “Art. 255. El juez que instruye un sumario podrá decretar la detención:

1° Cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordene;”.

82 En ese sentido Considerando 10° del Fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso comentado.

los antecedentes fundantes de las imputaciones, estimamos que, en adelante, se permitirá levantar el fuero constitucional ante la mera presencia de “fundadas sospechas” de la existencia del hecho punible y de la participación del aforado contra quien se pida alzar este privilegio procesal.

Sentencias:

SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Santiago, catorce de enero de dos mil ocho.

Vistos y teniendo, además, presente:

PRIMERO: Que como lo señala el motivo Cuarto del fallo en alzada, este Tribunal ha precisado, a través de varios pronunciamientos de muy similar tenor, la naturaleza jurídica y objetivo del antejuicio denominado comúnmente “desafuero”, tarea que ha realizado, fundamentalmente, en relación al artículo 611 del Código de Enjuiciamiento Criminal;

SEGUNDO: Que al pasar a regirse la materia por las disposiciones del Título IV del Libro IV del Código Procesal Penal, la Corte estableció que ciertamente no se alteró la naturaleza jurídica del desafuero, como especie de pre-proceso, ya que bajo esta normativa siempre ha de recurrirse a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a la formación de causa en contra del parlamentario afectado, de conformidad al artículo 416 de dicho cuerpo legal.

(SCS, 07.06.2006, Rol Nro.2321-2006; SCS, 27.09.2006, Rol 3337-2006);

TERCERO: Que como han puntualizado la doctrina y jurisprudencia constitucionales, el artículo 416 del Código Procesal Penal es justamente la norma que le asegura en dicho cuerpo de leyes la garantía del fuero al parlamentario;

CUARTO: Que la “formación de causa” es equivalente a la apertura, al inicio de un proceso penal en contra del parlamentario que aparece vinculado, según los indicios reunidos, como presumible sujeto activo a un hecho punible; esto es lo único que la Corte de Apelaciones respectiva debe autorizar o denegar sobre la base del mérito de los antecedentes, sin extender su resolución a los particulares - y generalmente múltiples y variados - elementos penal-sustantivos de carácter valorativo, objetivos y subjetivos, que van más allá de aquello en que el hecho indagado y atribuido consiste esencialmente, y que, como se ha razonado en las sentencias citadas, son de incumbencia del tribunal que sustanciará el procedimiento penal respectivo, una vez concedido el desafuero.

QUINTO: Que es útil recordar que la privación de la prerrogativa o privilegio de un Senador o Diputado,

a través de la sentencia que señala el artículo 61 de la Constitución Política de la República, no puede ser jamás interpretada como un juzgamiento del parlamentario de que se trata ni como el establecimiento de su responsabilidad criminal, ya que ésta sólo puede serlo en la sentencia fundada con que culmine un proceso legalmente tramitado, y no en un antejuicio, en un procedimiento que habilita únicamente para abrir, esto es, para iniciar o poner en movimiento una causa penal respecto de determinado sujeto.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 418 del Código Procesal Penal, **se confirma** la sentencia de quince de noviembre del año pasado, escrita a fojas 143 y siguientes.

Se previene que el Ministro señor Muñoz estuvo por eliminar los motivos quinto y noveno del fallo de primera instancia, y no comparte los fundamentos expresados en esta sentencia y para concurrir a la confirmatoria tiene presente:

1°.- Que la institución del fuero constitucional se estableció en la Carta Fundamental para resguardar la función de los senadores y diputados, quienes podrían, por el hecho de desempeñar tales cargos, ser objeto de denuncias o querellas infundadas que obstaculizaran el ejercicio de sus funciones. Este privilegio procesal fue extendido a los Ex Presidentes de la República con el mismo fin, pasando a denominarse fuero constitucional.

Para delimitar los alcances de esta institución corresponde tener presente los siguientes preceptos:

a) El artículo 45 de la Constitución

de 1822 señalaba “En ningún caso, ni por autoridad alguna se reconvenirá a los Diputados por sus opiniones: no podrá demandarse por deudas, mientras duren las sesiones, y si diere mérito para alguna causa criminal, serán jueces cinco abogados sorteados de veinte, que nombrará la misma Cámara de Diputados”

b) El artículo 39 de la Constitución de 1823 dispuso en su número 26 que corresponde al Senado decidir “En las acusaciones y causas criminales juzga a los Senadores la Suprema Corte de Justicia, declarando previamente la Cámara Nacional haber lugar a la formación de causa por consulta del Senado”

c) El artículo 44 de la Constitución de 1828 normó que “Ningún Diputado o Senador podrá ser acusado criminalmente desde el día de su elección, sino ante su respectiva Cámara, o la Comisión Permanente, si aquella estuviere en receso. Si el voto de las dos terceras partes de ella declarase haber lugar a la formación de causa, quedará el acusado suspenso de sus funciones legislativas, y sujeto al tribunal competente”

d) El artículo 16 de la Constitución de 1833 estipuló que “Ningún Diputado o Senador será acusado desde el día de su elección, sino ante la respectiva Cámara, o ante la Comisión Conservadora, si aquélla estuviere en receso. Si se declara haber lugar a la formación de causa, queda el acusado suspendido de sus funciones legislativas y sujeto al juez competente”

e) El artículo 33 de la Constitución de 1925 ordenó que “Ningún Diputado o Senador, desde el día de su elección, puede ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito

flagrante, si la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, en Tribunal Pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa. De esta resolución podrá recurrirse ante la Corte Suprema”

f) El inciso segundo del artículo 61 (original artículo 58) de la Constitución Política de la República, de 1980 dispone que “Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”

g) Los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 30 de Carta Fundamental en actual vigencia, reformado por la Ley 19.672, publicada en el Diario Oficial de 28 de abril de 2000, señalan que “El que haya desempeñado este cargo (de Presidente de la República) por el período completo, asumirá, inmediatamente y de pleno derecho, la dignidad oficial de Ex Presidente de la República.

En virtud de esta calidad, le serán aplicables las disposiciones de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 y el artículo 59.

Quien actualmente o en el futuro se desempeñe como senador vitalicio, podrá renunciar a dicho cargo, en cuyo caso mantendrá la dignidad de Ex Presidente de la República”.

2°.- Que de la relación de disposiciones legales transcritas, de la historia

fidedigna de su establecimiento, de la jurisprudencia política de las Comisiones del Congreso y judicial de los tribunales resulta conveniente resaltar los siguientes aspectos:

a) El Constituyente ha empleado variada terminología para referirse a los actos por los cuales podría verse afectado el parlamentario, todos los cuales han tenido diversa significación.

b) Durante la vigencia de la Constitución de 1925 se entendió por acusar el “exponer definitivamente en juicio los cargos contra el acusado y las pruebas de los mismos”, se dijo que perseguir era “proceder judicialmente contra uno” y arrestar es sinónimo de “detener”, “aprehender” o “apresar”.

c) Con el objeto de poder advertir la delimitación de las medidas cautelares que deben contar con la declaración previa de desafuero de los parlamentarios, resulta pertinente traer a colación el informe de fecha 2 de septiembre de 1955, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, “recaído en consulta de la Sala durante la discusión de un proyecto que daba facultades extraordinarias al Ejecutivo, para aclarar si los parlamentarios quedan amparados por el fuero frente a las facultades dadas al Presidente de la república de someter a las personas a la vigilancia de la autoridad y de hacer practicar investigaciones con allanamiento, se dijo que el fuero es “una garantía personal, inherente al cargo de congresal y que sólo asegura al parlamentario su libertad, pero que no comprende la inviolabilidad de su domicilio, ni impide, en los casos en que legalmente procede, su allanamiento o el someterlo a la vigilancia de la autoridad”. De otro modo,

sostenía el informe citado, “se habría establecido una especie de asilo, que jamás el constituyente ha pretendido establecer”.

d) El autor Rolando Acuña Ramos tiene un parecer contrario al dictamen citado, obra que se transcribe en el informe de la Secretaría de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en la sesión 291, celebrada el martes 10 de mayo de 1977, páginas 1103 a 1105. En el señalado informe se cita la opinión de tratadistas, como don Alejandro Silva Bascuñan, que al respecto señala: “Acusar, perseguir y arrestar no están definidos por el texto positivo, por lo que procede estarse al sentido natural y obvio que a dichas palabras da el uso natural. Acusar es “exponer definitivamente en juicio los cargos contra el acusado y las pruebas de los mismos”. Perseguir es “proceder judicialmente contra uno. Por extensión se aplica a las faltas y delitos. Perseguir las infracciones”. Arrestar es “detener, poner preso”. También se cita a Alfonso Serrano, quien expresa que “Acusar es, entonces, imputar a uno algún delito, y perseguir significa seguir o molestar, entendiéndose que en ambos casos la acusación i persecución debe intentarse a través de un tribunal de justicia. Arrestar es sinónimo de detener o poner preso.

e) Sobre la base de estas ideas, entre otras, se inicia el debate interviniendo el señor Jaime Guzmán Errazuriz, quien propone “usar en forma específica y precisa, en primer lugar, solamente los términos “procesado” y “privado de libertad”, y señalar como interpretación o como elemento de juicio de esta solución el hecho de que al modo de ver de la Comisión

el fuero que se está consagrando persigue únicamente impedir que el magistrado sea sometido a proceso o privado de libertad; es decir, que sean impedidos de ejercer sus funciones en forma normal (página 1111). En la sesión 293, de martes 17 de mayo de 1977. En el mismo sentido el señor Ovalle agrega que la expresión “privación de libertad” y la palabra “procesamiento” son perfectamente claras y precisas, y en eso están todos de acuerdo”. “Por eso considera mucho más preciso referirse a la privación de libertad y a la encargatoria de reo. Porque lo de perseguido, además de ser una idea equivocada, poco clara, no serían consecuente con el establecimiento de estas otras dos situaciones tan perfectamente definidas y concretas, como son las que ha citado”. “El fuero es un privilegio que protege a las personas para no ser detenidas o procesadas sin que medie autorización de un tribunal superior a aquel que debe juzgarlas. Eso es el fuero.” (página 1121).

f) Así resulta palmario que al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, en las sesiones 291 y 293, celebrada los días martes 10 y 17 de mayo de 1977, al discutir sobre la inteligencia y amplitud de las expresiones que “ningún parlamentario podría ser acusado, perseguido o arrestado”, coincidieron sus miembros que comprendía el hecho de no poder ser sometido a proceso o privado de libertad, por cubrirle el privilegio de naturaleza procesal que es el fuero, a lo cual adecuaron la disposición, dejando constancia que éste no se extiende a otras diligencias, como incluso el allanamiento del hogar o domicilio del aforado. Por otra parte

se desechó la moción de consignar expresamente que para efectos hacer lugar a la formación de causa debían concurrir los requisitos para someter a proceso, esto es presunciones fundadas de la existencia del hecho punible y de la participación del parlamentario, manteniendo la terminología existente, con lo cual se requiere sólo la concurrencia de sospechas fundadas en tal sentido. De lo expuesto se sigue que el desafuero posibilita que durante el proceso criminal se pueda privar de libertad al parlamentario imputado y resolver a continuación, en una decisión en que se deben evaluar sus fundamentos, si es posible hacer efectiva la responsabilidad del aforado sometiéndole a proceso, siempre que se reúnan los requisitos que la ley establece para ello.

g) Durante la tramitación de la Ley 19.672, sobre reforma al artículo 30 de la Constitución Política, se dejó establecido que “no ha habido jamás en el ánimo del constituyente, la intención expresa o tácita, de crear un fuero de mayor alcance” que el existente, “en consecuencia, de aprobarse esta reforma, para que un ex Presidente de la República pueda ser detenido o procesado, será necesario que previamente el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, tenga que autorizar a proceder judicialmente en su contra, declarando que ha lugar a la formación de causa” (Diario de Sesiones del Senado, página 2764), por lo cual “mal podría inferir alguien que eso otorga derechos adicionales a los que éstos poseen en la actualidad” (Página 2772), puesto que la expresión “mantendrá” que emplea la norma “viene a confirmar que no se crea nada que actualmente no exista” (página 2779),

dado que “cuando se habla de fuero, no se está modificando el que tienen los Parlamentarios” (página 2778). Tales fundamentaciones dejan claramente establecido que el fuero constitucional es uno solo, el cual puede ser originado por diferentes cargos o dignidades.

3°.- Que para el antiguo proceso penal el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal señala: “Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra una persona con el fuero del artículo 58 de la Constitución datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa. Si viendo el proceso por cualquier otro motivo, el tribunal de alzada halla mérito, hará igual declaración”, por su parte el artículo 252 del mismo Código expresa que la detención es la orden por la cual se priva de libertad a un individuo, en contra de quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un hecho que reviste caracteres de delito. En definitiva, la concurrencia de los requisitos de procedencia de esta medida cautelar personal determinarán si debe hacer lugar o no a la solicitud de desafuero. Los elementos de juicio que se proporcionen deberán ser bastantes para fundar el *fumus boni iuris* del requerimiento, que en este caso está constituido por “datos” necesarios para llegar al conocimiento de un hecho o para deducirlo por medio de un razonamiento lógico, personal y subjetivo de los magistrados, sustentado en antecedentes del proceso,

que en este caso debe estar dirigido a estimar la probabilidad cierta que una persona haya tomado parte en el ilícito de que se trata, ya sea en calidad de autor, cómplice o encubridor. Por otra parte, ha de existir pluralidad de tales elementos de juicio y que de ellos objetivamente se desprenda información relevante del comportamiento de una persona que permita a lo menos fundar la posibilidad cierta y fundada que ha tenido intervención en el desarrollo de la acción ilícita.

El carácter fundado de las sospechas proviene de la evaluación individual y comparativa de los datos, antecedentes o informaciones, que permitan acreditar suficientemente la pertinencia de la investigación de la conducta del imputado en los hechos pesquisados en el proceso.

Resulta adecuado precisar que las pruebas, que sustentan el razonamiento lógico de los jueces, no corresponde a presunciones, como tampoco requieren que constituyan prueba completa de participación en los términos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que sean graves, precisas, directas y concordantes, en términos tales que el raciocinio o deducción que sustenten los magistrados les produzca y refleje su total y absoluta convicción de participación del imputado, que lleve de manera exacta e inequívoca a dicha conclusión, existiendo entre todas ellas conexión sin contraposición alguna, puesto que dichos presupuestos nuestra legislación los exige únicamente para sustentar una sentencia condenatoria y, en la incidencia de desafuero, sólo se pretende abrir las puertas a la investigación de la conducta fundadamente sospechosa de una persona aforada.

4°.- Que en el sistema del Código Procesal Penal se contemplan distintas exigencias para adoptar diferentes decisiones que pueden afectar a las personas, es así que para el control de identidad, el artículo 85 requiere la concurrencia de indicios de que la persona “hubiere cometido o hubiere intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo”; para decretar la prisión preventiva, en el artículo 140 se pide “que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que justifiquen presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”; para emitir una decisión condenatoria el artículo 340 expresa: “Convicción del tribunal. 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”.

En otras disposiciones se establecen exigencias derivadas del peligro de fuga o para asegurar la comparecencia de una persona a las audiencias respectivas, las que no se refieren a presupuestos relativos a los ilícitos y

la participación del imputado, sino que a su falta de cooperación con la investigación, ejemplo de ello son los artículos 89 y 127, entre otras.

Sin embargo, las decisiones de disponer que una persona imputada de responsabilidad en un ilícito sea puesta a disposición del Juez, con el objeto que, en audiencia, se resuelva respecto del control de su detención, se le formalice o se deduzca acusación en su contra, corresponde a una determinación del persecutor de la acción penal, cuyo fundamento, mérito, conveniencia y antecedentes que la justifica le corresponde evaluar a dicho interviniente, las que el juez ponderará, en cuanto al fondo, al adoptar las decisiones relativas a las medidas cautelares y sentencia definitiva.

5°.- Que sobre la base de los antecedentes expresados, resulte pertinente decidir el estándar de procedencia para resolver la petición de desafuero. En efecto, en tal determinación corresponde atender el hecho que el artículo 416 distingue la etapa procesal en que se requiere la privación del fuero constitucional, si es una vez cerrada la investigación o se requiere pedir una medida cautelar respecto del aforado, puesto que en el primer evento se debe atender a lo acordado por el redactor de la norma constitucional, que hizo referencia a los requisitos de la detención, que en ese momento eran fundadas sospechas, no obstante que el legislador no recoja en la norma tal determinación y, por otra parte, al solicitarse el desafuero para requerir la detención del aforado, cual es el caso del presente procedimiento, el legislador tampoco establece exigencias sustantivas, de lo que se sigue que se le hacen aplicables

las referidas por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el artículo 61 del Código Político, salvo que se relacione directamente con la cautelar personal de prisión preventiva, evento en el que correspondería exigir la concurrencia de presunciones fundadas, que por ser un estándar de mayor garantía, corresponde preferirlo al señalado por la Constitución de sospechas fundadas.

6°.- Que los elementos de juicio relacionados en el considerando octavo del fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, son suficientes para justificar la existencia de antecedentes que acreditan los hechos ilícitos que se investigan y permiten presumir fundadamente que a la parlamentaria aforada le ha correspondido participación en el mismo, por lo que corresponde confirmar la decisión que hizo lugar a la solicitud en de desafuero.

Se previene que el Ministro señor Carreño, que también concurre a la confirmatoria, estuvo por no incluir el fundamento 4° ni la frase final del motivo 5°, desde donde se expresa “en un procedimiento que habilita...”.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

N° 6478-07.

SENTENCIA DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO.

Valparaíso, quince de noviembre de dos mil siete.

Visto y oídos:

A fojas 1, comparece don Jorge Abott Charme, Fiscal Regional del Ministerio Público solicitando el desafuero de la Honorable Diputada Sra. Laura Soto González, pidiendo se declare que ha lugar a la formación de causa en contra de dicha parlamentaria, en razón de su participación culpable, en calidad de autor o cómplice, en sendos delitos de fraude al Fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal o bien, de estafa, del artículo 468 del citado Código, según sea la calificación que en definitiva les de el tribunal de fondo, en causa R.U.C. 0610014802, R.I.T. 7202-2006, del Juzgado de Garantía de Valparaíso.

Sustenta su solicitud sobre la base de la renuencia de la H. Diputada a concurrir a la audiencia de formalización decretada a su respecto, intentando, de ese modo, impedir la prosecución del procedimiento, razón por la que deberá ser solicitada su detención a fin de asegurar su comparecencia, como asimismo, del mérito de la investigación que su organismo ha venido llevando a cabo, en la que advierte la existencia de antecedentes suficientes para imputar a la Sra. Laura Soto González la participación culpable en los delitos ya señalados, referidos a la desviación de recursos, originalmente destinados a programas pro empleo, para sufragar gastos de su campaña parlamentaria para las elecciones del año 2005, con la consiguiente pérdida fiscal. Dichos programas de empleo, establecidos por Decreto Supremo N° 273, de 31 de diciembre de 2001, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, creados para combatir la cesantía, fueron implementados en la V Región

mediante la celebración, con fecha 9 de enero de 2002, de un Convenio de Colaboración con la Intendencia, mediante el cual esta última asumió la administración de recursos que suministrara la Subsecretaría del Trabajo, los que debían ser transferidos al contratista que tendría a su cargo la consiguiente ejecución; por Decreto Supremo N° 258, de 20 de diciembre de 2004, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se establecieron los objetivos y procedimientos del “Programa de Inversión en la Comunidad”, contemplando el financiamiento de proyectos que significaran un beneficio comunitario, absorbiendo mano de obra de jefes de hogar cesantes. Continúa exponiendo que, mediante Decretos Supremos N° 194, de 12 de septiembre y N° 255, de 10 de noviembre, ambos de 2005, la Subsecretaría en mención puso a disposición de la Intendencia la suma total de \$362.745.000, con el objeto de financiar diecisiete proyectos como los que se comentan, en comunas de la región de Valparaíso, entre los cuales, hubo dos denominados “Apoyo en gestiones administrativas de entidades públicas”, a los que se asignó la suma total de \$9.468.000, cuya ejecución se adjudicó a Vargas Leiva Luis Rubén y otros (V&V), representada por don Sergio Vargas Pérez, domiciliados en Valparaíso, calle Miguel Ángel N° 108 del Cerro Yungay, entidad a la que se giraron los fondos ya referidos, mediante cheques N° 774375 y N° 2384127 de la cuenta corriente del Banco Estado N° 9231345, cobrados por don Luis Vargas Leiva, socio de la citada empresa, con fecha 20 de octubre y 27 de diciembre de 2005, respectivamente. Asevera el solicitante que, para tales

proyectos, se contrató una treintena de beneficiarios, quienes firmaron contratos de trabajo para desarrollar labores de “limpieza y desmalezamiento de la ciudad” y “otras actividades”, con una jornada de trabajo de 22,5 horas semanales y una remuneración bruta de \$63.750 mensuales en cada caso. Destaca el peticionario una incongruencia entre el objetivo de dicho convenio y la denominación del mismo, agregando que tales labores de limpieza y desmalezamiento de la ciudad no fueron ejecutadas por los trabajadores contratados, quienes, en cambio, se dedicaron a realizar labores de campaña política a favor de la H. Diputada Sra. Soto, no obstante lo cual, el contratista rindió cuentas y cobró sus honorarios por la supuesta realización de las obras contratadas, mediante facturas 022 y 023, ambas de 1 de febrero de 2006.

Continúa, explicando que la administración del Programa Pro empleo de la V Región correspondía al imputado José Mancilla López, en su calidad de Seremi del Trabajo y Previsión Social, quien debía proponer y someter a la aprobación de la Subsecretaría del Trabajo los proyectos del área pro empleo, solicitar los cupos correspondientes, enviar la nómina de los beneficiarios, intervenir en la selección de los contratistas y supervisar la ejecución de los proyectos, la que también se encontraba a cargo de la Intendencia. Afirma, sustentándose en los testimonios recabados en la investigación, que el ex Seremi en mención, con miras a favorecer la campaña electoral de la Sra. Soto, para su reelección como H. Diputada de la República, y a solicitud de Uziel Valle Venegas, a la sazón Jefe del Departamento de Administración

y Finanzas del Gobierno Regional, yerno de la parlamentaria cuestionada, instruyó la tramitación administrativa de los dos proyectos asignados en definitiva a V & V, a los que se ha hecho referencia; correspondiendo a Valle Venegas junto a su cónyuge Marisol Paniagua Soto, hija de la H. Diputada Sra. Soto, la selección de quienes pasaron a ser los beneficiarios de los dos proyectos aludidos y la definición de las labores de campaña de estas personas.

Lo expuesto, afirma el requirente, configura los delitos reiterados de fraude al Fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal, correspondiendo sancionar a ese título o bien, por el delito de estafa del artículo 468 del mismo cuerpo de leyes, según la calificación jurídica que en definitiva realice el Tribunal de fondo. Agrega que la investigación muestra que en dichos ilícitos, la H. Diputada Sra. Soto intervino a sabiendas; afirmación que extrae de la participación en aquellos de Uziel Valle Venegas, para entonces Jefe de Campaña y yerno de la parlamentaria en cuestión, quien participó en la asignación de los proyectos pro empleo a fines electorales de la Sra. Soto, previa coordinación con el ex Seremi del Trabajo y Previsión Social; acciones en las que intervino, también, Marisol Paniagua Soto, hija de la H. Diputada y en cuya presencia, en la sede del comando político, se verificaron tres de los cuatro pagos a los beneficiarios de los proyectos. Narra, además, una reunión en dependencias del Congreso Nacional, entre la H. Parlamentaria, el contratista Luis Vargas Leiva y su hija, ya mencionada, en la que se habría tratado la posibilidad de despedir a alguno de esos trabajadores,

ocasión en que la H. Diputada Sra. Soto aludió a un compromiso previo de asignación adicional de cupos por parte del entonces Seremi del Trabajo. Agrega a lo anterior, declaración del ex Intendente Sr. Luis Guastavino, en el sentido que, con relación a los empleos en el marco de los programas especiales en referencia, la H. Diputada, durante el período electoral, le “pidió colaboración para obtener cupos en la provincia de Valparaíso”.

Concluye el Sr. Fiscal que, de los antecedentes reunidos en la investigación, existen razones para presumir que la H. Diputada conocía de la jornada de sus “puerta puertistas”, la condición de éstos como trabajadores del programa de generación de empleo y por ello, el origen fiscal de los fondos con que se pagaban las labores realizadas por aquéllos; razones que le llevan a aseverar que la Sra. Soto aceptó, facilitó o contribuyó, a sabiendas, en la consumación del delito perpetrado por quién tuvo el dominio inicial del hecho.

Finalmente, el requirente destaca las exigencias probatorias del desafuero, gestión que no precisa agotar la prueba destinada a acreditar de modo inconcuso el cuerpo del delito y la participación, mucho menos, la culpabilidad.

Citadas las partes a la audiencia respectiva con el objeto de conocer la solicitud de desafuero impetrada, la que se verificó durante los días 16 y 17 de octubre del actual, el Ministerio Público reiteró su petición principal, desarrollando sus fundamentos y reproduciendo, parcialmente, algunos de los antecedentes allegados a su investigación. A su turno, la de-

fensa de la H. Diputada Sra. Laura Soto González, solicitó el completo rechazo de la petición de desafuero dirigida en su contra.

Del mismo modo, ejercieron su derecho a estrados los representantes del Consejo de Defensa del Estado y de los H. Senadores de la República, Sres. Jorge Arancibia Reyes y Sergio Romero Pizarro, a todos los cuales se les ha tenido como parte en estos autos.

Considerando:

Primero: Que, a fojas 1 el Ministerio Público fundado en el artículo 61 inciso 2° de la Constitución Política de la República y 416 inciso 2° del Código Procesal Penal, en virtud de los antecedentes y fundamentos ya referidos en lo expositivo, solicita el desafuero y que se declare que ha lugar a la formación de causa en contra de la Honorable Diputada Sra. Laura Soto González. Esto, con miras a formalizar a la referida Parlamentaria por haber intervenido, a sabiendas, en delitos de fraude al Fisco o bien, de estafa del artículo 468 del Código Penal, y en su caso, solicitar las medidas cautelares que correspondan, toda vez que aquélla ha sido renuente a concurrir a la audiencia de formalización, pese a las citaciones que se le han efectuado.

Segundo: Que, durante sus alegatos, la defensa de la H. Diputada Sra. Soto, pidió el rechazo del desafuero solicitado, señalando que lo ha sido para la eventualidad incierta de solicitar una medida cautelar en contra de la H. Diputada. Asevera que a cada citación que ha sido dirigida a la Parlamentaria, ha comparecido

su defensa, justificando su inasistencia, sea por la existencia de cuestiones constitucionales previas o por la irrenunciabilidad del fuero. Precisó que el Tribunal Constitucional, autos Rol Nº 661-06, ha determinado que no es estándar para el desafuero una simple orden de detención, sino el haber mérito para formar causa y dejar al Parlamentario sujeto al Juez de la causa, por ende, si hay antecedentes serios, graves y atendibles para suspender a la H. Diputada y sujetarla a la decisión del Juez competente. Prosigue, citando jurisprudencia de los Tribunales Superiores relativa a la naturaleza de la gestión del desafuero.

Por otra parte, cuestiona la investigación sustanciada por la Fiscalía, señalando que, tras dos años de la misma, no existe antecedente alguno que vincule, directa y personalmente, a la Sra. Laura Soto González con los hechos típicos que se le imputan. Repasa el tenor de variadas declaraciones recopiladas por el Ministerio Público. Indica que el contratista Luis Vargas Leiva, formalizado por los hechos investigados, declaró haber contratado a treinta personas, pero no que ellas fueran enviadas o seleccionadas por doña Laura Soto. Agrega que tales contratos fueron celebrados sobre la base de jornadas de 22,5 horas semanales, horario que se traduce en 4,5 horas diarias de trabajo, lo que se aviene con jornadas de mañana o bien de tarde, no completas, como postula el requirente de desafuero.

Afirma que sólo existen meras afirmaciones o argumentos que ni siquiera llevan a una petición unívoca, toda vez que se le atribuye la calidad

de autor o cómplice. Destaca que, según queda de manifiesto de los registros bancarios de la H. Diputada, ésta no tenía necesidad del dinero involucrado en los proyectos contratados en el marco de los Programas de Generación de Empleo; indica que, por demás, el deber de control de los dineros de la campaña electoral no es del candidato, sino del jefe de la misma y del organismo público pertinente.

Tercero: Que las demás partes en estos autos, vale decir, el Consejo de Defensa del Estado y los H. Senadores Sres. Arancibia y Romero, adujeron argumentos dirigidos a suspender el fuero parlamentario a la H. Diputada Sra. Soto, sustentados en antecedentes derivados de la investigación llevada adelante por el Ministerio Público, los que no se examinan en detalle, por ser consonantes con las alegaciones de este interviniente y que ya se han expuesto.

Cuarto: Que, al respecto cabe tener presente lo declarado en forma reiterada por la Excma. Corte Suprema, en orden a que la gestión de desafuero es un antejuicio que tiene por finalidad hacer efectiva la condición de procedibilidad del Diputado o Senador cuya responsabilidad penal se trata de hacer efectiva y que goza de la garantía procesal consistente en que no puede ser acusado o privado de libertad o decretarse otra medida cautelar en su contra, salvo en el caso de delito flagrante, sin que previamente el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, reunido en pleno, lo autorice, declarando que ha lugar a la formación de la causa.

Quinto: Que, por consiguiente, al conocer una petición como la de au-

tos, el Tribunal debe pronunciarse, únicamente, acerca de si autoriza o no la formación de causa en contra del parlamentario imputado de los hechos punibles que han sido objeto de la investigación, sin extender su resolución a la existencia cabal del delito, su naturaleza, penalidad, eventual responsabilidad, como autor o cómplice, u otros elementos o caracteres de aquél, por cuanto éstos son aspectos de conocimiento del tribunal al cual le corresponda intervenir en caso que se conceda el desafuero. La gestión de desafuero sólo abre la puerta para indagar a fondo los hechos, pudiéndose decretar medidas cautelares para garantizar el éxito de la investigación, asegurando la comparecencia del imputado en las actuaciones del procedimiento señalado por la ley.

Sexto: Que efectuadas las precisiones antes referidas, procede establecer si en la especie, concurren o no las exigencias tanto constitucionales como legales, para declarar si existe mérito o no para la formación de causa en contra de la aforada Sra. Laura Soto y a tal efecto, se tiene especialmente en cuenta las circunstancias expuestas por el Ministerio Público, referidas a la utilización en labores de campaña electoral de fondos predestinados a los denominados Programas Generadores de Empleos, creados por el Poder Ejecutivo para atender necesidades sociales de familias cuyos jefes de hogar se encontraran en situación de cesantía. Que la distracción de dineros fiscales a la ejecución de tareas relacionadas con el apoyo a la difusión de la candidatura parlamentaria de la requerida, al margen de los objetivos previstos para esos programas de Gobierno y, por ende, para

los recursos asociados a los mismos, aparece directamente encaminada a favorecer los objetivos electorales de la H. Diputada Sra. Soto, con preeminencia a los intereses que pudiera atribuirse a cualquier otro implicado en los hechos investigados. Esto, como quiera que el desvío de recursos fiscales que se investiga, dice relación con el pago a personas inscritas en un plan gubernamental, quienes se desempeñaron como activistas de la Parlamentaria cuyo desafuero se solicita, encontrándose en entredicho que se hayan realizado las labores pactadas en beneficio del Estado.

Séptimo: Que su defensa ha expresado que la H. Diputada Sra. Soto declaró ante el Ministerio Público haber tomado conocimiento de los hechos que se le imputan sólo con motivo de la investigación del ente persecutor; agrega que los antecedentes no revelan que la requerida haya conocido, con anterioridad, que en determinados Programas de Generación de Empleo se contrató a personas que, luego, prestaron servicios como activistas de su campaña política.

Octavo: Que, entre los diversos antecedentes agregados a la carpeta investigativa del Ministerio Público se encuentran informes policiales que contienen numerosas declaraciones, entre las cuales destacan, a fojas 71 y 236, las de don Luis Vargas Leiva, socio de V y V, adjudicataria de dos proyectos denominados "Apoyo en Gestiones Administrativas de Entidades Públicas", aprobados por Decretos N° 194 y N° 255 de la Subsecretaría del Trabajo, a desarrollarse en los meses de septiembre a diciembre del año 2005, para un cupo de treinta

trabajadores por media jornada laboral, proyectos asignados por el Seremi del Trabajo don José Manuel Mancilla López, quien les precisó que la persona que haría entrega del listado de los trabajadores era don Uziel Valle, quien se desempeñaba en el Gobierno Regional y que se encargó de efectuar todas las gestiones correspondientes para materializar dichos proyectos; aduce que, conforme pasó algún tiempo, al concurrir los trabajadores beneficiados a la empresa para recibir su remuneración, se enteró que tales personas eran activistas políticos que efectuaban labores de puerta a puerta para la campaña de la candidata a Diputada Sra. Laura Soto, irregularidad que preocupó al deponente y a sus socios, uno de los cuales, don Sergio Vargas Pérez, se contactó con el Seremi Sr. Mancilla y don Uziel Valle, quienes dispusieron que el pago de dichos trabajadores se realizara en lo sucesivo en el comando de la mencionada candidata, a fin de evitar los reclamos de trabajadores de otros proyectos que presenciaron el pago a personas que se identificaban con vestimentas alusivas a la campaña de la Sra. Soto; agrega que, posteriormente, doña Marisol Paniagua Soto, hija de la candidata, reemplazó al Sr. Valle en sus tareas en el comando político, haciéndose cargo de la campaña y por ende, de los trabajadores en referencia y así, en una oportunidad, ante la intención de despido de algunos trabajadores beneficiados en el proyecto, quienes se desempeñaban en la campaña política de la Sra. Soto, ante la oposición del declarante, la Sra. Paniagua lo citó al Congreso Nacional para hablar con su madre, la Diputada Sra. Soto, reunión en la que le manifestó a esta

última que si se despedía a los trabajadores “ella sería blanco inmediato de la prensa y él sería denunciado a la Inspección del Trabajo, por despido injustificado”, exponiendo la H. Diputado que, entonces, no se podía despedir a la gente, agregando que “a mi el J. Mancilla me había prometido diez cupos más, aparte de esos treinta”. Agrega Vargas Leiva que, de las treinta personas del proyecto inicial, hubo cinco o seis que no se repitieron en el segundo programa, las que fueron reemplazadas por nombres que le entregó Marisol Paniagua. A fojas 74 de la carpeta investigativa, corre declaración policial de Sergio Vargas Pérez, también socio de V y V, en similares términos a los ya vertidos por su padre, Luis Vargas Leiva. Hace especial mención a una reunión en la que participó junto al Seremi Sr. Mancilla y a Uziel Valle, en la que aquél llamó la atención a este último por no tomar las precauciones adecuadas para el momento de los pagos de la gente que realizaba campañas para la Sra. Soto, dándole instrucciones además, para que dichos pagos se hicieran en otro lugar, proponiendo el Sr. Valle la oficina del comando de la H. Diputada, haciéndole especial hincapié en que no debía preocuparse de esas personas y que sólo debían limitarse al pago de sus remuneraciones, pues él se iba a encargar de las mismas, lo que se concretó a futuro. Asevera que los contratos correspondientes a los meses de noviembre y diciembre fueron firmados en el comando de la Sra. Soto.

Del mismo modo, la carpeta investigativa contiene las declaraciones, ya policiales, ya ante el Ministerio Público, de trabajadores que, contratados para los Proyectos adjudicados

a V y V en el marco de los Programas de Generación de Empleo de la V Región, afirman haber realizado trabajos para la campaña política de la candidata a Diputada Sra. Laura Soto González, consistentes en labores puerta a puerta y repartición de volantes en diferentes sectores de Valparaíso, sin que se les haya asignado una labor distinta como aquellas de limpieza y desmalezamiento estipuladas en los contratos extendidos a su respecto. En esos términos declara don Gustavo Ruiz Labra, a fojas 7; don Jorge Gustavo Toro Riquelme, a fojas 79; doña María Eliana Álvarez Armijo, a fojas 87; doña María Angélica Espinoza Flores, a fojas 89; doña María Antonieta Orellana Salinas, a fojas 91; doña Marlene Isabel Adones Adones, a fojas 105; Pamela Andrea Pino Martínez, a fojas 111; doña Patricia Magali Rozas Ibacache, a fojas 113; doña Roxana Isabel Morales Cáceres, a fojas 132; doña Sara Marcela Álvarez Armijo, a fojas 135; doña Zuny de las Mercedes Cortez Lazcano, a fojas 139; doña Ángela Verónica Zamorano Rojas, a fojas 141; doña Mónica del Carmen Campos Encina, a fojas 144; doña Paola Albertina Vera Santis, a fojas 145; doña Patricia Olivia Beltrán Ruz, a fojas 166; doña Jacqueline del Carmen Caneo Palma, a fojas 169; doña Flor Marcela Muñoz Guerrero, a fojas 170; doña Sandra Carolina Hernández Sanhueza, a fojas 184; Ana María Espinoza Reinueva, a fojas 186; doña Rosalba Luisa del Carmen Ortiz Cid, a fojas 234; doña Johanna Aguirre Cortes, a fojas 342. En esas declaraciones, los deponentes refieren, además, haber tenido contacto tanto, con doña Marisol Paniagua, como con don Uziel Valle, durante el

período que abarcaban sus respectivos contratos.

A fojas 354, se lee declaración ante la Fiscalía de don Neftalí Muñoz Sanhueza, quien señaló haber desarrollado labores de chofer para el traslado de personas que realizaban propaganda política para el comando a cargo de don Uziel Valle, mediante la cual describe las características, sistema y horario en que realizaba el transporte de las personas que realizaban campaña.

Igualmente, del mérito de la carpeta se aprecian agregadas copias de los contratos de trabajo a plazo fijo celebrados por V y V con los beneficiarios de los programas sociales aludidos, en los que las labores convenidas eran “limpieza de la ciudad; desmalezamiento de la misma y otras actividades”, sin especificar el detalle de estas últimas.

A fojas 250, corre declaración ante el Ministerio Público de don Cristián Garrido Dinamarca, quien declara que la selección y contratación de las personas para efectuar labores de campaña política debió ser realizada por la Sra. Paniagua y el Sr. Valle. Agrega que cree que la Sra. Soto estaba enterada de la doble jornada en que laboraban las personas que hacían labores de puerta a puerta, atendidos los canales de comunicación que él mismo implementó.

A fojas 121, doña Ramona García García, presta declaración policial, aseverando ser dirigente vecinal y señalando que en el año 2005 realizó labores de campaña política por la reelección de la Sra. Laura Soto; describe las gestiones que debió llevar a cabo y documentos que debió presentar para ser admitida en las

labores del comando de la H. Diputada, como también, la circunstancia de haber recibido la remuneración correspondiente en dos pagos iguales, uno en la oficina del Sr. Luis Vargas y el otro en el comando de la parlamentaria. De igual forma, expuso haber recibido instrucciones de don Uziel Valle con respecto a lo que, junto a otras personas, debían declarar ante Investigaciones, en el sentido que debían afirmar haber trabajado en los programas de Generación de Empleo y que, para efectuar labores de campaña para la Sra. Soto, habían destinado horas de la tarde, ello de manera gratuita.

A fojas 107 de la carpeta investigativa, declara doña Nancy Silva Cabrera, quien señaló que en el año 2005, mientras trabajaba en el comando de la Diputada Sra. Soto, don Uziel Valle le indicó que debería hacerse cargo de recibir la documentación de varias personas que iban a trabajar en la campaña política para la reelección de la H. Diputada, entre la que se contaba la tarjeta OMIL, deduciendo que existiría relación con los Programas de Generación de Empleo. Agrega que, durante esas gestiones, en más de una ocasión llegó doña Marisol Paniagua con personas que le indicaba anotar y recibir los documentos que llevaban. Expresó que entregó todos esos documentos a don Uziel Valle, quien le manifestó que estaba solicitando - y luego que obtuvo - treinta cupos para los Programas de Generación de Empleo, los que servirían para que esas personas trabajaran en la campaña política de la Sra. Laura Soto, a quienes se pagaría por estas labores con los dineros de los referidos programas. Por último, narra que, por instrucción de

don Uziel Valle, llevó a las personas a quienes se les asignaron los treinta cupos en mención ante el contratista don Luis Vargas, para firmar los respectivos contratos; a continuación detalla el monto, lugar y forma de pago por las labores de campaña. Describe, en semejantes términos a los vertidos por doña Ramona García, conversación sostenida con don Uziel Valle, acerca de los términos en los que debía declarar para el caso de ser citada al efecto, esto es, que debía decir “que había desmalezado y trabajado en los PGE ... y que si nos preguntaban si habíamos trabajado en la campaña política de la Diputada Laura Soto, dijéramos que lo habíamos hecho después del horario de los PGE, o sea en la tarde y que no nos habían cancelado dinero alguno por la campaña política...”.

A fojas 255, corre declaración ante la Fiscalía de doña Teresa Silvia Benítez Cádiz, quien expone haberse desempeñado en calidad de contador auditor en la campaña política de doña Laura Soto, en el comando político, lugar en que pudo apreciar que personas beneficiadas de los Programas de Generación de Empleo concurrían a recibir sus remuneraciones y era doña Marisol Paniagua quien organizaba las labores de los “puerta a puertistas”. Reconoce una inconsistencia relativa a gastos electorales no declarados al Servicio Electoral, con relación al trabajo de cuarenta y cinco personas que realizaron labores ya referidas.

A fojas 283, se agregó declaración ante el Ministerio Público de doña Yasmina Alfaro Farías, quien se desempeñó en la Secretaría Regional Ministerial del Trabajo de Valparaíso,

bajo las órdenes de don José Manuel Mancilla, quien refiere detalles de la asignación de proyectos por parte de este último a la empresa V y V, como asimismo, sobre las respectivas nóminas de beneficiarios proporcionadas por don Uziel Valle.

A fojas 296 de la carpeta investigativa, se lee declaración de don Víctor Rivera Olguín, Fiscalizador de la Contraloría Regional, quien manifestó que, mediante Decreto N° 12, de 12 de enero de 2006, fue designado para investigar irregularidades detectadas en el programa de inversión a la comunidad en el que contaban los proyectos asignados a la empresa V y V, asignados mediante D.S. N° 194 y N° 255, a los que ya se ha hecho mención; arrojando sus averiguaciones, como resultado, que los beneficiarios señalados en dichos proyectos dedicaron sus labores a actividades de campaña política a favor de la candidata Sra. Laura Soto González; habiendo participado don Uziel Valle Venegas, Jefe de Administración y Finanzas del Gobierno Regional de la época, en la selección y gestión de la aprobación de esos proyectos. Indica, por último, que la referida investigación devino en la formulación de cargos en contra del Sr. Valle, habiendo pasado al trámite de la Vista al Fiscal.

A fojas 1090 se encuentra informe pericial computacional evacuado por el Departamento OS9 de Carabineros de Chile, a tres disquetes incautados al Comando de doña Laura Soto, en los que se contienen las nóminas que individualizan a personas, con sus domicilios y teléfonos, seleccionadas por sector; identidades que, en algunos casos, son coincidentes

con los beneficiarios de los proyectos asignados a la contratista V y V.

Asimismo, del mérito de la carpeta investigativa se observa que, por resolución de veinte de enero del actual que se lee a fojas 1056, se citó, para el día 5 de marzo de 2007, a una audiencia de formalización de investigación respecto de la H. Diputada Sra. Laura Soto González, a la que ésta no asistió, según se deja constancia en acta que corre a fojas 1080, compareciendo, en cambio, su apoderado.

Noveno: Que, si bien la H. Diputada Sra. Soto ha alegado desconocimiento de los hechos que, en lo sustancial, sirven de base a las imputaciones dirigidas en su contra por la Fiscalía, no debe perderse de vista que en sede de este antejuicio no habrá de llevarse a cabo un análisis de la culpabilidad de la requerida, resultando suficiente, en cambio, considerar que, como quiera que el candidato a un escaño parlamentario, en la especie la Sra. Soto González, es aquél quien resulta palmariamente beneficiado con la labor de promoción electoral, cuyo objetivo no es otro que el que dicho postulante alcance el cargo de elección popular al que aspira, a dicha persona conciernen, de modo directo, las actividades propias y cotidianas del comando que persigue su permanencia en el Congreso Nacional; habida cuenta, también, en el caso que nos ocupa, la investidura, profesión de abogado y trayectoria de la H. Diputada, como asimismo, su vinculación con otros formalizados por los hechos que le son atribuidos, imputados en causa R.I.T. 7202-2006 del Juzgado de Garantía de Valparaíso, a saber: Marisol Paniagua Soto, su

hija; Uziel Valle Venegas, su yerno, ambos integrantes de su comando político, el segundo, incluso, su Jefe de Campaña por algún tiempo y José Mancilla López, Seremi del Trabajo y Previsión Social a la época de los hechos en cuestión.

Décimo: Que, luego de efectuado un análisis de los antecedentes de que da cuenta la petición de desafuero, los que fueron pormenorizados durante la audiencia verificada ante el Tribunal Pleno de esta Corte de Apelaciones y de aquellos que obran en la carpeta de investigación acompañada y que han sido reseñados precedentemente, este Tribunal arriba a la convicción que ellos cumplen con los parámetros de seriedad, gravedad y contundencia necesarias para que el Ministerio Público requirente del desafuero lleve adelante su investigación sin obstáculos y, eventualmente, obtenga del Juez de Garantía respectivo determinadas medidas cautelares, previo debate acerca de su procedencia o, realice las demás actividades que sean pertinentes para cumplir el rol que la Constitución Política de la República y demás leyes que regulan la materia le han entregado, respecto de quien, de no mediar la correspondiente declaración, no puede ser sujeto pasivo de un proceso judicial.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 61 de la Constitución Política de la República y 416 y siguientes del Código Procesal Penal, se acoge la solicitud de desafuero incoada por el Ministerio Público a fojas 1, y en consecuencia, **SE DECLARA** que ha lugar a la formación de causa en contra de la Honorable Diputada Sra. Laura Soto González, respecto de los hechos objeto de investigación

en causa R.U.C. 0610014802-K, R.I.T. 7202-2006 del Juzgado de Garantía de Valparaíso.

Acordada con el voto en contra del Presidente de esta Corte de Apelaciones señor Morales y de la ministro señora Repetto quienes fueron del parecer de no hacer lugar al desafuero solicitado en virtud de las siguientes consideraciones:

VOTO DEL SEÑOR MORALES:

PRIMERO. Que concuerda con la parte expositiva de la sentencia de la mayoría pero, con las siguientes modificaciones: en aquella parte que dice “pasaron a ser los beneficiarios de los dos proyectos aludidos” en paréntesis agregar “(en opinión del Fiscal Regional del Ministerio Público”; y en el penúltimo párrafo de los expositivo, después del punto aparte, añadir “Del mismo modo, su defensa en forma enfática expresó que rechaza todas y cada una de las pruebas aportadas y las conclusiones de la presunta participación de la H. Diputado doña Laura Soto en el ilícito denunciado”.

SEGUNDO. Que este disidente también suscribe los motivos primero, segundo, tercero y séptimo de la sentencia del voto de mayoría.

TERCERO. Que el señor Fiscal, tanto en su petición escrita como en sus alegatos en la vista insistió en que la H. Diputado señora Soto no concurrió a la citación para prestar declaración ante la Fiscalía. El anterior hecho, a juicio de este juez, no es de importancia, pues es el ejercicio del derecho constitucional ajeno al cargo para el que fue elegida, el que

por lo demás también lo es beneficio de sus electores, para que ejerza sus funciones legislativas propias del sistema democrático. Lo anterior fluye palmariamente del artículo 61 de la Constitución Política de la República y del interés ciudadano en el funcionamiento del Congreso. En tal sentido, nadie puede ser sospechoso ni ver menoscabada su honorabilidad por ejercer sus facultades.

CUARTO. Que la anterior norma constitucional, en relación con el artículo 416 del Código Procesal Penal, entrega a las Cortes de Apelaciones, en primer grado y, a la Excm. Corte Suprema, en segundo, la competencia para decidir si se hace o no lugar a la declaración de haber mérito a la formación de causa.

QUINTO. Que hay unanimidad de parecer que el llamado fuero penal o privilegio parlamentario consiste en la garantía que se entrega a los parlamentarios para protegerlos de persecuciones infundadas, en el interés superior del buen y adecuado funcionamiento de la función pública legislativa del parlamento.

Al entender de éste juez, el desafuero es una grave alteración del sistema parlamentario, sólo tolerada por el mayor privilegio del principio de la igualdad.

Por lo anterior, la lectura del artículo 416 del Código Procesal Penal es delicada e impone el mayor celo y profundidad en su comprensión y alcances. Por ello, se exige que una vez cerrada la investigación, se pueda solicitar el desafuero y que de aquélla emanen antecedentes serios, graves y atendibles, esto es, razonados en el modo de proceder, verdaderos, de peso, de mucha entidad o importancia.

Se ha planteado con énfasis en estrados, que la “participación” en el delito es una cuestión que no debe ser examinada ni corresponde hacerlo en esta etapa procesal, ya que ello corresponde al juicio oral u otro procedimiento si fuere del caso y, específicamente, en la sentencia. Sin embargo en la solicitud de desafuero la Fiscalía a este aspecto le dedica su apartado IV que contiene 21 numerales y representa un largo pasaje del total de la solicitud, lo que es indiciario de que es de relevancia. Al enseñarse el Derecho Penal, se dice que el mismo trata del delito, del delincuente y de la pena, y así es. Por lo cual no se divisa la razón de que este hito trascendente deba ser ignorado y no ponderado al resolver una petición de desafuero, en circunstancias que es consustancial al asunto.

Por lo anterior, de ninguna manera se debe excluir la participación, ya que ésta es indisoluble del binomio tipo y participación, si uno falta, es obvio, el procedimiento es un fracaso, así que el examen incluye todos los elementos necesarios, ya que no se otorga para un juicio o proceso teórico, y en consecuencia, no se justifica para una persecución sin propósito que, se quiera o no, triza de algún modo el sistema de funcionamiento del Congreso; esto es lo que el legislador no quiere y por dicha se ha establecido este privilegio, como se dice al inicio de este basamento.

SEXTO. Que en tal sentido, la defensa argumentó en estrados que no hay pruebas directas de participación y que en definitiva existe el testimonio único de Luis Vargas Leiva, quien ya está siendo sometido a proceso penal por su autoría en el ilícito.

El Código Procesal Penal se pone en dos escenarios: delito infraganti en cuyo caso debe ponerse de inmediato (el autor) a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, la que su vez decide con los antecedentes existentes, aún cuando sean muy primarios, ello porque no hay dudas en la participación y no es aventurado someterlo a proceso. El segundo escenario es la acumulación de antecedentes y allí, caso de la especie, el legislador exige investigación cerrada, en otras palabras en condiciones de formular acusación por crimen o simple delito. En tal caso debe haber un tipo configurado y la participación. Con estas ideas es concordante el artículo 420 del Código Procesal Penal, que en forma perentoria fija un plazo de 15 para la audiencia de preparación y otros 15 días para la iniciación del juicio oral, la razón es que el interludio en el normal funcionamiento del parlamento sea lo más breve.

Así las cosas este disidente estima debe examinarse ahora si hay en la especie elementos, serios, atendibles, graves y razonados en cuanto a la participación.

SÉPTIMO. Que en lo atinente, este Ministro concuerda con lo dicho por la Ministra señora Repetto en el fundamento 4ª de su voto. Ya que no obstante más de dos años de investigación, aún no sabe el Ministerio Público qué delito le atribuye a la parlamentaria cuestionada, ni la calidad de participación y resulta evidente que los elementos del tipo de uno y otro son diferentes y no es cosa de elegir libremente por el Tribunal, toda vez que el artículo 259 del Código Procesal Penal “deberá contener en forma clara y precisa”, en su letra

d) “La participación que atribuye al acusado” y en su letra b) “su calificación jurídica.

El actual sistema que creó el Ministerio Público como un órgano técnico de alta especialización, éste es el que debe sostener la acusación en los términos jurídicos y de hecho a que se refiere el artículo 259 del Código Procesal Penal y nuestra jurisprudencia ha sido clara y categórica en que los errores cometidos no pueden subsanarse. En tal sentido es que se concuerda con el voto de la Ministra Sra. Repetto.

La alegación de la Fiscalía, en cuanto a que no se ha cerrado la investigación, no tiene mayor asidero, por cuanto, perfectamente, ésta puede concurrir al Tribunal y hacer uso del derecho a guardar silencio, por lo cual no puede contar como un hecho cierto dicho organismo que, con la sola formalización y la facultad de detención, pueda allegar al proceso nuevos elementos que le permitan variar las circunstancias de la participación, dado que esta es una carga que le corresponde al Ministerio Público y como ha quedado claramente establecido en los alegatos en estrados, la defensa de la H. Diputada no va en el sentido que los requirentes suponen, esto es, obtener de ella una confesión o aceptación de cargos en los cuales su privación de libertad, al parecer, sería el elemento clave para hacer la desistir.

Además, ella no ha estado ajena a la investigación ya que su abogado defensor si ha concurrido a todas las instancias y ha hecho uso de todos sus derechos, como el de concurrir al Tribunal Constitucional.

En mérito de las anteriores consideraciones y elementos de prueba, este Juez considera que nada se adelantará en orden a acreditar la participación con elementos diferentes a los acompañados a esta petición, los que en sí mismos son insuficientes, ya que sólo existe la imputación del Sr. Luis Vargas, vaga e imprecisa, y que se sustenta en una conversación privada de la cual habría participado la Sra. Soto y su hija, quien también, por razones obvias, puede guardar silencio legítimamente.

VOTO SRA. REPETTO:

1° Que, previo a analizar los antecedentes que el Ministerio Público invoca en contra de la parlamentaria para solicitar su desafuero en virtud de la orden de detención que pretende solicitar al juez de garantía, fundado en lo dispuesto en los artículos 33, inciso 3° y 127 inciso 2° del Código Procesal Penal, resulta imprescindible determinar el alcance que debe darse a la disposición del inciso 2° del artículo 416 de este último cuerpo legal que impone la necesidad de que la Corte de Apelaciones declare, para decretar durante la investigación una medida cautelar que restrinja la libertad personal del aforado, que ha lugar a la formación de causa en su contra.

2° Que el artículo 416 del Código Procesal Penal señala “..Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelacio-

nes correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a la formación de causa”.

“Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra”

3° Que como aparece del mero tenor literal de la norma transcrita, la expresión “formación de causa” empleada en ella, corresponde en el actual sistema procesal penal a la acusación que formula el Ministerio Público, una vez cerrada la investigación, de manera que aún cuando en el inciso segundo, se aluda a que “igual declaración” requerirá si, “durante la investigación”, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar, no puede significar otra cosa, que para formular esa declaración tanto la solicitud respectiva como los antecedentes puestos a disposición de la Corte de Apelaciones, deben satisfacer exigencias mínimas como son la imputación al aforado de delitos determinados y una participación precisa en ellos, requisitos propios de una acusación, ya que de entenderlo de otra manera podría significar que la garantía del fuero, que pretende evitar que el aforado sea llevado a los tribunales en forma temeraria, con el descrédito que ello trae aparejado e impedir que la persecución penal en su contra pueda alterar el normal desarrollo de su función pública, podría fácilmente ser vulnerada si lo único que debiera analizarse es la procedencia formal de la medida cautelar solicitada, que no necesariamente requiere una investigación agotada y por lo tanto,

insuficiente para poder analizar si se dan elementos en ella que justifiquen la privación del fuero.

4° Que, acorde a lo expresado anteriormente, la solicitud de desafuero presentada por el Ministerio Público, no satisface esas exigencias mínimas, como son atribuir a la imputada un delito determinado y una participación precisa, como se requiere para formular una acusación de acuerdo con lo dispuesto en las letras b) y d) del artículo 259 del Código Procesal Penal, ya que en relación a esos aspectos, tanto la calificación jurídica de los delitos como a la participación que en ellos se atribuye a la parlamentaria, se formula en términos alternativos y condicionales, como se lee en lo petitorio del respectivo escrito, en que se pide se formule la declaración de haber lugar a la formación de causa “en razón de la participación criminal que le cabe en los hechos descritos en esta presentación, en calidad de autor o cómplice de sendos delitos de fraude al fisco del artículo 239 del Código Penal, o bien estafa del artículo 468 del mismo Código”, lo que naturalmente impide una valoración adecuada de los antecedentes para formular la declaración de haber lugar a la formación de causa en contra de la aforada.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes y archívese, si no se apelar.

En su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 419 del Código Procesal Penal y comuníquese lo resuelto al Juzgado de Garantía respectivo, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 61 de la Constitución Política de la República.

Redacción de la Ministro Srta. Elia-

na Quezada Muñoz y de los votos en contra, sus autores.

Rol N° 162-2007.

Pronunciada por el Presidente Sr. Gonzalo Morales Herrera y los Ministros Sr. Julio Torres Allú, Sr. Rafael Lobos Domínguez, Sr. Hugo Fuenzalida Cerpa, Sr. Mario Gómez Montoya, Sra. Gabriela Corti Ortiz, Sra. Eliana Quezada Muñoz, Sr. Luis Alvarado Thimeos y Sra. Mónica González Alcaide. No obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, no firman los Ministros Sr. Julio Miranda Lillo, por encontrarse avocado a la substanciación de causa Rol N° 38.445-AG del Juzgado de Letras de Limache y otras, en calidad de Ministro en Visita Extraordinaria y de Fuero; Sr. Manuel Silva Ibáñez, por integrar la Comisión de Beneficio de Reducción de Condenas; Sr. Jaime Arancibia Pinto, ausente, autorizado por la Excm. Corte Suprema; Sra. María Angélica Repetto García, autorizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109 del Estatuto Administrativo y la Sra. María Angélica Ríos Quiñones, por haber terminado la suplencia que sirviera.

La Secretaria.

COMENTARIO A SENTENCIA DE VEJACIÓN INJUSTA.

Roberto Morales Peña⁸³

Comentario:

Los hechos a que se refiere la sentencia objeto de este comentario plantean un problema difícil e interesante referente a determinar si estos son suficientes para configurar una conducta típica, y cual sería ésta. En ese sentido el fallo es relevante por cuanto analiza el delito de abusos contra particulares en la modalidad de “vejación injusta” contemplado en el artículo 255 del Código Punitivo, figura penal de escasísimo desarrollo en la doctrina nacional y en la jurisprudencia. Por lo cual, su consideración resulta de particular interés, tanto teórico como práctico.

El requerimiento realizado por el Ministerio Público en procedimiento simplificado dice relación a la filmación de un grupo de mujeres semidesnudas por parte de un gendarme de sexo masculino en el marco de un operativo de allanamiento y registro corporal a las internas del Centro Penitenciario Femenino de Santiago, específicamente en la población Esperanza, donde se ubica a las internas primerizas y de baja peligrosidad, además de la observación de este procedimiento por parte de otro gendarme hombre y la posterior exhibición del registro fílmico para su observación por otros funcionarios de Gendarmería en la sala de abogados del recinto.

El considerando 8° desarrolla la naturaleza particularmente compleja del delito, analizando cada uno de sus requisitos en el contexto del caso práctico concreto, a saber: 1) Que se realice una vejación injusta en otra persona; 2) Que tal acción se realice por un funcionario público; y 3) Que tal acción se realice en el marco de sus funciones. Respecto del concepto de vejación injusta afirma que *“en el lenguaje común la vejación no es cualquier maltrato o molestia sino que es aquel que ridiculiza; tiene cierto carácter humillante, de menosprecio, de menoscabo en la honra o dignidad del que lo sufre. No es posible pretender que el derecho, y particularmente el derecho penal, pretenda sancionar únicamente la molestia que se produce en la administración pública cada vez que se atiende mal al usuario, sino en la medida en que tal molestia tiene un sentido infamante”*. Agrega el fallo que *“La expresión “injusta” permite excluir aquella molestia que es connatural al desempeño funcionario apegado a su deber ser, legitimado por las normas que rigen su actuar. De modo que es injusto el maltrato que no encuentra una justificación normativa. Así, el Carabinero que procede a un control de identidad causa una molestia, pero si su actuación se justifica por la existencia de indicios que permiten presumir que el sujeto sometido a esa acción ha participado en un delito, tal molestia no puede ser*

83 Abogado Asesor, Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

calificada como injusta por cuanto el funcionario obró en el marco de sus atribuciones establecidas legalmente”.

Por otra parte, en el fallo se aborda un tema fundamental que tiene que ver con las garantías constitucionales y que señala el ámbito matriz desde el cual deben analizarse estos hechos, porque al fin y al cabo estamos hablando de la dignidad de la persona humana. Es decir, del más profundo y básico de los valores que caracterizan el género humano y que constituyen la expresión más inmediata de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de que la sentencia no lo expresa, estimamos que es totalmente pertinente hacer mención al artículo 19 N° 4 de la Constitución, que consagra el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, precepto que debe relacionarse con la dignidad de la persona, contemplado en el artículo 1 inciso 1, como asimismo, con la integridad de ella, asegurada por el artículo 19 N° 1 inc. 1, todas del mismo cuerpo legal. Porque, a fin de cuentas, cuando los gendarmes filman, observan y luego exhiben la grabación de las internas siendo obligadas por personal de Gendarmería *“a subirse la parte superior de las vestimentas y bajarse la parte inferior, mostrando sus pechos y genitales. Además, de agacharse y girar en cuclillas a fin de verificar si les caía algo desde su vaginas”*, lo que se ha vulnerado es la honra de las internas, y ésta se halla íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad. Certeramente el fallo afirma que *“el registro de imágenes que suponen una invasión tan importante de una persona como su cuerpo desnudo hiere un sentimiento personal y social muy fuerte aún, a pesar de que las imágenes de personas y particularmente de mujeres desnudas son cada vez más cotidianas”*.

Esto ocurre porque *“en este registro falta un elemento fundamental que consiste en la voluntariedad del registro de la imagen”*. Mas aún, consta en la investigación que las internas se opusieron, reclamaron, protestaron por el hecho de estar siendo filmadas pero en respuesta fueron desoídas y amenazadas por los funcionarios. La internas jamás consintieron ni aceptaron ser grabadas semidesnudas, porque implicaba una intromisión en la esfera de su intimidad conlindante con el pudor personal. Pues aquí está uno de los méritos importantes del Juez Saez que logra percatarse que el hecho ha traspasado el ámbito moral y reglamentario para introducirse al ámbito penal, pero ello requirió un trabajo sutil y preciso relativo a desarrollar la figura penal de la vejación injusta, con el análisis de sus requisitos y el establecimiento de sus conceptos fundantes.

En el considerando 12°, la sentencia razona que las personas que se encuentran privadas de libertad por estar cumpliendo una condena en un establecimiento penitenciario *“están privadas de uno de los derechos más elementales cual es la libertad ambulatoria. Consecuencia de esta privación de derechos ineludiblemente aparecen menoscabados otros derechos esenciales como el derecho al trabajo, el derecho a comunicarse con sus familias, derecho de reunión, por mencionar algunos”*. Pero de modo alguno puede concluirse que han sido despojados de su dignidad de personas humanas, y por tanto debe resguardárseles tal calidad. El mismo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios contempla una normativa que reconoce una y otra vez los derechos individuales en el entendido que la

privación de libertad no altera la condición de ciudadanos libres de quienes son sometidos al régimen penitenciario y, por tanto, su calidad de sujetos de derechos.

Finalmente, el sentenciador realiza una crítica al actuar del servicio público que no sancionó administrativamente a los funcionarios, señalando que *“el derecho no puede resguardar elementos culturales de las organizaciones que son claramente disfuncionales a los fines de la ley, la que cuando se aparta de la realidad normalmente tiene por objeto transformarla. Esto ocurre particularmente en el ámbito de los derechos individuales en las últimas décadas, en que el derecho, a través de instrumentos nacionales e internacionales procura su reconocimiento, respeto y promoción”*.

Por último, cabe mencionar que se impuso a los funcionarios de Gendarmería la pena de un año de suspensión del cargo público que actualmente ejercen y el pago de una multa equivalente a 12 Unidades Tributarias Mensuales, coincidiendo con la pena solicitada por la Fiscalía. La defensa de los imputados no recurrió de nulidad del fallo, el cual actualmente se encuentra firme.

Valoramos la compleja investigación que realizó la Fiscal Greta Fuchslocher, que ha permitido obtener un importante precedente judicial en relación al trato que debe darse al interior de los establecimientos penitenciarios, y que demuestra un actuar objetivo del Ministerio Público, que por una parte intenta obtener condenas privativas de libertad y por otra se preocupa del respeto de las garantías fundamentales que tienen cada uno de los internos.

Sentencia:

Santiago, treinta y uno de diciembre de dos mil siete.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que ante este duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago, la fiscal del Ministerio Público doña GRETA FUCHSLOCHER HASSENBERG, ha interpuesto requerimiento en procedimiento simplificado en contra de ANDRES HERIBERTO MELLA MANCILLA, cédula de identidad 15.547.712-1, funcionario público, domiciliado en [...]; y, de JOSE JONATHAN DAMIANO YAÑEZ, cédula de identidad 16.149.783-5, funcionario público, domiciliado en

[...]; representados por los abogados don NELSON CARVALLO ANDRADE Y don PATRICIO CARVALLO SANTA MARÍA; fundado en los siguientes hechos:

“El día 02 de Febrero de 2006, pasadas las 22:00 horas, en el interior del Centro de Detención Preventivo Femenino, CPF de Santiago, ubicado en calle Arturo Prat N° 20, comuna de San Joaquín, los imputados ANDRES HERIBERTO MELLA MANCILLA y JOSE JONATHAN DAMIANO YAÑEZ, ingresaron, en el marco de un allanamiento, a la Sección Esperanza, de baja peligrosidad, habitada sólo por internas mujeres en su gran mayoría primerizas, el primero de ellos portando una cámara de video portátil marca JVC, gra-

bando los precisos instantes en que algunas de las internas eran revisadas o registradas corporalmente mediante la exhibición de sus senos y de sus genitales, entre ellas, IJSW, MITM, OEJM, AMMF, KSMG, CAHC, KISO, YVPL, ZJCG, TCHP, LMPM, PMIR, MESGE, IRMG, MSCN, JAZC, CSCGCH, MM-CHL, KPVI y PARL, las víctimas, lo que también fue presenciado por el segundo de los nombrados, no dando así, estos funcionarios, cumplimiento a las expresas tareas secundarias que en el marco de dicho procedimiento debían cumplir, en virtud de lo ordenado por la Oficial a cargo del mismo, TENIENTE DE GENDARMERÍA JESSICA ALEJANDRA JIMENEZ MORENO, y que se limitaban a filmar los elementos prohibidos una vez que fueran hallados, esperando que la última de las internas subiera al patio de dicha sección, después de practicado precisamente el registro corporal correspondiente, en el caso de Mella Mancilla, y la de únicamente cortar los candados de los roperos de las internas, en el caso de Damiano Yañez, quienes además grabaron e intervinieron en el allanamiento a los dormitorios, respectivamente cada uno de ellos, vulnerando dicha orden. Posteriormente, ambos imputados, estando en la sala de abogados de dicho recinto y encontrándose presente algunas internas, revisaron la cinta recientemente grabada, burlándose de las características físicas de las mujeres corporalmente registradas, todo lo cual, indistintamente, uno y otro hecho, constituyen vejaciones injustas en contra de las afectadas.”

Los hechos descritos constituirían el delito de abusos contra particulares consistentes en vejaciones injustas, previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal, teniendo los requeridos una participación en calidad de autores de conformidad al artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, y encontrándose en grado de consumado.

Se ha solicitado sea condenado, a la pena de 1 (un) año de suspensión en su grado mínimo del empleo o cargo público que actualmente ejercen y al pago de una multa equivalente a doce unidades tributarias mensuales, más las penas accesorias que correspondan y el pago de las costas de la causa.

SEGUNDO: Que los requeridos, en ejercicio de sus derechos, han exigido la realización de un juicio oral al que se ha procedido en las audiencias de los días 18, 19, 20, 21 y 26 de diciembre de 2007.

TERCERO: Que la defensa ha solicitado la absolución de los requeridos fundado en que el hecho que se les imputa no constituye delito al no configurarse una vejación injusta.

En el evento que se estime que el hecho es típico debe resolverse, según expone, que no es antijurídico por cuanto los imputados habrían obrado justificados por el cumplimiento de un deber.

CUARTO: Que para acreditar sus alegaciones, el Ministerio Público ha presentado como prueba el testimonio de los testigos: CAHC, cédula de identidad N° [...], 53 años, nacida en Santiago, soltera, educadora de trato directo, domiciliada en [...]; ZJCG, cédula de identidad N° [...], 27 años,

nacida en Loncoche, soltera, comerciante, domiciliada en [...]; KSMG, cédula de identidad N° [...], 27 años, nacida en Santiago, soltera, dueña de casa, domiciliada en [...]; JAZC, cédula de identidad N° [...], 42 años, nacida en San Bernardo, casada, dueña de casa, domiciliada en [...]; IJSW, cédula de identidad N° [...], 21 años, nacida en Santiago, soltera, sin actividad, domiciliada en [...]; MITM, cédula de identidad N° [...], 42 años, nacida en Santiago, soltera, dueña de casa, domiciliada en [...]; MSCN, cédula de identidad N° [...], 39 años, nacida en San Bernardo, casada, cocinera, domiciliada en [...]; LMPM, cédula de identidad N° [...], 74 años, nacida en Santiago, dueña de casa, domiciliada en [...]; TCHP, cédula de identidad N° [...], 34 años, nacida en Santiago, casada, comerciante, domiciliada en [...]; MMCHL, cédula de identidad N° [...], 50 años, nacida en Santiago, casada, asesora del hogar, domiciliada en [...]; CSGCH, cédula de identidad N° [...], 29 años, nacida en Santiago, soltera, dueña de casa, domiciliada en [...]; CDBV, cédula de identidad N° [...], 22 años, nacida en Santiago, soltera, dueña de casa, domiciliada en [...]; AMMF, cédula de identidad N° [...], 42 años, nacida en Los Angeles, soltera, asesora del hogar, domiciliada en [...]; SCTT, cédula de identidad N° [...], 66 años, nacida en Peñaflor, casada, trabajadora, domiciliada en [...]; FMMB, cédula de identidad N° [...], 42 años, nacida en Santiago, trabajadora, domiciliada en [...]; Adrián Nolberto Chihuaicura Ronda, cédula de identidad N° 10.849.401-8, 37 años, nacido en San Fernando, casado, empleado público, Cabo 2° de Carabineros, domiciliado en [...];

José Francisco Frías Pérez, cédula de identidad N° 9.406.104-0, 44 años, nacido en Santiago, funcionario de Carabineros, domiciliado en [...]; Pedro Lorenzo Villarreal González, cédula de identidad N° 8.232.662-6, 48 años, nacido en Tomé, casado, empleado público, Sargento 1° de Carabineros, domiciliado en [...]; Irene Del Carmen Silva Carrasco, cédula de identidad N° 8.190.446-4, 47 años, nacida en Lebu, soltera, Oficial de Gendarmería, domiciliada en [...]; Paulina Teresa Carrasco Tapia, cédula de identidad N° 12.217.165-5, 35 años, nacida en Antofagasta, viuda, Oficial de Carabineros, domiciliada en [...]; Alex Patricio Hermosilla Godoy, 31 años, nacido en Temuco, casado, Oficial penitenciario, domiciliado en [...]; Carolina Andrea Acuña Jorquera, cédula de identidad N° 16.076.766-9, 21 años, nacida en Santiago, soltera, Vigilante de Gendarmería, domiciliada en [...]; Daniela Lorena González Huichapán, cédula de identidad N° 15.550.483-8, 22 años, nacida en Lautaro, soltera, funcionaria de Gendarmería, domiciliada en [...]; Carolina Soledad Pérez Fernández, cédula de identidad N° 15.199.012-6, 25 años, nacida en Lebu, soltera, Vigilante de Gendarmería, domiciliada en [...]; Jorge Luis Alfaro Morales, cédula de identidad N° 13.789.063-1, 27 años, nacido en Linares, casado, funcionario público de Gendarmería, domiciliado en [...]; Raúl Ponciano Leal Olgúin, cédula de identidad N° 8.580.591-6, 44 años, nacido en Temuco, casado, Oficial de Gendarmería, domiciliado en [...]; Sandra del Carmen Fuentalba Pizarro, cédula de identidad N° 11.945.805-6, 35 años, nacida en San Antonio, casada, Carabinero,

domiciliada en [...]; Pablo Roberto Toro Fernández, cédula de identidad N° 10.950.390-8, 39 años, nacido en Coquimbo, casado, Oficial Penitenciario, domiciliado en [...]; Jéssica Alejandra Jiménez Moreno, cédula de identidad N° 13.578.140-1, 28 años, nacida en Chillán, casada, Oficial Penitenciario, domiciliada en [...]; Marcela Alejandra Arellano Torres, cédula de identidad N° 13.373.100-8, 29 años, casada, nacida en Chanco, casada, funcionaria pública, domiciliada en [...]; Juan Manuel Gutiérrez Agurto, cédula de identidad N° 15.157.587-0, 25 años, nacido en Parral, casado, funcionario público de Gendarmería de Chile, domiciliado en [...]; las declaraciones de los peritos Darwin Eduardo Valdebenito Henríquez, cédula de identidad N° 19.590.294-4, 44 años, nacido en Cauquenes, casado, funcionario público de Carabineros de Chile, domiciliado en Antonio Varas 1842, comuna de Providencia; Manfredo Vladimir Bórquez Soto, cédula de identidad N° 11.148.945-9, 40 años, nacido en Chillán, soltero, funcionario público de Carabineros de Chile, Cabo 1°, domiciliado en Antonio Varas 1842, comuna de Providencia; todos los cuales prestaron declaración previo juramento o promesa, bajo la fórmula legal; y evidencias consistente en copia simple de “Nómina de Funcionarios que participaron en procedimiento de registro y allanamiento de la Sección Esperanza, el 02 de febrero de 2006”, suscrita por la Teniente de Gendarmería de Chile, Alcaide 2°, Srta. Jessica Jiménez Moreno, en su calidad de Oficial Jefe Nocturno del C. P. E. de Santiago el día de los hechos investigados; croquis sitio del

suceso levantado a mano alzada por el Sargento 1° Sr. Pedro Villarreal González, del Departamento OS-9 de Carabineros de Chile, adjunto a Croquis del mismo elaborado computacionalmente y confeccionado por la Oficina de Video y Fónica Forense de dicha institución, asignado bajo el N° 50 de fecha 04 de mayo de 2006; fotocopia Certificada del “Libro de Novedades de Circuito Cerrado de Televisión (CCTV) (Sala de Cámaras), de “Libro de Novedades de Telefonista”, y “Libro de Novedades de Guardia Interna”, correspondiente al C. P. F. de Santiago de fecha 02 de Febrero de 2006 y días anteriores y posteriores, remitido por la Fiscalía Administrativa General de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile en cumplimiento al oficio N° 7106/2006 del Ministerio Público con fecha 03 de noviembre de 2006; set fotográfico del sitio del suceso y demás dependencias del C.P.F. de Santiago dependiente de Gendarmería de Chile. (30 fotografías); set fotográfico ilustrativo de contenido de video cassette, formato mini dvd, 0 de color negro, marca JVC, elaborado por el Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile, Labocar, como apoyo del Informe N° 2715/2006. (60 fotografías); una video-cámara digital, marca JVC, modelo GR-D290U, con su cargador y batería. (NUE 196675); y una cinta de video cassette, formato mini dvd, de color negro, marca JVC. (NUE 196675).

QUINTO: Que, por su parte, la defensa, para acreditar sus alegaciones, se ha estado a la prueba rendida por el Ministerio Público, sin aportar una distinta.

SEXTO: Que las partes han convenido como convención probatoria “Que los imputados Andrés Heriberto Mella Mancilla y José Jonathan Damiano Yáñez, al momento de ocurrencia de los hechos presentaban la calidad de funcionarios públicos de Gendarmería de Chile” por lo que se tendrá por acreditado el hecho a que se refiere.

SÉPTIMO: Que con el mérito de las probanzas rendidas puede tenerse por acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

1) Que los hechos ocurrieron el día 2 de febrero de 2006, aproximadamente a partir de las 21,00 horas.

La fecha es señalada precisamente así por los testigos CAHC, ZJCG, JAZC, IJSW, AMMF, SCTT, Adrián Nolberto Chihuaicura Ronda, Jéssica Alejandra Jiménez Moreno, Juan Manuel Gutiérrez Agurto, Darwin Eduardo Valdebenito Henríquez (quien obtiene la información de la imagen del video) y Manfredo Vladimir Bórquez Soto (quien señala la fecha a partir de la grabación del video). Además es la fecha que se encuentra registrada en el video que fue exhibido al tribunal e incorporado como prueba y en las fotografías tomadas del mismo video. Es la fecha que se registra en los libros internos del Centro Penitenciario Femenino cuyas copias pertinentes fueron acompañadas al juicio. Finalmente, el 2 de febrero de 2006 es la fecha indicada en la “Nómina de Funcionarios que participaron en procedimiento de registro y allanamiento de la Sección Esperanza, el 02 de febrero de 2006”, suscrita por la Alcaide 2°, Srta. Jessica Jiménez Moreno.

Otros testigos sólo señalan que ocu-

rió el 2 de febrero sin señalar el año como son KSMG, MSCN, CDBV, José Francisco Frías Pérez, quien oyó este dato del segundo testimonio que durante la etapa de investigación dio el requerido Mella Mancilla; Paulina Teresa Carrasco Tapia, quien investigó los hechos como funcionario de Carabineros; y un tercer grupo de testigos indica que los hechos ocurrieron en febrero de 2006 sin precisar el día como son TCHP, CSCGCH, Irene Del Carmen Silva Carrasco, Carolina Andrea Acuña Jorquera, Raúl Ponciano Leal Olguín, Sandra del Carmen Fuentealba Pizarro; testimonios que corroboran y no contradicen la conclusión.

Finalmente, dos testigos ubican los hechos en el año 2005 como es el caso de MITM y LMPM, pero siendo las únicas se tendrá como un error de su parte, más aún cuando no es un hecho controvertido la fecha de ocurrencia.

La hora está fijada por los testimonios de CAHC, ZJCG, JAZC, IJSW, MITM, TCHP, CSCGCH, CDBV, AMMF, FMFB, Adrián Nolberto Chihuaicura Ronda, José Francisco Frías Pérez, Carolina Andrea Acuña Jorquera, Daniela Lorena González Huichapán, Sandra del Carmen Fuentealba Pizarro, Jéssica Alejandra Jiménez Moreno, Juan Manuel Gutiérrez Agurto, Darwin Eduardo Valdebenito Henríquez, ninguno de las cuales fija una hora anterior aunque sí horas posteriores que no exceden de las 23,00 horas, diferencias que no parecen relevantes al tenor de las teorías de las partes.

Pedro Lorenzo Villarreal González funcionario de Carabineros asignado para investigar los hechos en marzo

de 2006 señala que tomó declaración a las internas y todas coinciden en fecha, hora y personas que intervienen en el procedimiento.

2) Que CAHC, ZJCG, KSMG, JAZC, IJSW, MITM, MSCN, LMPM, TCHP, MMCHL, CSCGCH, CDBV, AMMF, SCTT, FMMB, se encontraban como internas en el Centro Penitenciario Femenino, sección Esperanza.

Este hecho se acredita por sus propios testimonios en los que se ubican el día de los hechos en el lugar indicado, en calidad de internas, por cuanto dichos testimonios aparecen veraces al hacer tal afirmación, en tanto no emergen contradicciones, dan razón de sus dichos, reflejando conocer el lugar, no siendo contradictorios por prueba alguna y siendo ratificada su presencia por los siguientes elementos de convicción:

CAHC confirma en su testimonio la presencia de ZJCG, MC, PH, TCHP, LMPM, CG, MMCHL, CG y CB.

ZJCG ubica en el lugar a KSMG, MITM y CAHC.

JAZC indica que estaban la SCTT, KSMG, MITM y AMMF.

IJSW identifica a JZ, MG, AMMF, AMTM, ZJCG, KSMG y FMMB.

MITM ubica en el lugar a KSMG aunque señala que eran muchas internas y que muchas se han ido.

MSCN identifica entre las internas a KSMG, CAHC, AR, FMMB y ZJCG.

CSCGCH identifica entre las internas a CAHC, MMCHL, CG, FMMB, T, LMPM.

Pablo Roberto Toro Fernández in-

vestiga la denuncia formulada por CAHC lo que abona su presencia en el lugar de los hechos.

De la copia del “Libro de Novedades de Guardia Interna” aparece en el relato del procedimiento que, como resultado de éste, fueron trasladadas a la sección Santa Teresa las internas imputadas Erika Yamal Bagyinka, Natalia Gutiérrez Salinas, YVPL, Olga Flores Caviares, KSMG, ZJCG, Alejandra Castillo Osos; y las procesadas Rufina Jiménez Maranni, Roxana Lara Muñoz y Eliana Huidobro Araya.

Finalmente, debe tenerse presente que esta conclusión no ha sido controvertida.

3) Que el día y hora señalados se produce un allanamiento a las dependencias de dormitorios y un registro corporal de las internas del patio Esperanza del Centro Penitenciario Femenino.

Este hecho es posible establecerlo a partir del testimonio de CAHC, ZJCG, KSMG, JAZC, IJSW, MITM, MSCN, LMPM, TCHP, MMCHL, CSCGCH, CDBV, AMMF, SCTT, FMMB, todas internas del CPF; José Francisco Frías Pérez, quien oyó este dato en el segundo testimonio que durante la etapa de investigación dio el requerido Mella Mancilla; Irene Del Carmen Silva Carrasco, Comandante del recinto; Paulina Teresa Carrasco Tapia, investigadora de Carabineros; Carolina Andrea Acuña Jorquera, gendarme que participó en el procedimiento; Daniela Lorena González Huichapán, Carolina Soledad Pérez Fernández, Raúl Ponciano Leal Olguín, Sandra del Carmen Fuentealba Pizarro, Jéssica Alejandra Jiménez Moreno, Marcela Alejandra

Arellano Torres y Juan Manuel Gutiérrez Agurto.

Adrián Nolberto Chihuaicura Ronda, quien, en su calidad de funcionario policial, es testigo de oídas de la primera versión del requerido Mella Mancilla refiere igualmente la existencia de este hecho. Pedro Lorenzo Villarreal González, funcionario de Carabineros asignado para investigar los hechos en marzo de 2006, señala que tomó declaración a las internas y todas coinciden en la existencia de un allanamiento en el sector Esperanza del CPF de Gendarmería. Pablo Roberto Toro Fernández investiga la denuncia formulada por CAHC interrogando a ésta quien le refiere estos hechos.

El allanamiento a las dependencias consta además de las imágenes del video exhibido y de las fotografías tomadas del mismo.

En la copia del “Libro de Novedades de Guardia Interna” se lee un relato del procedimiento, con exclusión del registro corporal, del mismo modo que en la “Nómina de Funcionarios que participaron en procedimiento de registro y allanamiento de la Sección Esperanza, el 02 de febrero de 2006”, suscrita por la Alcaldesa Srta. Jessica Jiménez Moreno.

Finalmente, es necesario señalar que ninguna prueba refiere la inexistencia del allanamiento y registro corporal y que no es un hecho controvertido su existencia.

4) Que el registro corporal de las internas, que se realizó en el sector del culto, fuera de los dormitorios, consistió en que debían subirse la parte superior de sus vestimentas y bajarse la parte inferior, mostrando

sus pechos y genitales. Luego debían agacharse y girar en cuclillas a fin de verificar si les caía algo desde sus vaginas.

Así lo relatan CAHC, KSMG, CSCGCH, CDBV, SCTT y Carolina Soledad Pérez Fernández.

Por su parte, ZJCG, JAZC, IJSW, MITM, MSCN, LMPM, TCHP, MMCHL, AMMF, FMMB, todas internas en el CPF; Paulina Teresa Carrasco Tapia, Carolina Andrea Acuña Jonquera, funcionaria de Carabineros que investigó estos hechos; Daniela Lorena González Huichapán, Jéssica Alejandra Jiménez Moreno, Marcela Alejandra Arellano Torres; refieren todos estos hechos salvo los movimientos que realizaban las internas mientras mostraban su desnudez.

José Francisco Frías Pérez, quien, en su calidad de funcionario policial oyó el segundo testimonio que durante la etapa de investigación dio el requerido Mella Mancilla, relata que éste cuenta que el registro corporal se realiza en el sector del culto pero no da detalles de la forma en que se realiza.

Pedro Lorenzo Villarreal González señala que las declaraciones que recogió indican que el registro corporal se realiza en el sector del culto.

Las demás pruebas no entregan antecedentes sobre este hecho y ninguna prueba da una versión distinta. Por su parte, la defensa no ha cuestionado este hecho.

5) Que participaron en el allanamiento tres Gendarmes hombres, uno filmando el procedimiento, incluido el registro corporal; el segundo observando el mismo registro

desde un descanso de la escalera con un napoleón en su poder y el tercero armado en el ingreso al sector de los dormitorios.

Así está relatado por CAHC, ZJCG, IJSW, TCHP, CSCGCH, CDBV y AMMF.

Estos testimonios están refrendados por las siguientes declaraciones y evidencias:

Declaración de KSMG sólo señala que eran tres Gendarmes hombres; que uno filmaba y andaba con una de esas cosas con que se cortan los candados, de modo que este testimonio apoya la versión dada por las anteriores testigos.

Declaraciones de JAZC, MITM, MSCN, LMPM, MMCHL, SCTT, FMMB, Pedro Lorenzo Villarreal González, no señalan, aunque no niegan, la existencia del tercero pero sí la de los dos primeros, realizando las actuaciones que se han descrito, por lo que sus testimonios abonan a los primeros y no los controvierten.

Declaración de Paulina Teresa Carrasco Tapia en su declaración, que transmite los testimonios que recogió, afirma lo mismo de la conclusión, salvo en cuanto no precisa lo que realizó el tercer gendarme.

Declaración de Juan Manuel Gutiérrez Agurto sabe de la participación de dos gendarmes en el procedimiento aunque no puede testimoniar su participación específica. Uno de ellos filmaba y el otro llevó un napoleón que fue requerido.

José Francisco Frías Pérez y Pedro Lorenzo Villarreal González, como testigos presenciales de lo declarado por Mella Mancilla en su segunda

declaración, relatan que éste confiesa que había filmado a las internas en el momento del registro corporal y que cuando entra a los dormitorios llega otro funcionario; además señala el primero que reconoce el requerido que en el video en que aparecía la filmación del registro corporal fue grabado otro procedimiento por otro funcionario.

En el video y en las fotografías obtenidas del mismo se logra advertir a un funcionario en el momento en que se realizan los registros de las habitaciones distinto de aquel que filmaba. No obstante que en estas imágenes no se observa el registro corporal a que fueron sometidas las internas, ello no prueba que tal filmación no se haya efectuado por cuanto con el merito de las declaraciones prestadas por los peritos Darwin Eduardo Valdebenito Henríquez y Manfredo Vladimir Bórquez Soto y la observación del video y de las fotografías es posible establecer que sobre la grabación del procedimiento del 2 de febrero de 2006 se incluyeron imágenes de otros procedimientos ocurridos con posterioridad, sin que se hayan borrado por esas nuevas filmaciones las imágenes del referido procedimiento que no eran objeto de reproche, lo que constituye una coincidencia difícil de explicar y que permite albergar razonables dudas respecto de las motivaciones para llevar cabo esas nuevas filmaciones y que no se disipan con la explicación dada por el testigo Jorge Luis Alfaro Morales que se atribuye haber llegado y grabado los nuevos procedimientos sin verificar la cinta en la que lo estaba haciendo.

Los siguientes testimonios aparecen entregando una versión parcialmente distinta:

Adrián Nolberto Chihuaicura Ronda, quien, en su calidad de funcionario policial, es testigo de oídas de la primera versión del requerido Mella Mancilla refiere que, según éste, es el único hombre que participa en el procedimiento, con el objeto de fijar, a través de la filmación, el hallazgo de los teléfonos; aunque reconoce que a las 23,00 horas Damiano es llamado para que corte los candados, una vez terminado el registro corporal. Tal versión no es creíble ya que otros dos testigos (José Francisco Frías Pérez y Pedro Lorenzo Villarreal González) relatan una segunda declaración de este requerido en la que reconoce haber mentido en la primera oportunidad.

Irene Del Carmen Silva Carrasco, Alcaide del CPF a la fecha de ocurrencia de los hechos, niega la filmación del registro corporal, lo que le constaría porque vio el video en el que no se observa ningún registro corporal; porque dicha filmación no le fue informada en los antecedentes que se le proporcionaron y por los funcionarios de que se trata, ya que los conoce. Tal testimonio no será tenido en cuenta en tanto aparece contradicho, en cuanto a la filmación de los registros corporales, por las declaraciones de José Francisco Frías Pérez y Pedro Lorenzo Villarreal González, referidas precedentemente; por constar de su testimonio que el video ella lo observó una vez que ya estaba regrabado en la parte del registro corporal; por cuanto está demostrado, como se dirá, que la información que recibió del procedimiento fue parcial y porque el sólo hecho de conocer a los funcionarios es insuficiente para dar fe de lo sucedido, más aún cuando ha

quedado demostrada su ignorancia respecto de este punto.

Carolina Andrea Acuña Jorquera, Daniela Lorena González Huichapán, Carolina Soledad Pérez Fernández, Jéssica Alejandra Jiménez Moreno y Marcela Alejandra Arellano Torres, reconocen la participación de dos hombres aunque en momentos posteriores al registro corporal. Se trata en este caso de Gendarmes que participaron en el procedimiento que no son muy enfáticas o creíbles en su versión. En efecto, Acuña Jorquera sólo dice que no vio al funcionario filmando; a Mella lo vio después que terminó de allanar y a Damiano sólo cuando pasó a revisar dependencias. González Huichapán, consultada sobre si vio a un funcionario filmando el registro corporal contesta que “sólo estaba preocupada de allanar a las mujeres”, lo que es una respuesta curiosa tratándose de una vigilante. Pérez Fernández señala que no vio a Mella filmar y no vio a Damiano en una actitud cuestionable. Jiménez Moreno señala que “no se dio cuenta de que Mella estaba filmando el registro corporal... si lo hubiese visto hubiera dado cuenta a la superioridad para aplicar sanción administrativa”; luego, llamada a superar contradicciones, reconoce que tres meses antes del juicio declaró que escuchó a una interna que reclamaba porque había un hombre filmando el allanamiento corporal, entonces sacó a Mella y lo llevó a otra dependencia; relata también que el día de los hechos se despreocupó de lo que estaba haciendo Mella porque debía preocuparse de otras cosas; Jiménez es la encargada del procedimiento, la misma que al realizar la nomina de funcionarios participantes solo incluye a un hom-

bre, no obstante que de los testimonios de los propios gendarmes participaron a lo menos dos. Finalmente, Arellano Torres si bien indica que sólo se filmó cuando las internas estaban afuera, su declaración se presenta llena de contradicciones, a saber: dice en primera instancia que los varones siempre han ingresado a los procedimientos a cortar candados y a controlar a las internas, aunque ha declarado anteriormente que no es normal que ingresen y que ingresan sólo cuando es necesario reducir a las internas; luego señala que no supo que hubieran internas sancionadas y acto seguido reconoce que cuando terminó el procedimiento sacó a las internas a constatar lesiones y luego a llevarlas a celdas de aislamiento; finalmente, consultada sobre si sabe si se ha sancionado a alguna interna por un motivo distinto del hallazgo de celulares, responde que no, que no sabe que se haya sancionada a alguna por haberle faltado el respeto a un funcionario, no obstante que en el interrogatorio nadie sugirió esa alternativa; todo lo cual demuestra el afán de la testigo de ocultar información, aunque de un modo tan poco inteligente que ha sido muy fácil advertirlo.

En consecuencia, en este punto y en todos los demás ha resultado evidente que las versiones de quienes eran internas en la sección Esperanza del CPF han resultado, por mucho, más creíbles que las de quienes se desempeñaban como gendarmes en dicho recinto. En el caso de las primeras, aparecen sus declaraciones coherentes entre sí, llenas de detalles que enriquecen sus dichos, a pesar de que algunas, por ser aún internas en el recinto, podrían tener temor a decla-

rar y, por tanto, interés en no aportar mayores datos. En el caso de las segundas, se advierte un ánimo a no comprometerse entregando información que pueda significarles responsabilidad; por ello es que la mayoría indica que no vio, lo que de por sí es dudoso en un recinto pequeño y ante la evidencia de los reclamos vertidos por las internas, según lo refieren ellas y la propia Teniente Jiménez, de que las estaban filmando en el momento en que exhibían sus cuerpos desnudos.

Elocuente a este efecto, es la declaración de Pedro Lorenzo Villarreal González, investigador del departamento OS-9, quien llega a concluir que las declaraciones de los gendarmes presentan muchas coincidencias, entre ellas, que todos mienten en el sentido que los hombres no ingresaron hasta que las mujeres subieron al patio de la sección Esperanza, luego Mella asume que había mentido. Reconoce que las filmaciones se hicieron tanto cuando mostraban sus partes íntimas como cuando habían subido al patio.

Las demás pruebas no aportan detalles relevantes sobre este punto y la defensa no cuestiona esta conclusión. Mas aún, ha sido la defensa en medio de la declaración de la Comandante Irene Silva la que le ha dicho a ésta, luego de escuchar su negativa de que se haya filmado el registro corporal, que en el referido allanamiento sí se efectuó la filmación del registro corporal.

6) Que, durante el allanamiento, el Gendarme que se encontraba en el descanso de la escalera observaba a las internas a quienes se sometía al registro corporal, sin realizar otras

actividades necesarias para el procedimiento.

Así lo sostienen CAHC, ZJCG, JAZC, IJSW, MITM, MSCN, LMPM, TCHP, MMCHL, CSCGCH, CDBV, AMMF, SCTT, FMMB, todas internas en la sección Esperanza; y Pedro Lorenzo Villarreal González y Paulina Teresa Carrasco Tapia, funcionarios policiales, como testigos de oídas de éstas; cuyos testimonios aparecen veraces, por cuanto son coherentes entre sí, dan razón de sus dichos y no se encuentran contradichos con otros elementos de convicción.

7) Que como producto del allanamiento se encontraron teléfonos celulares y otras especies que fueron incautadas.

Así lo manifiestan los testigos ZJCG, IJSW, MITM, MSCN, TCHP, CSCGCH, CDBV, Daniela Lorena González Huichapán, Carolina Soledad Pérez Fernández, Raúl Ponciano Leal Olguín, Jéssica Alejandra Jiménez Moreno, Marcela Alejandra Arellano Torres y Darwin Eduardo Valdebenito Henríquez.

Este hecho está ratificado por el video y las fotografías obtenidas del mismo en que aparecen las evidencias encontradas y por la copia del Libro de la guardia interna en que se enuncian las especies obtenidas en el allanamiento y que fueron incautadas.

No existen pruebas de lo contrario y no ha sido cuestionado por las partes.

8) Que con posterioridad fueron sancionadas diversas internas, entre ellas, KSMG, a quien se le aplicó la sanción por dirigirse irrespetuosamente

a un funcionario, reclamando por la filmación de que había sido objeto.

Esta es la versión entregada por los testigos CAHC, ZJCG, IJSW, MITM, MSCN, CSCGCH, FMMB y Paulina Teresa Carrasco Tapia.

Está refrendada esta conclusión además por:

MMCHL quien relata el hecho pero no identifica a la interna castigada.

KSMG quien reconoce la discusión con el sujeto que la estaba grabando y que le decía garabatos.

Jéssica Alejandra Jiménez Moreno la que reconoce la existencia de la sanción y el motivo, pero indica que el trato irrespetuoso de la interna fue gratuito.

De la copia del “Libro de Novedades de Guardia Interna” aparece en el relato del procedimiento que, como resultado de éste, fue trasladada a la sección Santa Teresa, entre otras, la interna imputada KSMG.

9) Que luego del allanamiento las imágenes de video captadas fueron exhibidas a otros funcionarios hombres de Gendarmería en la sala de abogados del recinto, sin que esto haya sido necesario para el servicio.

ZJCG y KSMG fueron testigos presenciales de este hecho. KSMG señala que el video fue revisado por los hombres, los mismos que hicieron el allanamiento. Señala que cuando se acercan a mirar con Z las echan para atrás. ZJCG reconoce a los dos sujetos que estaban en la sala de abogados y que corresponden a quienes había identificado como partícipes en el allanamiento. Señala que vio las imágenes de pasada pero que corresponden a las que habían filmado en

el allanamiento. Señala que se burlaban de las personas mayores.

IJSW refiere que este hecho lo escuchó de ZJCG y KSMG.

MITM cuenta que las niñas decían que los funcionarios que habían filmado se reían de cómo salían en el video.

MSCN, TCHP, MMCHL, CSCGCH, CDBV, señalan que escucharon que los funcionarios vieron el video con el allanamiento.

José Francisco Frías Pérez, como testigo presencial de lo declarado por Mella Mancilla, relata que éste confiesa que fue a la sección de abogados y revisan el video con la grabación, lugar en el que habían unas internas.

Sandra del Carmen Fuentealba Pizarro, como testigo presencial de lo declarado por Damiano, relata que éste señaló, en su declaración en la etapa de investigación, que más tarde (terminado el procedimiento) se dio cuenta que Mella y otras personas estaban revisando la grabación donde se vio.

Juan Manuel Gutiérrez Agurto, funcionario de relevo de Mella Mancilla en la sala de cámaras, relata que vio a éste junto a Damiano y a Caro, otro funcionario hombre, revisando el video en la sala de cámaras, una vez terminado el procedimiento, pero a él no le permitieron ingresar.

Ninguna prueba niega que las imágenes hayan sido exhibidas posteriormente.

10) Que el funcionario que realizó las filmaciones fue Andrés Heriberto Mella Mancilla.

CAHC, JAZC, IJSW, MITM,

MSCN, LMPM, TCHP, MMCHL, CSCGCH, CDBV, AMMF y SCTT, reconocen a Mella Mancilla como el que las filmó mientras se les hacía el registro corporal.

Estos testimonios están ratificados por las siguientes evidencias:

FMMB recuerda su presencia pero no lo que hacía.

Adrián Nolberto Chihuaicura Ronda, quien, en su calidad de funcionario policial, es testigo de oídas de la primera versión del requerido Mella Mancilla, refiere que Mella reconoce haber efectuado filmaciones pero sólo una vez que terminó el registro corporal.

José Francisco Frías Pérez y Pedro Lorenzo Villarreal González, como testigos presenciales de la segunda declaración prestada por Mancilla, relata que éste confiesa haber sido el que filmó el registro corporal.

Carolina Andrea Acuña Jorquera, Daniela Lorena González Huichapán, Carolina Soledad Pérez Fernández, Marcela Alejandra Arellano Torres, indican que Mella filmó el procedimiento pero sólo le vieron hacerlo una vez terminado el registro corporal.

Raúl Ponciano Leal Olguín relata que supo por el propio Mella que el procedimiento fue filmado por éste pero desconocía que se había filmado el registro corporal.

Jéssica Alejandra Jiménez Moreno, funcionaria a cargo del procedimiento, señala que Mella realizó las filmaciones del allanamiento con el objeto de fijar las evidencias encontradas pero no se dio cuenta que Mella estuviera filmando el registro corporal.

KSMG identifica a Damiano como el que realiza las filmaciones, pero también sostiene que éste tenía un Napoleón en su poder, el que por ser el único testimonio que sostiene una versión distinta, lo que puede entenderse como una confusión de su parte, se desatenderá en este punto.

11) Que el funcionario que observaba desde el descanso de la escalera era José Jonathan Damiano Yáñez.

CAHC, ZJCG, JAZC, MITM, MSCN, LMPM, TCHP, MM-CHL, CSCGCH, CDBV, AMMF y SCTT reconocen a Damiano como el que las observaba con un napoleón en sus manos mientras estaban desnudas para el registro corporal.

FMMB recuerda su presencia pero no lo que hacía.

Daniela Lorena González Huichapán testimonia que Damiano participó pero no indica la función que cumplió.

Las pruebas que podrían cuestionar esta conclusión son:

Los testimonios de Carolina Andrea Acuña Jorquera, Carolina Soledad Pérez Fernández y Marcela Alejandra Arellano Torres, indican que Damiano participó en el procedimiento pero sólo lo vieron después del registro corporal abriendo candados y revisando las dependencias, versión que no es suficiente para desvirtuar la conclusión en razón de que no afirman el hecho contrario.

Sandra del Carmen Fuentealba Pizarro, relata que Damiano señaló, en su declaración en la etapa de investigación, que ingresó al sector de dormitorios una vez terminado el registro corporal, que cortó candados y revisó

los roperillos y luego se le indicó que podía retirarse, versión que emana del propio imputado y no encuentra respaldo en las demás pruebas.

12) Que ambos, Andrés Heriberto Mella Mancilla y José Jonathan Damiano Yáñez, vieron junto a otros gendarmes hombres el video ya filmado.

KSMG y ZJCG son las testigos presenciales de este hecho, en circunstancias que habían sido sometidas a un procedimiento para aplicarles un castigo y así lo relatan. ZJCG indica que revisaban el video la persona que las filmó y Damiano. KSMG reconoce sólo a Damiano explícitamente; aunque indica que los hombres que miraban el video eran los mismos que habían participado en el allanamiento.

Corroboran esta versión los siguientes testimonios:

MITM cuenta que las niñas decían que los funcionarios que habían filmado se reían de cómo salían en el video.

José Francisco Frías Pérez, como testigo presencial de lo declarado por Mella Mancilla, relata que éste confiesa su participación en este hecho.

Sandra del Carmen Fuentealba Pizarro, como testigo presencial de lo declarado por Damiano, relata que éste señaló, en su declaración en la etapa de investigación, que más tarde (terminado el procedimiento) se dio cuenta que Mella y otras personas estaban revisando la grabación donde se vio.

Juan Manuel Gutiérrez Agurto, funcionario de relevo de Mella Mancilla en la sala de cámaras, relata que vio a éste junto a Damiano y a Caro, otro

funcionario hombre, revisando el video en la sala de cámaras, una vez terminado el procedimiento, pero a él no le permitieron ingresar.

No existen pruebas que desvirtúen la conclusión.

OCTAVO: Que fijados los hechos es necesario establecer si ellos encuadran en la figura típica que el Ministerio Público invoca, contemplada en el artículo 255 del Código Penal en la forma de vejación injusta en contra de personas, que contempla los siguientes requisitos:

Que se realice una vejación injusta en otra persona;

Que tal acción se realice por un funcionario público;

Que tal acción se realice en el marco de sus funciones.

Que el primer requisito requiere previamente conceptualizar la vejación injusta. Según Labatut, vejación es “cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona”, lo que se condice con lo señalado por el Diccionario de la Real Academia que define el término “vejar” como “maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer”.

En el lenguaje común la vejación no es cualquier maltrato o molestia sino que es aquel que ridiculiza; tiene cierto carácter humillante, de menosprecio, de menoscabo en la honra o dignidad del que lo sufre. No es posible pretender que el derecho, y particularmente el derecho penal, pretenda sancionar únicamente la molestia que se produce en la administración pública cada vez que se atiende mal al usuario, sino en la medida en que tal molestia tiene un sentido infamante.

La expresión “injusta” permite excluir aquella molestia que es connatural al desempeño funcionario apegado a su deber ser, legitimado por las normas que rigen su actuar. De modo que es injusto el maltrato que no encuentra una justificación normativa. Así, el Carabinero que procede a un control de identidad causa una molestia, pero si su actuación se justifica por la existencia de indicios que permiten presumir que el sujeto sometido a esa acción ha participado en un delito, tal molestia no puede ser calificada como injusta por cuanto el funcionario obró en el marco de sus atribuciones establecidas legalmente.

Es necesario tener presente en este punto que no se ha de juzgar a la institución Gendarmería de Chile, como lo ha destacado la sra. Fiscal, pero tampoco el procedimiento de allanamiento. Este último será justo o no dependiendo de si existían antecedentes suficientes para llevarlo a cabo, si fue ordenado por la autoridad competente y si se realizó conforme a derecho.

Los actos que se cuestionan por el Ministerio Público son la filmación de mujeres desnudas en el marco de un registro corporal por parte de un funcionario hombre, la observación de este procedimiento por parte de otro funcionario hombre y la posterior exhibición del registro filmico para la observación de estos mismos con el objeto de burlarse de las internas.

Que los actos de filmar a las internas del patio Esperanza del Centro Penitenciario Femenino constituyó para ellas una molestia no cabe la menor duda. El registro de imágenes que suponen una invasión tan im-

portante de la intimidad de una persona como su cuerpo desnudo hiere un sentimiento personal y social muy fuerte aún, a pesar de que las imágenes de personas y particularmente de mujeres desnudas son cada vez más cotidianas. Esto ocurre porque en este registro falta un elemento fundamental que no se echa de menos en las imágenes que hoy se exhiben en los diversos medios de comunicación, que consiste en la voluntariedad del registro de la imagen, en la aquiescencia dada por quien es fotografiado o filmado, consentimiento personal que se estima fundamental tanto para proceder a captar la imagen como para difundirla.

En el ámbito del proceso penal, único en el que el derecho podría admitir filmaciones o fotografías semejantes, se hace necesario que la filmación o fotografía se haga con autorización judicial dada previa ponderación de su necesidad y proporcionalidad de los fines que se persigue.

En otros ámbitos de la vida social no existen normas que autoricen la obtención de imágenes de personas desnudas si no es con su voluntad. Es por ello que violenta las conciencias de la generalidad de las personas suponer que alguien pueda filmar desnuda a otra sin su voluntad. Pretender que esa voluntad no es necesaria importa no sólo un menosprecio de la persona sino la negación misma de la personalidad. Es así entonces que se entienden las expresiones de las víctimas cuando son consultadas por lo que sintieron frente a tal hecho: molestia, rabia, vergüenza, miedo, tristeza, repugnancia, dolor, impotencia, humillación, hasta caer en el llanto. Estos son los sentimientos que

manifiestan con mayor o menor intensidad todas las testigos que fueron víctimas del hecho: CAHC, ZJCG, KSMG, JAZC, IJSW, MITM, MSCN, LMPM, TCHP, MM-CHL, CSCGCH, CDBV, AMMF y SCTT.

Si la filmación de una persona desnuda, aun cuando esté interna en un Centro Penitenciario, requería su voluntad y esta voluntad no fue prestada, claramente el acto de proceder igualmente es injusto, ilegítimo e ilegal.

Tampoco hay dudas en que las burlas dirigidas por los funcionarios hombres hacia las personas de las internas y aún sus solas miradas causaron molestias en ellas. Nuevamente se encuentra en este punto involucrado el derecho de cada persona de decidir a quién se le muestra el cuerpo. Si el derecho en ocasiones admite la posibilidad de vulnerar este derecho y de exigir a otro la exhibición de su cuerpo desnudo, procura mitigar dicha afectación exigiendo que tal observación se realice por una persona del mismo sexo. Esta exigencia se funda en la necesidad de evitar mayores tormentos morales, respetando el pudor personal. En cualquier caso, el derecho sólo acepta esta exhibición en casos excepcionales en que parece necesario para resguardar otros intereses, como en el caso de los recintos penitenciarios en que se pretende evitar atentados contra el recinto, su personal o los demás internos o la fuga de los presos. Lo que no respalda el derecho es que esta intromisión en la esfera de intimidad personal se haga únicamente para satisfacer el deseo de burla de alguien o el mero voyeurismo. Si el único fin persegui-

do es ése, el acto deviene en injusto, ilegítimo e ilegal.

Es probable que se pretenda sostener que la filmación y la observación de los funcionarios hombres al cuerpo desnudo de mujeres era necesaria para atestiguar la evidencia encontrada, argumento que cae cuando se evidencia que la misma observación o filmación pueden realizarla mujeres. En el caso que nos ocupa además es necesario advertir que la filmación al cuerpo desnudo de las mujeres resultaba del todo innecesaria para atestiguar los objetos encontrados. En efecto, ha quedado en evidencia que los únicos que han observado las imágenes, o al menos de quienes se ha probado esto, son precisamente los funcionarios hombres que participaron en la diligencia de allanamiento y otros no identificados con quienes las compartieron. Ningún superior ha tenido o manifestado interés en ver las imágenes oportunamente o ninguno de los que han declarado en el juicio lo ha reconocido. Esto demuestra que, a pesar de haberse encontrado evidencia, las imágenes de los cuerpos desnudos eran irrelevantes.

Pero el testimonio de la Comandante Silva puede aportar otra razón para sostener que la filmación de los cuerpos desnudos era necesaria: la transparencia del procedimiento. Sin embargo, cuando una institución se toma en serio la transparencia de sus procedimientos contempla resguardos mínimos de los elementos que permiten supervigilar el actuar. Se es transparente cuando se permite y facilita que terceros puedan observar los procedimientos realizados. Para ello era evidentemente necesario que los registros se guardaran convenientemente lo que no ocurrió. Tan es así

que se facilita que “terceros” puedan alterar el registro filmico eliminando precisamente las imágenes cuestionadas. Es claro entonces que la transparencia no era una finalidad perseguida ni por la Dirección del penal ni por nadie en él.

Que en cuanto al segundo requisito ha quedado establecido por una convención probatoria que ANDRÉS HERIBERTO MELLA MANCILLA y JOSÉ JONATHAN DAMIANO YÁÑEZ son funcionarios públicos en tanto son miembros de Gendarmería de Chile, institución que forma parte de la administración del Estado.

Que en cuanto al tercer requisito, se configura en tanto la acción la habrían realizado con ocasión de un procedimiento ordenado por una autoridad de la institución a que pertenecen, en el ejercicio de sus atribuciones y disponiéndose la participación de los imputados en el mismo.

NOVENO: Que la participación de los imputados ha de ser calificada de autores al haber tomado parte en la ejecución de los hechos de manera inmediata y directa.

DÉCIMO: Que la defensa ha invocado la causal de justificación contemplada en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, vale decir, la de haber obrado en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber. Estima la defensa que los requeridos han obrado en el cumplimiento de un deber al haber intervenido en el allanamiento en la sección Esperanza toda vez que su actuación obedeció a una orden, la de filmar y la de cortar los candados.

Tal alegación solo alcanzaría al re-

querido Mella ya que durante el juicio jamás se comentó siquiera que Damiano tuviera orden de observar los registros corporales de las internas o los registros filmicos de éstos, por lo que la defensa sólo pudo referirse a la orden de filmar que habría sido dada a Mella Mancilla.

Sin embargo, bastaría decir, para rechazar esta argumentación, que no se ha probado la existencia de semejantes órdenes que justifiquen la filmación de los cuerpos desnudos. Las únicas evidencias presentadas al efecto son la declaración de Pedro Lorenzo Villarreal González quien refiere los términos de la segunda declaración extrajudicial de Mella en la que este expone que 3 meses antes la Comandante Silva le señaló que debía filmar todo lo que pasara en los procedimientos. Tal declaración es coincidente con la que prestó Jessica Alejandra Jiménez Moreno, teniente a cargo del procedimiento, quien explica que Mella le hizo saber que éste estaba instruido por la Comandante de utilizar la cámara de video y grabar la evidencia. A ella le extraña que un hombre estuviera a cargo de esta función pero no lo cuestionó porque creyó que la Comandante así lo había dispuesto. Por su parte, Marcela Alejandra Arellano Torres declaró que “por lo que se dijo, el tenía una resolución para filmar los procedimientos”.

En verdad, las dos primeras declaraciones emanan del propio imputado y la tercera no entra en detalles respecto del conocimiento que tiene.

Por otra parte, no obstante lo afirmado por la Teniente Jiménez, ella misma señala que su instrucción a Mella fue filmar una vez que las mujeres

hubieran abandonado el lugar. La Comandante Silva declaró que no ha ordenado filmar desnuda a ninguna persona. El mayor Leal, finalmente, expone que no recuerda la existencia de una orden de que Mella filmara los procedimientos y, agrega, le parece extraño que haya existido.

En consecuencia, se ha probado únicamente la orden de filmar destinada a testimoniar únicamente las evidencias encontradas; y que la orden de cortar los candados suponía el ingreso del funcionario una vez que el registro corporal se hubiere realizado, como lo afirma la Teniente Jiménez, y las internas hubieren sido trasladadas al patio de la sección. Las órdenes dadas se podían cumplir sin violentar la intimidad de las internas.

El cumplimiento del deber supone normalmente un conflicto de bienes jurídicos en que el derecho cede a favor del bien jurídico encarnado en el cumplimiento del deber asignado al autor por sobre el bien jurídico representado por la conducta típica. Pero la realización de una conducta típica no siempre se puede justificar por el cumplimiento de un deber; claramente el bien jurídico resguardado por el tipo penal debe ser de menor o, a lo menos, de igual entidad de aquel que se protege al justificar la acción. Según Cerezo Mir, citado por Garrido Montt, “el cumplimiento del deber nunca puede justificar un acto típico o marginar su tipicidad, si ese acto constituye un atentado a la dignidad humana”. (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, parte general, T. II, p. 194, 4° edición).

Cabe cuestionar igualmente si los requeridos se encontraban o no frente a un deber. El deber de cumplir una

orden formal no es absoluto. Supone también un análisis sobre su contenido, de modo que el funcionario, en particular, el que cumple labores en Gendarmería de Chile debe abstenerse de dar cumplimiento a órdenes que suponen la comisión de actos ilícitos. Frente a tal orden existe la obligación de representarla y exigir que se testimonie por escrito. Los testigos que son miembros de Gendarmería están contestes en que no están obligados a dar cumplimiento a órdenes ilícitas. También están contestes en el deber de representar las órdenes, de modo que no puede pretender alegarse ignorancia sobre el punto.

Finalmente, es claro que existe conciencia entre los funcionarios de gendarmería que en el registro corporal sólo pueden intervenir personas del mismo sexo. Así lo señala la Comandante Irene Silva; también el Capitán Alex Hermosilla Godoy, quien es enfático en señalar que no permitiría que un hombre viera a su esposa y madre desnuda y que como hombre entiende que filmar a una mujer desnuda es un vejamen; la vigilante Carolina Acuña Jorquera, quien manifiesta que no es posible que un hombre esté presente cuando se revisa a una mujer, porque es obvio, porque el cuerpo es privado, por su dignidad; el mayor Raúl Leal Olguín, también señala conocer la norma, señala que por formación, normativa y ética no se pueden filmar los registros corporales; el Oficial penitenciario Pablo Toro Fernández, destaca que el hecho de que hombres presencien el registro corporal con exhibición de genitales es incorrecto. Si están filmando también es incorrecto porque afectaría el derecho a la intimidad y

la dignidad de las personas; la teniente Jessica Jiménez señala que es mujer y no puede permitir que un hombre filme los genitales de una mujer; Marcela Arellano Torres, también funcionaria de Gendarmería afirma que no está permitido que los hombres estén cuando estén allanando a una interna.

Ha pretendido la defensa demostrar que al margen de este conocimiento, en la práctica, por razones propias de la cultura organizacional, los funcionarios estaban impedidos de cuestionar las órdenes. Algo de eso emerge de la prueba. El testimonio de la Teniente Jiménez es elocuente ya que no obstante que le pareció extraña la orden que le refiere Mella decide cumplirla porque la habría dado la Comandante.

Sin embargo, el derecho no puede resguardar elementos culturales de las organizaciones que son claramente disfuncionales a los fines de la ley, la que cuando se aparta de la realidad normalmente tiene por objeto transformarla. Esto ocurre particularmente en el ámbito de los derechos individuales en las últimas décadas, en que el derecho, a través de instrumentos nacionales e internacionales procura su reconocimiento, respeto y promoción. ¿Qué duda cabe que por estos medios se pretende modificar prácticas atávicas incorporadas en distintas instituciones del Estado que a fuerza de su repetición dejan de ser cuestionadas?

Si la cultura organizacional se aparta de la legalidad, esa cultura debe ser modificada; si las ideas erradas de los miembros de los órganos del Estado se oponen al derecho que el propio Estado proclama, ellas deben ser re-

emplazadas; o si son sus miembros los que se oponen a ello, deben éstos ser removidos. El derecho, como fundamental instrumento del Estado para procurar el bien común y el respeto a los derechos fundamentales no puede ceder en esta lucha.

UNDÉCIMO: Que concurre en la especie, respecto de ambos imputados, la atenuante de irreprochable conducta anterior, justificada con el mérito del extracto de filiación y antecedentes exento de anotaciones prontuariales, hecho respecto del cual no existe controversia.

Que en cuanto a la atenuante del artículo 11 N° 1, en relación al artículo 10 N° 10, debe rechazarse por no haberse acreditado su requisito fundamental, esto es, la existencia de un deber que les obligara a observar y filmar los cuerpos desnudos de las internas que estaban siendo objeto del registro corporal. Como se ha dicho, de haber existido la orden, lo que no se acreditó, debió cuestionarse representándola, lo que no se hizo.

Finalmente, la atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos se ha de rechazar en atención a que los requeridos no han prestado declaración ante el Tribunal ni han admitido su responsabilidad en los hechos. Si bien Damiano prestó declaración en la etapa de investigación, negó los hechos que ahora quedan establecidos. En el caso de Mella, prestó dos declaraciones, en la segunda se desdijo de lo afirmado en la primera, por lo que resultaba muy importante su declaración en el juicio para beneficiarse de esta minorante. Por otra parte, no es fácil excluir su responsabilidad en la pérdida de las imágenes obtenidas en el regis-

tro corporal de las internas, teniendo presente que era el quien estaba a cargo de la cámara y de las cintas.

Que al concurrir una atenuante y ninguna agravante no se aplicará la pena en su grado máximo y atendido que la extensión de esta pena, conforme lo determina el artículo 25 del Código Penal, transcurre desde los 61 días hasta los 3 años, se regulará en el tramo que corre entre los 61 y los 540 días.

DUODÉCIMO: Que habiéndose determinado que la pena debe ser regulada en el tramo que corre entre los 61 y los 540 días, deben expresarse los criterios conforme a los cuales debe fijarse la sanción, teniendo para ello en consideración a la mayor o menor extensión del mal causado como ordena el artículo 69 del Código penal.

Para lo anterior, debe atenderse en primer lugar a la víctima. A este efecto, debe tenerse presente que se trata de mujeres, todas ellas privadas de libertad en un centro de detención del Estado, bajo un régimen de prisión preventiva, en una sección destinada a primerizas o internas de baja peligrosidad.

Los privados de libertad están privados de uno de sus derechos más elementales cual es la libertad ambulatoria. Consecuencia de esta privación de derechos ineludiblemente aparecen menoscabados otros derechos esenciales como el derecho al trabajo, el derecho a comunicarse con sus familias, el derecho de reunión, por mencionar sólo algunos. Tales privaciones de derechos están legitimadas por el ordenamiento jurídico en función de ciertos intereses sociales que emanan del proceso que se sigue en

contra de las internas y que hacen necesario su privación de libertad, no como fruto de una pena impuesta por la justicia, sino como resultado de una decisión fundada en la satisfacción de necesidades procesales.

Esta situación convierte a los privados de libertad en los más menesterosos del sistema judicial, toda vez que dichas privaciones les hace imposible valerse por sí mismos. De ahí que el Estado, asumiendo esa imposibilidad y reconociendo su responsabilidad en proveer a las necesidades de estas personas crea un servicio público destinado a satisfacer sus necesidades que es Gendarmería de Chile.

La Ley Orgánica de Gendarmería define a esta institución como un “Servicio Público... que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.” Por lo tanto, Gendarmería debe ‘atender’ a los privados de libertad, vale decir, mirar por ellos o cuidar por ellos; debe también ‘vigilar’, esto es, cuidar solícitamente de éstos; y, finalmente, debe ‘rehabilitar’, o sea, restituir a la sociedad al sujeto, lo que supone dotarle de habilidades sociales que le ayuden a superar sus conflictos de un modo respetuoso de los derechos de los demás.

Tales fines se ratifican en el “Reglamento de Establecimientos penitenciarios” que en su artículo 1° establece que “La actividad penitenciaria... tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social

de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”

En definitiva, Gendarmería de Chile es mucho más que una organización de carceleros; es más bien, una institución formada por servidores públicos que tienen como misión hacer carne, respecto de los privados de libertad, el mandato constitucional que señala que el Estado está al servicio de la persona y su deber es promover el bien común.

Bajo este prisma, las funciones señaladas en su ley orgánica adquieren un sentido cabal. Así, la de “custodiar y atender a las personas privadas de libertad” (art. 3°, letra d); “readaptar a las personas privadas de libertad” (art. 3°, letra e); y “asistir en el medio libre a las personas que accedan al mismo por encontrarse cumpliendo condenas o por otra causa legal” (art. 3°, letra f). Resulta natural entonces que la propia ley, en su artículo 15, exija al personal de gendarmería “otorgar a cada persona privada de libertad un trato digno propio de su condición humana”; agregando que “Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes.”

En la misma línea y casi majaderamente el “Reglamento de Establecimientos penitenciarios” contempla una normativa que reconoce una y otra vez los derechos individuales en el entendido que la privación de libertad no altera la condición de ciudadanos libres de quienes son sometidos al régimen penitenciario y, por tanto, su calidad de sujetos de derechos. (art. 2°) Limita su actuar a la normativa que emana de la Constitución, de los Tratados internacio-

nales, de las leyes, reglamentos y sentencias judiciales (art. 4°). Sobre esta base, se compromete a gendarmería en procurar la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno (art. 5°), reconociéndole a éstos la libertad ideológica y religiosa, su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y el acceso a la cultura, procurando el desarrollo integral de su personalidad, y a elevar peticiones a la autoridad; proscribiendo las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra (art. 6°). Respecto de los detenidos y sujetos a prisión preventiva se eleva a la calidad de principio rector la presunción de inocencia, esto es, el derecho a ser tratado como inocente (art. 7°).

El artículo 10 letra a), que define como principio sobre el cual se organizan los establecimiento penitenciarios el de “una organización de la convivencia adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los derechos y la exigencia de los deberes de cada persona”, no es más que una conclusión natural de la normativa citada.

Esta reglamentación está en consonancia, desde luego, con las normas constitucionales que en el artículo 19 asegura a todas las personas los derechos que enumera, cuyas privaciones o perturbaciones sólo pueden contemplarse por ley. También concuerda con las normas internacionales contenidas en los tratados ratificados por Chile.

No obstante la normativa, parece que existen determinados elementos enquistados en la cultura institucional

que no permiten que dicha normativa sea del todo operativa. Aparece cierta idea de propiedad o dominio sobre los internos. La testigo AMMF expresa, al explicar su temor de declarar, que dicen que ella “pertenece” a la casa. Este sometimiento vuelve vulnerables a los internos “porque las ordenes deben cumplirse”, como lo señala la testigo CAHC.

Las internas del patio Esperanza en el mes de febrero de 2006 no corresponden a las que describe la reglamentación de los establecimientos penitenciarios. Privadas de información por su escaso contagio criminológico, tampoco reciben la necesaria de los funcionarios que las “atienden”.

Se les desconoce el derecho a reclamar y son sancionadas por hacerlo, aunque sea con justo motivo, como le ocurrió a KSMG.

Su vulnerabilidad llega al máximo cuando se las deja libradas a funcionarios que no son sometidos a ningún control y que, en caso de ser sorprendidos en flagrante violación de las órdenes y de la normativa son protegidos ocultando la información y tapándola con un verdadero voto de silencio. Por su parte, la Directora del establecimiento, su alcaide, quien pudiera servir de resguardo para los derechos de las internas, no brinda ninguna seguridad en tanto no tiene disposición a creer en nada que atente contra su personal imagen de sus subalternos.

Las privadas de libertad del patio Esperanza no sólo eran pobres sino también desvalidas. Las condiciones de su privación de libertad constituían un caldo de cultivo para abusos como los que se han conocido en esta causa.

La imagen descrita por los testigos CAHC, ZJCG, KSMG, JAZC, IJSW, MITM, MSCN, LMPM, TCHP, MMCHL, CSCGCH, CDBV, AMMF y SCTT que muestran al Gendarme Damiano observando la desnudez de las internas que son registradas, desde el descanso de la escalera, burlándose de la apariencia física de las internas mayores y disfrutando la observación de las más agraciadas con un napoleón en la mano, amenazando con cortarle la lengua a las que reclamaban, a vista y paciencia de sus compañeras del servicio que se encargaban del registro corporal, es reveladora de una visión que contrasta con la que emana del análisis de la normativa citada y que sólo es posible en la medida en que existan condiciones que aseguren su impunidad.

Coherente con esa idea, es la del Gendarme Mella Mancilla quien inventa la existencia de una designación especial para poder acceder al allanamiento y encargarse de su filmación, asegurándose la primera fila para observar el registro corporal de las internas.

Damiano y Mella comparten su “logro” mostrando a otros funcionarios del CPF las imágenes captadas, se burlan sin pudor, delante de algunas de las mismas internas filmadas. No hay clandestinidad en su acción, todo es transparente, pero nadie denuncia.

Damiano y Mella no sólo no son sancionados, como correspondería, conforme a la normativa. Por el contrario, se les propone una anotación de mérito. Aparentemente son un ejemplo a seguir.

Las internas del patio Esperanza, con la acción de Mella y Damiano, son

defraudadas en las expectativas que legítimamente podían forjarse del trato que debían recibir, que no está descrito en su imaginación, sino en la ley que rige a la institución que cumple su encierro. De paso, son lesionadas en uno de los pocos bienes que en su despojo les queda: su dignidad.

El daño causado es enorme y se repite tantas veces como internas fueron sometidas a la humillación.

Pero la pena no sólo ha de regularse conforme al mal causado sino también procurando que ésta sea adecuada para satisfacer sus fines, en particular la prevención especial. El objetivo es conseguir que los penados no vuelvan a incurrir en nuevas conductas ilícitas ya sea por medio de la disuasión o removiendo las condiciones que les permiten la comisión de ilícitos.

En el presente caso la disuasión de los sancionados es un vano afán. Los enjuiciados en lugar de mostrar arrepentimiento, al finalizar el juicio, y aún ante la evidencia de la falta de un motivo legítimo que justifique su obrar y del daño causado, insisten en su falta de responsabilidad. Por supuesto que es su derecho. Pero ¿quién puede asegurar que cumplida la sanción enmendarán su conducta?

Eso no es todo, cumplida la sanción ¿quién garantiza que estos funcionarios no tomarán represalias contra las internas que aún están privadas de libertad? Es una realidad que muchos de los funcionarios que tuvieron conocimiento de los hechos y que debieron o pudieron haber hecho algo por impedirlo o por sancionarlos siguen trabajando en el mismo penal. Varios de ellos han declarado en este juicio demostrando una convenien-

te amnesia. Ninguna evidencia fue presentada ante el tribunal que demostrara que la institución sancionó estos actos.

En definitiva, cumplida la sanción, las internas del Centro penitenciario femenino que han sido víctimas en este caso seguirán tan pobres y desprotegidas como lo eran en febrero de 2006, con la agravante que ahora pueden esperar represalias. Con vigilantes que no observan, gendarmes que resguardan, con jefes que no controlan y ocultan y con una cultura que protege el abuso, haciendo primar el compadrazgo por sobre los fines de la institución, las internas quedan más desvalidas que antes.

En función de lo anterior, descartada la disuasión, debe optarse por remover las condiciones que permiten el abuso, lo que significa que debe optarse por imponer la sanción más larga posible de modo de asegurar la protección de las internas por el mayor tiempo.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 6, 14, 15, 25, 49, 68, 69 y 255 del Código Penal; 36, 38, 89 inciso final, 297, 340, 342, 344 y 348 del Código Procesal Penal; se declara:

I.- Que se condena a ANDRES HERIBERTO MELLA MANCILLA, RUN 15.547.712-1; y a JOSE JONATHAN DAMIANO YAÑEZ, RUN 16.149.783-5, como autores del delito de vejación injusta contra personas cometido en esta ciudad el día 2 de febrero de 2006, a la pena de UN AÑO DE SUSPENSIÓN DEL CARGO PÚBLICO QUE ACTUALMENTE EJERCEN y al pago de una MULTA EQUIVA-

LENTE A DOCE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES.

II.- Que se condena en costas a los condenados.

III.- Se concede a los sentenciados plazo para el pago de la multa impuesta, debiendo acreditar el pago de seis cuotas iguales, mensuales y sucesivas equivalentes a dos unidades tributarias mensuales cada una.

Si no tuvieren bienes para satisfacer la multa impuesta sufrirán por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión a razón de un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que existan abonos que considerar por motivo de esta causa.

Regístrese, quedan los intervinientes notificados.

RIT N° 926-2006; RUC N° 0610003870-4

Dictada por don JORGE EDUARDO SÁEZ MARTIN, Juez de Garantía de Santiago.

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 DICIEMBRE DE 2007 Y MARZO DE 2008.

Renzo Figueroa Aste⁸⁴ - 85

I. Introducción:

El presente documento contiene una síntesis de criterios jurisprudenciales emanados de sentencias dictadas por diversos Tribunales del país, durante el periodo comprendido entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008.

Su objetivo es facilitar la búsqueda de ciertas materias relevantes propias de las infracciones a la Ley de Drogas.

Los criterios que se compilaron en el presente trabajo son: elementos para distinguir entre los delitos de tráfico ilícito de drogas de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.000; el rechazo de la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9 del Código Penal; el rechazo de la atenuante especial de responsabilidad criminal de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley N° 20.000; la agravante del artículo 19 Letra a) de la Ley de Drogas; la atenuante del artículo 10 N° 1 en relación al artículo 11 N° 1 del Código Penal; el miedo insuperable regulado en el artículo 10 N° 9 del Código Penal; la reincidencia específica del artículo 21 de la Ley N° 20.000; la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 8 del Código Penal; el retardo en la entrega de la droga por parte de los funcionarios policiales (artículo 41 de la Ley N° 20.000); y discusiones relativas al consumo de drogas.

II. Criterios jurisprudenciales:

1. Elementos para distinguir el delito de tráfico de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.000.

La jurisprudencia revisada refleja que la **cantidad de droga** sigue siendo un elemento determinante al momento de efectuar la distinción entre las figuras

84 Abogado asesor, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

85 Tabla de abreviaturas: las referencias a las sentencias se hace de la siguiente forma: la palabra "sentencia(s)" se abrevia(n) con una "S(s)". "TJOP" significa Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, "JG" Juzgado de Garantía, "Art." Artículo. A continuación, se señala la ciudad en que fue dictada la sentencia, el artículo de la ley en virtud del cual se condenó al o los acusados, entre paréntesis la fecha de dictación del respectivo sentencia y luego se señala el rol único de causa, RUC. "Cp" se emplea como abreviatura de Código Penal y "Cpp", de Código Procesal Penal.

del artículo 3° y 4° de la Ley de Drogas. No obstante ello, la jurisprudencia analiza también otras circunstancias al momento de configurar el ilícito.

En este sentido, la **pureza** de la droga incautada explica la mayor o menor posibilidad de aumentar las cantidades con otras sustancias, entendiéndose que a mayor pureza se pueden obtener cantidades superiores y, por consiguiente, más dosis, mayor poder de distribución y aumentar la cantidad de las ganancias provenientes de la actividad. En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido que el porcentaje de pureza de la droga no altera su peligrosidad o daño que provoca a la salud pública, cualquiera que este sea.

El hallazgo de un número importante de **envoltorios o contenedores**, permite calcular el número de **dosis posibles** que de ellos se pueden obtener, lo cual resulta de mucha utilidad al momento de distinguir una falta de consumo-porte del delito del artículo 4° de la ley de la referencia.

Por su parte, la **diversidad de drogas** se considera como indiciaria de una actividad económica más extensa, que busca llegar a la mayor cantidad de consumidores posibles.

Los **instrumentos** utilizados en la actividad de tráfico como balanzas, coladores, dosificadores, papeles recortados, bolsas y otros elementos comunes a la actividad de tráfico como teléfonos, bienes costosos de dudosa procedencia y la presencia de inusuales cantidades de dinero de baja denominación, van dando cuenta de una actividad de carácter permanente.

Lo anterior unido a la **habitualidad**, considerada en conjunto con otros elementos o aisladamente, también se ha considerado como indiciaria de una actividad de esta naturaleza.

El **valor comercial** de la droga, el dinero incautado y el valor económico del negocio dice relación directa con la capacidad económica del traficante, lo cual ha sido interpretado como indiciario de una actividad de tráfico mayor.

Las declaraciones de los funcionarios policiales respecto a las **circunstancias** en que ocurrió el hallazgo y la incautación, sumado a la **experiencia policial**, también son elementos de valoración a los que recurre el Tribunal.

En relación a la naturaleza del tipo penal del artículo 4 de la Ley N° 20.000, resulta interesante el siguiente fallo de la Corte Suprema, de fecha 02 de enero de 2007, Rol 1506-2005, que expresa: *“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 discrecio-*

nalidad, desde que los mencionados “conceptos regulativos” son puramente formales y neutrales, no procuran normas ni son constitutivos para la sentencia”.

De esta forma se mantiene la posición de la Corte Suprema, sostenida desde el año 2005⁸⁶, respecto de la figura del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en virtud de la cual es el tribunal el órgano que debe establecer la concurrencia del artículo 3° o 4° de la Ley de Drogas.

Destacable también es el hecho de que, en los fallos revisados, los tribunales establezcan que la **situación económica del imputado** no es un elemento que altere la decisión final, por cuanto nada obsta a que una persona de precaria condición pueda dedicarse a la venta de drogas.

Adicionalmente, en otros fallos se analiza la hipótesis de facilitar la droga a cualquier título y la contra excepción establecida en el propio inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000, que señala que no se entenderá que la droga está destinada al uso o consumo personal y próximo en el tiempo, cuando la cantidad incautada no permita racionalmente suponer que está destinada a ello, tomando en consideración, entre otras cosas, que **el volumen de la droga sea susceptible de ser aumentado mediante la adición de otras sustancias**.

Finalmente, en uno de los fallos se hace mención y se tiene presente al momento de configurar el delito, lo sostenido por el Profesor Jean Pierre Matus (revista *Ius et Praxis*, volumen 11, N°2, páginas 333-350 del año 2005) que señala que dicha figura tuvo como propósito “ofrecer a los Tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los dealers callejeros, o como los denomina el Mensaje No. 232-241 de 2.12.1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, *“personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas”*.”

Los fallos que contemplan los criterios referidos son:

STJOP Copiapó, Art. 4°, (03.12.07), RUC 0700052209-5, Considerando 19°.

“...Que si bien la droga incautada fue catalogada como pequeñas cantidades, tal cual como se estableciera a propósito de la configuración del hecho típico, la cuestión es determinar si las sustancias descubiertas se encontraban o no destinadas a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, debiendo tener presente que la escasa cantidad de droga decomisada, ni el carácter de adicto o dependiente de las mismas, resultan suficientes, si por otras vías de prueba se demuestra que la cantidad poseída en unión con los antecedentes del caso se vinculan con la actividad del tráfico...”

“...En efecto, de la prueba producida en juicio de la cual se hiciera referencia, no puede menos que estimarse que la droga incautada pretendía ser traficada o comercializada, puesto que la calidad o pureza de la droga incautada corres-

86 Fallo Corte Suprema, Rol N° 2005-05, de fecha 19 de julio de 2005.

pondría a pasta base de cocaína al 71%, esto es, una alta pureza y una droga cuya naturaleza produce graves efectos tóxicos, unido al hecho que la misma fue encontrada en un inmueble, conocido lugar de tráfico de estas sustancias según información previa que la Policía de Investigaciones manejaba, con droga dosificada, oculta y distribuida en bastantes e iguales envoltorios de papel de cuaderno cuadriculado, encontrándose en el sitio del suceso, monedas y billetes en su mayoría de baja denominación, un teléfono celular y una balanza, los cuales son usualmente utilizados por los vendedores de droga; elementos todos indiciarios de que el porte y guarda de las pequeñas cantidades de la sustancia ilícita, tenía como propósito ser traficada”

**STJOP Iquique, Art. 3°, (07.12.07), RUC 0700066127-3,
Considerando 10°.**

“...por decisión de mayoría del tribunal, se desecha la invocación subsidiaria, de la figura de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, por estimar que no nos encontramos ante la figura del artículo 4 de la Ley Nº 20.000; ello atendida la cantidad de la droga incautada, esto es, 76 gramos netos de pasta base de cocaína, que a juicio de estos sentenciadores no constituye una pequeña cantidad en los términos de la disposición invocada debido a la cantidad incautada, forma de ocultamiento y atendido además, que se encontraba distribuida en 187 dosis, y en 11 bolsas tipo helado, de las cuales se podían extraer otro número elevado de las mismas. En cuanto a las valoraciones efectuadas a las sustancias incautadas, se debe tener presente que en uno y otro caso, corresponden a pasta base de cocaína y, aún más considerando que la concentración de alcaloide no es menor, por lo cual se vulnera el bien jurídico protegido por el legislador, esto es, la salud pública, ya que casi un 60% de concentración promedio de estupefaciente, es suficientemente nocivo para la persona que lo consume; sin que el legislador haga distingos en relación a éste tópico.”

“Finalmente, en nada altera lo concluido por el Tribunal, la situación económica de la imputada, puesto que nada obsta a que una persona de precaria condición, pueda dedicarse a la venta de drogas, como efectivamente se acreditó en el juicio”

**STJOP Los Andes, Art. 3°, (21.01.08), RUC 0700128988-2,
Considerando 20°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25°.**

“...la Defensa, que reconoció en estrados la efectividad de los hechos constitutivos del delito y la participación del acusado, solicitó absolución fundándose en que la pureza de la droga era muy baja y que por tanto la cantidad efectiva de droga en poder del acusado ascendía a sólo unos pocos gramos.”

“...sin embargo es de público conocimiento que la droga jamás es comercializada en altos grados de pureza, por ser peligroso el consumirla en tal grado y por bastar para los consumidores un bajo grado de pureza para obtener los efectos deseados.”

“...por otra parte según consta del informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo introducido por el Ministerio Público, cualquier pureza o concentración de la droga es igualmente dañina para la salud pública.”

“...la Defensa sostuvo en estrados que la cantidad de droga decomisada alcanza a lo mas para condenar al acusado por micro tráfico.”

“...a este respecto, el microtráfico se configura únicamente cuando la cantidad de droga poseída es tan pequeña que basta sólo para efectuar unas pocas transacciones, constituyendo por lo tanto un hecho excepcional en la vida del autor.”

“...en el caso de la presente causa, según el acta de recepción N° 052/2007, la Policía de Investigaciones entregó al Servicio de Salud Aconcagua el total de 137, 66 gramos de sustancia decomisada, la cual, según los usos corrientes en el mercado de la droga, permite vender 137 dosis, cantidad de excede ampliamente el microtráfico.”

STJOP Santiago, Art. 4°, (31.01.08), RUC 0700394003-3, Considerando 14°.

“...en la especie el 26% de grado de pureza de la droga incautada, indicado por la pericia rendida, no permite racionalmente suponer que estaba destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, en los términos del inciso final del citado artículo 4° de la Ley N° 20.000, toda vez que su volumen aún podía ser aumentado mediante la adición de otras sustancias.”. En el mismo sentido, **STJOP Santiago**, (6°), Art. 3°, (05.02.08), RUC 0700089276-3, Considerando 19°, 20°; **STJOP Valdivia**, Art. 4°, (11.02.08), RUC 0600403419-4, Considerando 14°.

STJOP Viña del Mar, Art. 3°, (16.02.08), RUC 0700298176-3, Considerando 12°.

“...con la pretensión de la Defensa de recalificar los hechos al delito de microtráfico del artículo 4 de la Ley N° 20.000, ha de tenerse presente que, conforme lo destaca el Profesor Jean Pierre Matus (revista *lus et Praxis*, volumen 11 No. 2 páginas 333-350 del año 2005) dicha figura tuvo como propósito “ofrecer a los Tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los dealers callejeros, o como los denomina el Mensaje No. 232-241 de 2.12.1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, *“personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas”*. De acuerdo a lo que se ha dado por establecido en esta sentencia, la situación del acusado de ningún modo enmarca en tal concepto, no obstante que la policía al momento de detenerlo constató que guardaba una pequeña cantidad de marihuana (un total de 22.6 gramos netos), puesto que estas Juzgadoras no pueden desatender al hecho de que la prueba recibida en la audiencia aportó una serie de otros parámetros objetivos en apoyo de la hipótesis acusatoria, tales como la situación económica del acusado que le permitía, entre otras cosas, vivir en un inmueble bien equipado,

mantener para su uso un automóvil moderno, y todo eso sin ejercer alguna actividad laboral; en segundo lugar, sus contactos telefónicos con personas que lo podían proveer de marihuana y, en otro caso, que debían preocuparse de informarle sobre la disponibilidad o no de quienes debían salir a la calle, con toda seguridad a efectuar las ventas al por menor del estupefaciente; y, por último, el dinero en efectivo encontrado en su poder, y cuya tenencia no pudo explicar satisfactoriamente a los policías, si bien lo integraban billetes de baja denominación (de \$1.000.- y \$2.000.-), su monto era totalmente alejado de lo que sería el producto de la venta de una pequeña cantidad del estupefaciente...a lo menos, 270 empanadas o de 539 de esos envoltorios, tomando en cuenta los precios de éstos... y, más bien, y todo esto en correspondencia con el contenido de la última conversación a que hizo mención el testigo Torca, dicho dinero aparece como la suma de varias recaudaciones provenientes del comercio de pequeñas cantidades de marihuana, practicadas indudablemente por terceros que debían rendir cuenta al acusado, produciéndose así esa “cadena” de la que habló en estrados dicho policía, quien 18 explicó que se inicia con el sujeto que efectúa el comercio de la droga directamente al consumidor en las poblaciones de una ciudad, el cual, a su vez, reporta el dinero obtenido al dueño de la droga y, éste, posteriormente -gin la misma forma, o sea sin recurrir al cambio de los billetes, lo entrega para pagar al proveedor.”

**STJOP Viña del Mar, Art. 3°, (17.03.08), RUC 0700598871-8,
Considerando 19°.**

“...la conducta desplegada por los acusados correspondía a aquella señalada en el artículo 3° de la Ley N° 20.000 y no a la figura privilegiada establecida en el artículo 4° de la misma ley, conocida como microtráfico, teniendo en consideración para ello que la droga incautada no se encontraba dosificada para su venta directa al consumidor, sino que estaba contenida en bolsas de nylon...y, de acuerdo a lo señalado por los funcionario del OS.7 de Carabineros, la que si bien presentaba una pureza de M1= 2%, M2= 5% y M3= la muestra contiene Trazas, es decir presentaba una pureza inferior al 2%, según lo indicado en los protocolos de análisis de las Página 48 de 48 muestras y lo expuesto por el perito bioquímico del Instituto de Salud Pública, lo cierto es que José Herrera Sepúlveda, condenado por estos mismos hechos, le compró al acusado 48 gramos en la suma de \$150.000, circunstancia que la experiencia indica, que no estamos en presencia del último eslabón de la cadena de comercialización de sustancias estupefacientes ya que no es propio de un microtraficante, mantener en su poder altas cantidades de droga.”

“...la figura privilegiada de “microtráfico” fue incorporada en nuestra legislación con el fin de evitar que aquellas personas que se dedicaban a vender droga en pequeñas cantidades, principalmente en papelillos no quedaran excluidas de sanción, pero en este caso no se dan dichas circunstancias, teniendo presente además, que no se encontró ninguna evidencia en ese sentido como “papelillos” con droga o cortados para ese fin, como es frecuente encontrar en aquellos casos en que este Tribunal ha calificado el hecho como infracción al artículo 4° de la Ley N° 20.000.”

**STJOP Valparaíso, Art. 4°, (31.03.08), RUC 0700582542-8,
Considerando 12°.**

“...que la naturaleza de la sustancia por él vendida en esa ocasión fue científicamente determinada, no pudiendo hacerse lo mismo respecto de la pureza de esta porque su exigua cantidad no lo permitió, sin embargo esto último es irrelevante para estos efectos ya que la prueba pericial consistente en el Informe sobre tráfico y acción de cocaína en el organismo incorporado por el Ministerio Público, no objetado ni cuestionado, expone que “Cualquier pureza o concentración de la droga es igualmente dañina para la salud pública.”

2. Rechazo de la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

La jurisprudencia ha señalado, en reiterados fallos, que la atenuante en estudio procede únicamente **si la colaboración del imputado es precisamente sustancial**, facilitando el esclarecimiento de los hechos en los términos exigidos por la norma legal, debiendo el acusado tener una actitud de colaboración en la investigación. Si eventualmente el acusado reconoce el hecho al momento de la detención o presta declaración en juicio reconociendo su participación, no significa que ello sea sustancial, más aún si el imputado fue detenido en una situación de flagrancia.

En este sentido, se ha señalado que la circunstancia de que voluntariamente un sujeto acepte ser fiscalizado por personal policial **sin evadir o escapar a dicho control** tampoco puede ser considerada como colaboración sustancial.

Adicionalmente, se ha expresado que **no sólo se requiere de un reconocimiento de los hechos** y la participación que se imputa, sino también de antecedentes que puedan guiarla y acotarla.

Para configurar la atenuante se requiere que el aporte efectuado por el imputado **complemente los medios de prueba** que posee el Ministerio Público.

Los criterios reseñados se fundan en que el aportar antecedentes facilita la labor de persecución del Estado, mediante el desarrollo de una acción a la que no está obligado, por cuanto tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento.

**STJOP Iquique, Art. 3°, (03.12.07), RUC 0700196774-0,
Considerando 14°.**

“...no les favorece la atenuante del artículo 11 N° 9 del mismo Cuerpo Legal, toda vez que el hecho punible y la participación de los enjuiciados, pudieron ser establecidos con prescindencia de sus declaraciones prestadas en la audiencia de juicio, de lo que se colige que en la especie no existió colaboración que pueda ser calificada de sustancial en los términos de la disposición citada.”

**STJOP Iquique, Art. 3°, (06.12.07), RUC 0710003670-8,
Considerando 13°.**

“...se rechazarán las alegaciones de la defensa en el sentido de beneficiarle además la minorante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 9 del Código del ramo, ello por cuanto el acusado fue sorprendido en situación de flagrancia y si bien admitió llevar más droga en su organismo, por tratarse de ovoides, el procedimiento habitual en estos casos, es precisamente realizar exámenes médicos consistentes en radiografías, a fin de detectarlos en el estómago, de modo tal, que aún cuando el enjuiciado nada hubiese dicho, se le habrían practicado dichas pruebas.”. En el mismo sentido, **STJOP Iquique**, Art. 3°, (11.12.07), RUC 0600919210-5, Considerando 13°; **STJOP Viña del Mar**, Art. 3°, (12.12.07), RUC 0600864741-9, Considerando 17°; **STJOP Iquique**, Art. 3°, (21.12.07), RUC 0700368787-7, Considerando 11°; **STJOP Iquique**, Art. 3°, (08.01.08), RUC 0710009238-1, Considerando 13°; **STJOP Iquique**, Art. 3°, (09.01.08), RUC 0710008052-9, Considerando 13°; **STJOP Iquique**, Art. 3°, (10.01.08), RUC 0710009225-K, Considerando 12°; **STJOP Iquique**, Art. 3°, (16.01.08), RUC 0619004232-2, Considerando 15°.

**STJOP Antofagasta, Art. 3°, (19.01.07), RUC 0700290595-1,
Considerando 10°.**

“...la mayoría del tribunal rechaza la alegación de la defensa en orden a que beneficia a su representado la minorante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, por cuanto no obstante que confesó al momento de ser detenido y en el juicio, tanto los hechos como su participación en los mismos, se acreditaron suficientemente con la prueba de cargo rendida por el Ministerio Público.

“...dicho reconocimiento no cumple los presupuestos legales necesarios para dar por establecida la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, como tampoco su fundamento de la misma. Cabe recordar que, como se ha señalado anteriormente por este tribunal en otras sentencias, esta minorante pretende premiar al imputado que, por vía de aportar antecedentes, facilita la labor de persecución del Estado, desarrollando así una actuación a la que no está obligado en modo alguno desde que tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento, pero dicha colaboración debe ser sustancial, es decir, que de modo considerable o decisivo, sea un aporte a la aclaración de un delito.”. En el mismo sentido, **STJOP Antofagasta**, Art. 3°, (21.01.08), RUC 0700355434-6, Considerando 11°.

**STJOP Valdivia, Art. 3°, (11.02.08), RUC 0600403419-4,
Considerando 17°.**

“...la atenuante en comento requiere la entrega de antecedentes que permitan guiar y acotar la investigación, y las inconsistencias y falta de concordancia en los dichos de los acusados impiden su ponderación a fin de establecer la

sustancialidad para el esclarecimiento de los hechos que requiere para su procedencia...”.

STJOP Santiago (2°), Art. 4°, (20.02.08), RUC 0700318430-1, Considerando 13°.

“...la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, el Tribunal por mayoría de votos, estima que ésta no concurre ya que considera que para que ésta se conceda debe el imputado aportar a la investigación algún dato sustancial para el esclarecimiento de los hechos, lo que no se divide en la situación que nos convoca, toda vez que el imputado declara pero da una versión de tal modo distinta que conduciría nada menos que a su absolución. En efecto, él se arroga la calidad de adicto, por lo que la droga encontrada sería para su uso personal, y narra los hechos de acuerdo a tal predicamento, con lo que resultaría que la investigación y la acusación del Ministerio Público carecen de sustento. Por cierto, la garantía constitucional proscribiera la autoinculpación, pero si el imputado aspira a prodigarse esta atenuante, con la consiguiente reducción punitiva, el Tribunal estima que en su declaración debe haber un propósito serio de esclarecer los hechos y sus circunstancias, contribuyendo a formar convicción respecto de la forma en que verosíblemente ocurrieron aquellos, y no precisamente a la inversa.”. En el mismo sentido: **STJOP Viña del Mar, Art. 3°, (20.02.08), RUC 0700258559-0, Considerando 11°; STJOP Valparaíso, Art. 4°, (27.02.08), RUC 0700653879-1, Considerando 12°; STJOP Iquique, Art. 3°, (29.02.08), RUC 0719012329-9, Considerando 13°; STJOP Iquique, Art. 3°, (12.03.08), RUC 0700103783-2, Considerando 14°; STJOP Valparaíso, Art. 4°, (12.03.08), RUC 0700681799-9, Considerando 11°; STJOP Viña del Mar, Art. 3°, (17.03.08), RUC 0700598871-8, Considerando 25°; STJOP Arica, Art. 3°, (19.03.08), RUC 0710004558-8, Considerando 14°; STJOP Antofagasta, Art. 3°, (28.03.08), RUC 0700583057-K, Considerando 9°; STJOP Antofagasta, Art. 4°, (01.04.08), RUC 0700599867-5, Considerando 13°; STJOP Viña del Mar, Art. 3°, (20.04.08), RUC 0700206707-7, Considerando 13°.**

3. Rechazo de la atenuante especial de responsabilidad criminal de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley N° 20.000.

La jurisprudencia ha reforzado la premisa legal de que para aplicar la atenuante especial es requisito que el Ministerio Público haya reconocido la cooperación eficaz, por cuanto de no ser así, no se cumpliría el objetivo para lo cual fue dispuesta.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado:

STJOP Iquique, Art. 3°, (11.12.07), RUC 0600919210-5, Considerando 13°.

“...no se estima concurrente en la especie, respecto del enjuiciado Roger Alejo Osnayo la minorante prevista en el artículo 22 de la Ley 20.000 ello por-

que si bien el acusado colaboró asumiendo su responsabilidad en los hechos y atribuyendo a su coenjuiciada Amelia Rodríguez Mollo aquella que a ella le correspondía, sus asertos no fueron esenciales y ni siquiera sustanciales para determinar la responsabilidad de ambos, pues ellas se asentaron de manera suficiente con los restantes indicios de cargo. Por lo demás, en el caso específico de la circunstancia invocada, es requisito ineludible para la concurrencia de la misma que el ente investigador, esto es, el Ministerio Público haya declarado que se dan los supuestos para dar cabida a la misma, lo que en la especie nunca ha ocurrido respecto del sentenciado Alejo Osnayo.”

**STJOP Viña del Mar, Art. 3°, (11.12.07), RUC 0600864741-9,
Considerando 17°.**

“...será...rechazada por no haber sido ella reconocida por el Ministerio Público, como impone la norma referida. Acierta el abogado defensor del acusado Pérez cuando indica que el Tribunal es soberano para estimarla concurrente, pero ello en la medida que haya sido estimada eficaz por el órgano persecutor, él único en condiciones de establecer si la información entregada reunía los requisitos que refiere el inciso tercero y así contribuir a los fines consignados en el inciso primero de la norma en comento. Por lo demás, el Tribunal tiene también un límite constitucional para la “soberanía” que se ha argumentado, y es la norma del artículo 7° de la Constitución Política de la República, la que le impide atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido.”

**STJOP Santiago (6°), Art. 3°, (20.01.08), RUC 0600757754-9,
Considerando 20°.**

“...se rechaza tal petición toda vez que a juicio del tribunal la actividad de colaboración en que funda tal defensa dicha atenuante, no reviste los requisitos que exige la norma del texto legal en comento para estimarla procedente, en cuanto a la existencia de datos que cumplan los caracteres que refiere el inciso segundo de la aludida norma, ni tampoco que dicha actividad de cooperación haya conseguido en concreto los fines que refiere el inciso primero del mismo texto legal. A mayor abundamiento, no se ha acreditado que el Ministerio Público haya reconocido dicha atenuante en las oportunidades procesales que señala el inciso 4° del artículo 22 de la Ley en comento. Finalmente, las consideraciones de prevención especial para la aplicación de tal atenuante especial de cooperación eficaz no son las únicas que han de tenerse presentes para el efecto de la misma, sino que la orientación a la eficacia en la persecución de delitos de este tipo por parte de la acción de la Justicia y sus agentes.”

**STJOP Iquique, Art. 3°, (23.01.08), RUC 0710014365-2,
Considerando 15°.**

“...corresponde el rechazo de la circunstancia atenuante especial de cooperación eficaz, contemplada en el artículo 22 de la Ley N° 20.000. En efecto, se

debe tener presente que la referida disposición, en su inciso tercero, es clara en cuanto a lo que debe entenderse por tal; sin embargo, de la prueba aportada no aparece que el enjuiciado haya proporcionado antecedentes de la entidad exigida por el legislador para beneficiarle con la rebaja de la sanción aplicable; por el contrario, el testigo Cortés Valenzuela, al ser consultado por el Tribunal, señaló que la información proporcionada por el entonces detenido, no sirvió para la detención de Félix Blanco, en tanto que el policía Rivera Mejías indicó desconocer si es que los antecedentes entregados por el enjuiciado habían sido útiles o no. De forma tal que, coincidiendo con lo expuesto por el acusador, no es posible confundir una simple actitud colaboradora del enjuiciado, que ni siquiera se enmarca dentro de la hipótesis del artículo 11 N° 9 del Código Punitivo, con aquella actividad evidentemente más exigente, que se requiere para configurar la minorante citada.”

**STJOP Concepción, Art. 3°, (26.01.08), RUC 0700042078-0,
Considerando 15°.**

“...si bien aportó datos acerca de su proveedor mediante su cónyuge Elena Fuentes Soto, según lo expuso ésta en la declaración prestada en estrados, manifestando que se contactó con un traficante, que acordaron una entrega, que ella le avisó a la policía, que le tocó los paquetes presuntamente con droga, pero en la prueba resultó ser harina, y por tanto ellos no fueron suficientemente determinados para permitir su ubicación, menos aún, para evitar que se cometiera otro delito contemplado en la mencionada ley, de igual o mayor gravedad que el que se investigó en esta causa, razones por las cuales se desestima la petición de la defensa en orden a acoger la atenuante especial de colaboración eficaz.”

**STJOP Iquique, Art. 3°, (19.03.08), RUC 0700521111-K,
Considerando 21°.**

“...no dan sustento a la circunstancia prevista en el artículo 22 de la Ley 20.000, las solas aseveraciones formuladas por el enjuiciado Rozas Mena, en cuanto al origen y el destino de la droga con la que fue sorprendido, desde que tales asertos no contienen datos precisos respecto de los remitentes y destinatarios del alcaloide, que permitan otorgarle a los mismos alguna fiabilidad, al punto que el propio ente persecutor desestimó conceder a los mismos algún curso de investigación, según se desprende de las alegaciones de la propia defensa y de la ausencia de una declaración del acusador en tal sentido, punto este último que además era indispensable para configurar la circunstancia especial alegada, por lo que será menester rechazar la pretensión de su defensa en tal sentido.”

**STJOP Arica, Art. 3°, (19.03.08), RUC 0710004558-8,
Considerando 14°.**

“...estos juzgadores no darán lugar a lo solicitado por la defensa ya que no se ha probado en este juicio, mediante los medios de prueba legales tal atenuante,

la que tampoco ha reconocido la fiscalía y sólo se cuenta con la declaración del acusado en el juicio, lo que resulta insuficiente para configurarla.”

STJOP Iquique, Art. 3º, (24.03.08), RUC 0710015214-7, Considerando 12º.

“...se desestimaré respecto de los dos acusados la atenuante de cooperación eficaz, por no concurrir los requisitos y elementos que la constituyen.”

“...porque la norma del inciso primero del artículo 22 de la ley del ramo, establece tres hipótesis de colaboración, dos de las cuales dicen relación con aportar antecedentes para esclarecer los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, advirtiéndose de manera meridiana que se da en el contexto de la investigación en curso; y una tercera, que se refiere a prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en ella, que la rebasan.”

“...los acusados, quienes se acogieron al derecho a guardar silencio, sólo aportaron como dato de su proveedor el sobre nombre de “tío Checho”, negándose a que se consignara tal declaración por escrito, antecedente que, a criterio de los juzgadores, adolece de la precisión que la ley exige para comprobarlo y establecer su veracidad en orden a conseguir los fines de la norma, y tampoco es suficiente que hayan expresado que portaban estupefacientes, porque, en el contexto de la fiscalización, de igual manera serían revisados.”

“...resulta esencial que el Ministerio Público lo haya declarado expresamente, requisito que no concurre, sin el cual el tribunal no está en condiciones de pronunciarse sobre el punto, porque desconoce los hechos de aquélla, quedando claro, que tanto el fiscal de la investigación sub-lite, como el de la extra litis desconocían la información aportada.”

STJOP Iquique, Art. 3º, (02.04.08), RUC 0600724998-3, Considerando 22º.

“...no se estimarán dichos hechos como constitutivos de la minorante especial del artículo 22 de la Ley de Drogas, pues a través de su actuar sólo se logró ubicar y aprehender a los citados acusados, sin que ello haya significado el esclarecimiento de los hechos investigados o la identificación de los responsables, todo lo cual ya tenían claro los policías y se desprende de las restantes probanzas rendidas durante el juicio, como asimismo no ayudó a prevenir o impedir la perpetración de otros ilícitos similares, todo esto en los términos requeridos por la ley 20.000.”

STJOP Viña del Mar, Art. 3º, (20.04.08), RUC 0700206707-7, Considerando 14º.

“...no se acoge la atenuante de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley 20.000 invocada por la defensa del acusado Bazán Vizcarra, por no darse los

requisitos para ello. Esta norma entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso 1°, señalando, además, que el Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso 1°.”

“La defensa del acusado señaló que su representado era beneficiario de esta atenuante, porque había cooperado eficazmente al esclarecimiento de los hechos investigados, y había permitido la identificación de los responsables del mismo, ya que la fiscalía incorporó en el juicio sólo un 25% de la prueba que había ofrecido. Sin embargo, es inoficioso pronunciarse sobre estas alegaciones ya que el Ministerio Público ni en la acusación ni en el juicio invocó esta atenuante para el acusado en los términos que lo requiere la norma, en cuanto a que la cooperación prestada por el imputado debe haber sido eficaz a los fines señalados en el inciso 1° del artículo 22 de la ley 20.000.”

4. Configuración de la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000 de formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16 del mismo cuerpo legal.

Para configurar la agravante, la jurisprudencia pone de relieve la **circunstancia de haber concurrido más de un partícipe**, con distintos roles y funciones que se traducen, entre otras, en coordinación, contacto, transporte, entrega y distribución, actuando todos como autores ejecutores del artículo 15 N° 1 del Código Penal, influyendo cada uno en el curso de los hechos, dominando el mismo.

Respecto a la denominación “delincuente” empleada por la norma, la jurisprudencia ha estado conteste en señalar que se refiere a la **persona que delinque, sin que sea necesaria la existencia de una condena previa**, debiendo ser entendida entonces en su sentido genérico, es decir, como partícipe.

Para la jurisprudencia, el legislador agregó esta circunstancia agravante como una manera de lograr la imposición de una pena mayor en caso de probarse la existencia de una **agrupación que no lograra constituir una asociación ilícita**, sin que se definiera exactamente qué debía entenderse por agrupación o reunión de delincuentes.

Además, en uno de los fallos que se transcribe, se señala que no se exige la presencia de una gran organización y sofisticación, porque ellas son propias de las asociación ilícita, sino que por el contrario **la exigencia es bastante más sencilla, máxime cuando la ley habla de “agrupación o reunión”**, requiriendo la norma que quienes intervienen en la comisión del delito tengan conciencia, conocimiento y voluntad de que “forman parte” de ella para realizar una actividad de tráfico ilícito de estupefacientes, concepto que para el legislador

constituye un “mayor injusto”, y merece por ello un mayor reproche”.⁸⁷

En este sentido la jurisprudencia ha expresado:

STJOP Santiago (6°), Art. 3°, (20.01.08), RUC 0600757754-9, Considerando 15°.

“...tales exigencias se encuentran sobradamente cumplidas, lo que fluye prístino de la consideración de las siguientes circunstancias e indicios:

- a) Fluye de las interceptaciones telefónicas y de los dichos de los funcionarios aprehensores que existía un lugar designado para el acopio de la droga en la ciudad de Arica y una persona encargada de este almacenamiento...
- b) El grupo contaba con un encargado del transporte de la droga estable...”
- c) Se ha comprobado que el grupo ya contaba con ingentes recursos económicos y disponía de medios materiales considerables que facilitaban sus operaciones, lo que se evidenció de diversas formas...
- d) Se patentiza de las pruebas rendidas en juicio, especialmente de las declaraciones de los testigos y las interceptaciones telefónicas que existían a lo menos tres proveedores extranjeros...
- e) Otro indicio especialmente elocuente del carácter de la organización, su determinación delictiva y su carácter permanente, lo constituye lo que impresiona como una búsqueda deliberada de mercados internacionales para el tráfico de drogas, proveyéndose de los medios humanos y materiales necesarios para acometer este desafío...”

“...no exige que nos encontremos en presencia de una organización de la sofisticación y nivel de permanencia por ella descrita, porque éstas son propias de una asociación ilícita y en ese caso la incriminación se haría por el delito del artículo 16 de la Ley y no por el artículo 3° como sucedió en este caso. En efecto, en nuestra jurisprudencia nunca ha exigido la existencia de sicarios o un compartimentaje casi militar para configurar la agravante -de hecho, incluso el punto es discutible tratándose del delito del artículo 16 de la Ley 20.000 (salvo que se estime que el bien jurídico es la función o poder del estado)- y en general el baremo de exigencia es bastante más sencillo, a saber y sólo a título meramente ejemplar se ha resuelto que “debe tenerse presente que la ley no habla de “organización”, sino simplemente de una “agrupación u reunión”, y que la circunstancia en estudio prevista en la letra a) del artículo 19 de la ley Nº 20.000, requiere para su configuración, que quienes intervienen en la comisión del delito, tengan conciencia, conocimiento y voluntad de que “forman parte” de una agrupación o reunión de delincuentes, que realizan la actividad de tráfico ilícito de estupefacientes....”

⁸⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, RUC 0500276728-9, de 30 de septiembre de 2006.

“...no es exigible ni necesario que sea una organización con un largo historial delictivo pretérito ni sofisticados mecanismos de funcionamiento o especialización, pues ellos son propios del delito de asociación ilícita y como se ha adelantado, la agravante en comento es una figura intermedia entre este delito y la mera coparticipación y en concepto de estos jurisdicentes la necesidad de la permanencia de la organización alegada, no se vincula necesariamente con la existencia de entregas de drogas pretéritas ni con la comisión de otros delitos anteriores, sino con que se hayan organizado con un carácter más o menos permanente, con un concierto que subsiste y se materializa en la realización de hechos antijurídicos.”

“...se encuentra configurada la agravante...consta de las conversaciones telefónicas escuchadas por el tribunal, se conocían y operaban juntos a lo menos desde septiembre de 2006 -en que su existencia es advertida por la policía y se les empieza a investigar-, siendo incluso observada dos reuniones celebradas entre algunos de ellos a fines e septiembre de 2006, por lo que no pueden argüir ahora que desconocían que formaban parte de un grupo o colectivo.”

“En opinión de estos magistrados, la búsqueda de un mercado foráneo para la venta de drogas revela un grado de sofisticación que excede con mucho el simple concierto, propio de una hipótesis de coautoría, aún tratándose como en la especie, de un delito de aquellos que buena parte de la doctrina como el profesor Jean Pierre Matus llama de emprendimiento o empresa, que supone un mayor grado de concierto entre los coparticipes, desde el momento que la mercadería necesariamente, por las características climáticas y ambientales de nuestro país debe provenir desde el extranjero.”

STJOP Iquique, Art. 3°, (02.04.08), RUC 0600724998-3, Considerando 22°.

“...se puede concluir que entre todos los referidos existió un conocimiento de la operación de tráfico de drogas que estaban realizando, como asimismo, diversas comunicaciones de coordinación de las que se desprende, claramente, que se encontraban involucrados en una actividad organizada para transportar el alcaloide incautado, cuyo destino final estaba en la ciudad de Santiago; situación que se diferencia de aquel caso en que diversos individuos, con total independencia entre sí, toman parte en las diversas etapas del delito, y en la cual no sería procedente considerar que constituyen entre sí, una reunión de delinquentes.”

“Por otra parte, en relación a la alegación de las defensas en lo que atañe a la agravante en cuestión, se debe considerar que tal y como se explicó anteriormente para considerar la concurrencia de la misma, no resulta necesario acreditar la comisión de otros delitos de la misma especie por parte de los mismos involucrados, situación que, eventualmente, y en la medida con que se cumpla con los demás requisitos legales, podría llevar a la configuración de aquella prevista en el artículo 16 de la ley N° 20.000.”

Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, Art. 3°, (25.02.08), RUC 0600004907-5, ROL 60-08, Considerando 7°, 8° y 10°.

“...el artículo 19 de la Ley N° 20.000 en su letra a) establece que tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16.”

“...según se establece en el fundamento vigésimo primero del fallo recurrido, los sentenciadores de fondo exponen de manera clara y precisa en base a la prueba rendida en el juicio oral, los motivos que los llevaron a establecer la concurrencia de la agravante especial, permitiendo sostener que las conductas desplegadas por la sentenciada y otro de los autores permitió encuadrar su relación incluso de la definición literal de agrupación o reunión. Se señala, también, que de los relatos de diversos funcionarios policiales se colige que ésta acusada estaba a cargo de complicadas tareas que involucraban el traslado de la droga desde el norte del país hasta la región metropolitana.”

“...los requisitos que expone la defensa que debieran concurrir para encontrarse el sentenciador ante la agravante especial señalada, son aquellos que se han señalado como concurrentes para la figura establecida en el artículo 16 de la Ley N° 20.000, esto es, los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho con las penas en él contempladas, sin embargo, el Ministerio Público solicitó, precisamente, se aplique a la sentenciada la agravante contemplada en el artículo 19 letra a) de la citada ley, norma que exige haber formado parte de una reunión o agrupación de delincuentes.”

5. Rechazo de la atenuante del artículo 10 N° 1 en relación al artículo 11 N° 1 del Código Penal.

Se rechaza la eximente incompleta por la supuesta inimputabilidad del imputado, estimando el tribunal que fue insuficiente la prueba acompañada por la defensa.

STJOP Copiapó, Art. 4°, (03.12.07), RUC 0700052209-5, Considerando 25°.

“...se rechaza la solicitud de la defensa, en cuanto a estimar como circunstancia atenuante la imputabilidad disminuida que según señaló le afectaba a su representado Pinto Mancilla, fundado en el artículo 10 N° 1 en relación al artículo 11 N° 1, ambas disposiciones del Código Penal, por resultar del todo insuficiente los antecedentes aportados al juicio para la configuración de los requisitos de la misma. En efecto, para el estudio de su procedencia el único elemento de juicio introducido en la audiencia para su valoración, fue la pericia realizada por el psicólogo Salgado Roa, quien concluyó que la capacidad cognitiva del examinado se encontraba disminuida por las razones latamente

explicadas, esto es, su bajo coeficiente intelectual, alteraciones en la memoria de largo y corto plazo, dificultades para evocar detalles de larga data, desconectores lógicos en el habla, con síntomas de abstinencia en término; antecedentes todos los cuales lo hicieron determinar según explicó, que el evaluado tenía un estilo de vida vinculado y compatible con el consumo de drogas duras o alcohol.”

6. Rechazo de la atenuante de responsabilidad penal de miedo insuperable, establecida en el artículo 10 N° 9 del Código Penal.

STJOP Iquique, Art. 3°, (11.12.07), RUC 0600919210-5, Considerando 14°.

“...los documentos aportados por el apoderado de Soledad Coaquira Mollo sólo dan cuenta que se inició ante el Juzgado de Familia de esta ciudad, la causa Rit F-1070-2006 por violencia intrafamiliar en la que figura como denunciante la enjuiciada Coaquira Valencia y como denunciado el imputado Alejo Osnayo, sin que se haya adjuntado resolución alguna vinculada a dicha causa que habilite a concluir que los actos de violencia denunciados, efectivamente existieron, y de ello, que se han verificado los hechos esgrimidos por la defensa para fundar la eximente incompleta de miedo superable que invoca a favor de su representada, por lo que sólo es dable el desechar dicha atenuante, por no haber sido probados los supuestos de la misma.”

STJOP Iquique, Art. 3°, (19.03.08), RUC 0700521111-K, Considerando 18°.

“...no podrá otorgarse asilo a la eximente incompleta de obrar impulsado por un miedo superable alegada por la defensa de Rozas Mena, desde que con abstracción de los dichos de éste último, su defensa no acopió al juicio antecedente alguno que justificare su concurrencia. En tal sentido, cabe tener presente que la versión ofrecida por Rozas al tribunal, contiene una seguidilla de afirmaciones que impresionan como poco veraces, como aquella consistente en que los individuos con quienes se contactó en Arica le cancelarían la suma de \$200.000, simplemente por transportar ropa desde Arica hasta Santiago, en circunstancia que el pago de tal suma por el porte de prendas de vestir resulta ostensiblemente excesivo, a tal punto que, necesariamente tal oferta, lleva a una persona con una inteligencia promedio, como es aquella que exhibe el imputado Rozas, a sospechar que se trata del porte de un elemento, a lo menos valioso. De igual manera, parecen mendaces las afirmaciones de Rozas en cuanto sostuvo desconocer que su coenjuiciado portaba paquetes con droga, cuando el mismo Rozas reconoce que los sujetos que le entregaron el alcaloide se contactaron primeramente con su tío, el imputado Cabrera, con quien además Rozas compartió y alojó durante su estadía en el puerto de Arica y con quien, asimismo, viajó hacia Santiago, en el bus donde fueron sorprendidos por personal de aduanas. De igual modo, y en lo que es medular respecto de la

atenuante invocada, parece falsa su afirmación en orden a que fue compelido por los sujetos a adosarse la droga al cuerpo, en el interior del baño público del terminal de buses de Arica, ya que a tal aserto, agrega circunstancias que son a lo menos, derechamente inverosímiles, pues aseguró que en tal baño se encontraba también su tío, el coimputado Cabrera, pero que no le pidió ayuda porque éste conocía a sus instigadores y que luego, al reunirse con su tía Rosa Mena, tampoco le refirió lo ocurrido, proceder que posteriormente repitió ante la autoridad policial y aduanera que lo fiscalizó, al no denunciar ante ellos lo sucedido, lo que justificó en la supuesta reticencia que le provocaba la presencia de numerosos extranjeros, que, según aseguró, creía posiblemente involucrados con los sujetos que le entregaron la droga. Por todo lo anterior deberá rechazarse la circunstancia atenuante especial del N° 1 del artículo 11 del Código Penal en concordancia con el N° 9 del artículo 10 del mismo estatuto, por no haberse justificado elemento alguno que permita dar sustento a su existencia..”

7. Aplicación de la agravante de reincidencia específica del artículo 21 de la ley N° 20.000.

STJOP Arica, Art. 3°, (17.12.07), RUC 0600538847-1, Considerando 15°.

“...se acogerá en perjuicio del acusado Conde Téllez la agravante de reincidencia específica al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley N° 20.000, toda vez, que consta de la documentación acompañada por el Ministerio Público, que el referido acusado ha sido condenado anteriormente por delitos de tráfico de drogas en su país natal Perú, esto es, en causa N° 1558-91, condenado a la pena privativa de la libertad de siete años el 30 de diciembre de 1992; en causa N° 168-97 del Tercer Juzga Penal de Tacna condenado el 3 de diciembre de 1998 a tres años de pena privativa de la libertad, pena que le fuera suspendida; en causa N° 97-0122-230101 de 6 de agosto de 1998 del Tercer Juzgado Penal de Tacna, condenado a dos años de pena privativa de libertad, suspendida; en causa N° 97-076 del Primer Juzgado Penal de Tacna, condenado el 21 de septiembre de 1999 a la pena de dos años de pena privativa de libertad, suspendida. En consecuencia, habiendo sido sorprendido en la comisión de un nuevo delito de tráfico ilícito de drogas el 30 de agosto de 2006, se dan los presupuestos para la mayor agravación de su responsabilidad penal en relación a la causa N° 97-0122-230101, hecho ocurrido el 12 de septiembre de 1997, la N° 168-97, hecho acaecido el 19 de marzo de 1997 y la N° 97-076, hecho acaecido el 25 de julio de 1997, respecto de la cual existe también orden de captura conforme a la relación entregada por la Fiscal Adjunta Suprema, Presidenta de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones que envía por oficio N° 063-2007 a la misma unidad de cooperación del Ministerio Público de Chile y que contiene el oficio N° 2265-2006 del Jefe del Registro Nacional de Condenas del Perú. De tal manera, que se dan los presupuestos tanto del artículo 21 de la ley N° 20.000, es decir, el acusado ha sido condenado anteriormente por delitos de tráfico de drogas en el extranjero, con penas que no

se encuentran cumplidas y las sentencias se encuentran firmes en atención al mérito de la certificación emanada del Jefe del Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial del Perú, esto último, en atención que las sentencias indican que éstas deben ser ingresadas a dicho registro nacional una vez “consentida y/o ejecutoriada” (sentencia N° 97-0122-230101, la N° 168-97).”

8. Rechazo de la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 8 del Código Penal.

STJOP Santiago (6°), Art. 3°, (29.02.08), RUC 0600811588-3, Considerando 10°.

“En cuanto a la tercera circunstancia invocada por la Defensa del encausado prevista en el N° 8 del citado artículo 11 del código punitivo, esto es, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado su delito, *el Tribunal estima que no le beneficia, atendido a que en ningún momento del juicio se escuchó que una vez en antecedentes de porqué había sido citado al colegio de su hijo o cuando le solicitan autorización para concurrir, ingresar y registrar su domicilio haya puesto en antecedentes a los funcionarios aprehensores de que en su casa mantenía droga o de lo que ellos iban a encontrar en el inmueble, de lo cual queda claro que no se denunció ni confesó con anterioridad, como lo exige la norma y siendo los requisitos que la disposición legal exige copulativos, dicha atenuante no se encuentra configurada.*”

STJOP Iquique, Art. 3°, (02.04.08), RUC 0600724998-3, Considerando 28°.

“...será rechazada, por cuanto todos los policías que estuvieron presentes en la detención de Nelson Silva, fueron contestes en señalar que al llegar éste al domicilio de calle Antofagasta en un taxi colectivo, se bajó de aquél, pero al ver la presencia de los funcionarios volvió a subirse y alcanzó a darse a la fuga en el móvil por unos 10 o 20 metros, logrando su aprehensión sólo después de que el chofer del taxi se detuviera ante el requerimiento de los investigadores.”

9. El retardo en la entrega de la droga por parte de los funcionarios policiales (artículo 41 de la Ley N° 20.000).

La jurisprudencia ha sido conteste en señalar que la sanción establecida en el artículo 42 de la Ley N° 20.000 por el retardo en la entrega de la droga, previsto en el artículo 41 del mismo cuerpo legal, tiene un efecto de naturaleza administrativa procesal, sin que ella, atendida su entidad, pueda llegar a significar una afectación de la garantía constitucional del debido proceso, dado que la obligación establecida en la norma es de carácter administrativo, permitiéndose incluso la ampliación de este plazo en la medida que concurran las circunstancias especiales que así lo aconsejen.

STJOP Iquique, Art. 3°, (08.01.08), RUC 0710009238-1, Considerando 11°; **STJOP Iquique, Art. 3°**, (10.01.08), RUC 0710009225-K, Considerando 10°; **STJOP Iquique, Art. 3°**, (10.01.08), RUC 0710009226-8, Considerando 9°; **STJOP Antofagasta, Art. 3°**, (21.01.08), RUC 0700355434-6, Considerando 9°.

10. Discusiones relativas al consumo de drogas.

En este sentido se adjuntan criterios relativos a la **prueba del consumo** y a que la **condición de consumidor no excluye la de traficante**.

STJOP Valparaíso, Art.4°, (11.02.08), RUC 0700451405-4, Considerando 9°, 10°.

“...El hecho de portar y poseer la pequeña cantidad de droga señalada, importa en este caso una conducta de tráfico de la misma, a la que se refiere el inciso 1° del artículo 4° en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000.-, toda vez que no resultó acreditado por ningún medio de prueba que la acusada contara con una autorización competente para desarrollar las acciones aludidas en las que se le sorprendió, ni se justificó que la sustancia portada y poseída estuviera destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

“Finalmente la acusada realizó la acción por sí misma y en forma completa, por lo que tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, el que además se verificó en su totalidad.”

“...se desechará el argumento basado en que la acusada había adquirido la droga para su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. No se acreditó el supuesto acto preparatorio para el uso o consumo, alegado y más allá de la adquisición o no de la droga por parte de la acusada en ese momento, como ella misma afirma, tampoco se justificó que la mera posesión o porte de la droga en la vía pública estuviera destinado al uso o consumo señalado, ya que no basta con decir lo anterior sino que es necesario probarlo directamente o acreditar los indicios suficientes que permitan establecerlo, nada de lo cual se hizo en este caso, no siendo útiles para estos efectos las referencias efectuadas a la calidad de persona que sería el tal Marco Antonio Pizarro Recabarren, como se explicó. Por consiguiente, no estamos frente a un acto preparatorio para el consumo, ni frente a otra figura penal, como sería alguna del artículo 50 de la Ley N° 20.000, sino que ante un porte y posesión de cocaína base, constitutivos de micro tráfico de drogas del artículo 4° de la Ley N° 20.000.”

STJOP Valparaíso, Art.4°, (21.01.08), RUC 0700335691, Considerando 8°.

“...este el tribunal se convenció que estaba ante un consumidor de cocaína...y por otra parte la cantidad de droga que portaba y su baja pureza (14%), pudie-

ron ser indicativos de estar destinadas a su consumo; sin embargo, la ley exige que el mismo sea personal y exclusivo, lo que en la especie no aconteció porque el mismo encartado detalló que se había puesto de acuerdo con dos amigos Emmanuel Cuadra Retamales y Andrés Castro, para consumir droga y él se encargó de pagarla y conseguirla, que luego se fue a la casa de Cuadra y allí juntos la dosificaron, lo que sobró lo consumieron y enseguida se llevó toda la droga para su casa a fin que no se la consumieran y la guardaran para el otro día; estos dichos fueron corroborados por el citado Cuadra Retamales...se demostró fehacientemente que parte de esa droga no era para su uso o consumo personal y próximo en el tiempo, ya que parte de esa droga estaba destinada al menos para el consumo de otro sujeto, como es el testigo Emmanuel Cuadra y en la secuencia de hechos narrados por el imputado y por Cuadra, se denotó que el encartado fue quien consiguió la droga, quien la pagó, después fue quien la trasladó hasta el domicilio de Cuadra, allí la dosificaron, y luego la traslado hasta su domicilio...la droga que mantenía Arro en su poder no era solo para él, es decir para su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo como exige el inciso primero del artículo 4° de la ley 20.000; y por el contrario con esos dichos ha quedado demostrado que el porte de la droga y la adquisición previa de la misma, tenían como objetivo que sean consumidas o usadas por otro, por lo que la conducta ilícita desplegada por el agente cae directamente en la hipótesis prevista en el segundo inciso del artículo 4° citado.”

STJOP Santiago (6°), Art. 4°, (31.01.08), RUC 0700394003-3, Considerando 15°.

“...no obstante que el acusado bien pudo destinar parte de la droga a su consumo personal, la cantidad no menor de la misma y su grado de pureza, en relación con los dichos del propio acusado, es posible concluir fehacientemente que se configura el inciso segundo del artículo 4° de la Ley 20.000 en cuanto el objetivo de la adquisición del clorhidrato de cocaína era **facilitarlo a otras seis personas para su uso o consumo.**”

STJOP Santiago (2°), Art.4°, (20.02.08), RUC 0700318430-1, Considerando 9°.

“...en cuanto a la condición de consumidor invocada y la alegación que la sustancia estaba destinada a su consumo personal y próximo en el tiempo, estos sentenciadores desestimarán tal argumento, puesto que la prueba rendida por esta parte resultó débil, confusa y contradictoria.”

“...a pesar que no se acreditó desde el punto de vista médico legal la calidad de adicto del imputado, puesto que la pericia del psicólogo Marco Antonio Aguilar Cerpa, no se encuentra validada científicamente, constituyendo su conclusión sólo una mera hipótesis diagnóstica, el tráfico no excluye el consumo y viceversa, por lo que es perfectamente posible teorizar que en Contreras se reúnen ambas condiciones.”

HALLAZGOS CASUALES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.⁸⁸

Ximena Marcazzolo Awad⁸⁹

I. Nociones.

El presente trabajo tiene por objeto delimitar la naturaleza de los hallazgos causales y exponer alguna jurisprudencia que se ha dictado en la materia.

A nuestro juicio, estamos en presencia de un hallazgo casual cuando a raíz de una investigación por un delito determinado se encuentran o surgen objetos o documentos que induzcan a sospechar acerca del acaecimiento de un delito distinto. De lo expresado, se deduce que la casualidad del hallazgo viene dada por la ausencia de previsibilidad y de búsqueda del mismo.

Esta materia se encuentra estrechamente vinculada con la “ilicitud de la prueba”, siendo un argumento bastante recurrente por parte de las defensas señalar que ciertos hallazgos casuales son ilícitos por haberse verificado con infracción de garantías constitucionales, básicamente por el hecho de no haberse solicitado autorización judicial para su incautación según lo dispondría el artículo 215 del Código Procesal Penal.

El hallazgo casual efectivamente es una institución que persigue precaver eventuales ilicitudes de prueba, salvaguardando la incautación de objetos y documentos que revelen la existencia de un ilícito distinto al actualmente investigado, siempre que se requiera la respectiva autorización judicial.

Lo anterior, ya que si bien el registro se encuentra justificado legalmente mediante la autorización judicial inicial, ello no ocurre respecto de la incautación que se verifique en el marco de otro delito, salvo que se solicite autorización judicial específica.

Esta materia se encuentra expresamente regulada en los artículos 215 y 223 del Código Procesal Penal, los cuales se refieren a las dos situaciones que se exponen en el párrafo siguiente.

En este sentido, el artículo 215 del Código Procesal Penal refiere la hipótesis en que el hallazgo surge de una diligencia de registro (por orden judicial) y se descubren objetos o documentos de los cuales pudiera desprenderse que están vinculados a un delito distinto de aquél que lo motivó.

⁸⁸ Este artículo ha sido modificado en relación con su versión original publicado en el Boletín de la Unidad de Drogas N° 90 de la semana del 5 al 9 de marzo de 2007, dirigido a Fiscales y abogados asesores.

⁸⁹ Abogado, Subdirectora Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Por su parte, el artículo 223 inciso final del cuerpo legal citado contiene una regulación de los hallazgos casuales referidos exclusivamente a las interceptaciones telefónicas.

II. Marco Legal.

Tal como indicábamos esta materia se encuentra regulada en dos artículos del Código Procesal Penal:

1. Artículo 215 del Código Procesal Penal.

El texto de la disposición reza: *“Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubrieren objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos serán conservados por el Fiscal.”*

Algunos comentarios a la norma:

El artículo 215 se refiere exclusivamente a los hallazgos casuales de evidencias producidos en el marco de una diligencia de registro originada en una orden judicial.

En este sentido la norma contempla el caso en que a raíz de un registro judicial aparecen evidencias o documentos que pudieran hacer sospechar de la existencia de un delito distinto al que originó la orden.

Lo señalado precedentemente es muy importante a la luz que normalmente los alegatos de exclusión de prueba de los hallazgos casuales se fundan en la inexistencia de orden judicial previa, lo cual tiene sentido sólo en la medida que lo encontrado no dé cuenta por sí mismo de la existencia de un delito flagrante.

En este sentido, consideramos que la interpretación correcta de la norma es entender que si el registro fue originado en una orden judicial para cuya dictación el Juez ponderó los hechos y antecedentes existentes respecto de un delito determinado, si surge evidencia respecto de otro hecho es razonable estimar que es necesario solicitar una nueva orden judicial, pero si la evidencia o documentos correspondientes al nuevo delito por sí mismos configuran la existencia de un ilícito flagrante, naturalmente dicha orden no será necesaria ya que rigen las reglas generales y la policía está autorizada para incautar especies en caso de delito flagrante.

Lo anterior queda reforzado incluso por el título que lleva el artículo: *“Objetos o documentos no relacionados con el hecho investigado”*; es decir, necesariamente debe existir una investigación previa relativa a un delito determinado respecto del cual un juez de garantía hubiere otorgado orden de registro para incautar las especies y evidencias.

En el mismo sentido, otro argumento de texto que puede invocarse es que, de acuerdo al artículo 215 del Código Procesal Penal, nos encontramos en presencia de un hallazgo casual cuando “... se descubrieren objetos o documentos que permitieren **sospechar la existencia** de un hecho punible...”, ya que la sospecha de un hecho punible se opone a la flagrancia que supone la existencia de un delito que se está ejecutando o se ha cometido en un tiempo reciente.

Es por lo antes señalado que la alegación relativa a que la prueba es ilegal porque se trataba de un hallazgo casual y no se solicitó orden para su incautación es errada, por cuanto en caso de delito flagrante no se requiere orden judicial, ya que en estricto rigor no estamos en presencia de un “hallazgo casual” según la definición proporcionada por el artículo 215 del Código Procesal Penal.

Lo señalado es especialmente importante para los delitos relativos al tráfico de drogas en atención a que el hallazgo de dicha sustancia -producto de los verbos rectores que sancionan las conductas de tráfico- da cuenta de la existencia de una infracción a la Ley N° 20.000 flagrante, por lo que el recurso a la autorización judicial en estos casos es innecesario. Además, como se expresó la flagrancia excluye el hallazgo casual.

2. Artículo 223, inciso tercero final.

Tal como señalábamos, la segunda hipótesis de hallazgo causal contemplada en el Código Procesal Penal es el artículo 223. Esta norma dispone que no regirá la devolución y destrucción de las conversaciones interceptadas que fueran irrelevantes para el procedimiento, siempre que éstas contuvieran informaciones útiles para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, las cuales podrán ser utilizadas de acuerdo a las normas generales.

De la norma transcrita se derivan al menos dos hipótesis:

1.- Que de la interceptación de un número telefónico aparezcan informaciones relevantes para otros hechos que puedan ser sancionados con pena de crimen. En estos casos, el legislador ha regulado expresamente la validez de esta prueba así como la posibilidad de ser utilizada en el nuevo caso.

2.- Que de la interceptación de un número de teléfono aparezcan informaciones relevantes para otros hechos ilícitos que no ameriten pena de crimen. En estos casos, a nuestro juicio, el legislador si bien no se refiere a la utilización de las grabaciones como medio de prueba, es dable afirmar que aquellas a lo menos podrán dar origen a un nuevo caso.

A lo anterior se suma lo dispuesto en el artículo 175 del Código Procesal Penal, el cual obliga a un conjunto de personas, dentro de las cuales se encuentran los policías que normalmente son los que escuchan las grabaciones, a denunciar los hechos que revistan carácter de delitos y, por su parte, el artículo 177 del mismo cuerpo legal, que sanciona dicha omisión a título de falta penal.

Como es posible apreciar en este caso, a diferencia del artículo 215 del cuerpo

procesal penal, no es necesaria una nueva autorización judicial para utilizar la grabación, ya que la propia ley lo ha dispuesto.

III. Nuestra visión sobre el tema:

De lo expuesto queda en evidencia que el debate acerca de la exclusión de prueba respecto de los hallazgos causales no debiera plantearse exclusivamente desde la perspectiva de la ausencia de una autorización judicial, ya que el propio Código revela, en las dos normas que regulan los hallazgos causales, que no siempre aquella será necesaria. Esto queda demostrado con la autorización legal de utilización de las comunicaciones que den cuenta de crímenes, sin necesidad de una orden judicial adicional.

Por su parte, a nuestro juicio no es dable invocar las reglas propias de los hallazgos casuales cuando a raíz de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado aparece la comisión de un delito flagrante, ya que en ese caso se aplican las normas sobre incautación de objetos y evidencias propias del mencionado delito flagrante, en cuyo caso la autorización para incautar viene dada por las normas del Código que regulan la materia.

En el acápite siguiente expondremos brevemente algunos fallos en los cuales los Tribunales se han pronunciado sobre este tema.

IV. Jurisprudencia sobre los hallazgos casuales:

1. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 753-2007, de 19/04/2007.

Se trata de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución que declaró ilegal la detención de los imputados por estimar que si bien la policía estaba facultada para ingresar al lugar cerrado, en virtud de una autorización judicial dictada en el marco de una investigación por clonación de tarjetas, no podía proceder a la detención por el hallazgo de armas de fuego y documentos falsos sin contar previamente con una autorización judicial que les permitiera incautarlas. Lo anterior, ya que en opinión del juez de garantía el caso era subsumible en la figura del artículo 215 del Código Procesal Penal y por ende la autorización judicial era necesaria.

En atención a ello, la Corte en voto de mayoría y previo a resolver consigna⁹⁰ que el tema *“Que corresponde determinar si el hallazgo de un arma y de documentación al parecer falsa, son hechos que por sí solos configuran la comisión de un delito en términos que tratándose de un caso de flagrancia de aquellos contemplados en el artículo 130 del Código ya señalado, permiten que la policía intervenga y proceda a la detención de los presuntos responsables, cumpliendo el deber que le impone el artículo 129 del mismo texto legal...”*, agregando a continuación que: *“...En efecto,*

90 Considerando Segundo del aludido fallo.

si en poder de un particular se encuentra un arma de fuego y requerido para que exhiba la documentación que lo autoriza para su tenencia y porte, no lo hace, es de toda lógica inferir que se configura alguna de las infracciones que penaliza la ley sobre control de armas y por ello se trata de la flagrancia en la comisión de un delito, en conformidad a lo que señala el artículo 130 N° 1 del referido Código. No se trata de un objeto o documento indiciario de la comisión de algún delito, sino de la materialidad misma del ilícito, por lo que asimilar la situación producida a aquella descrita en el artículo 215 ya citado, no es pertinente. Menos aún lo es, el pretender que la policía deba inhibirse de actuar en la forma que le es exigible, si en el transcurso de una diligencia autorizada por la autoridad judicial, constata hechos, que si bien no guardan conexión con ella, se están ejecutando y son constitutivos de delitos..”⁹¹

En atención a lo señalado, el voto de mayoría estimó improcedente la resolución del juez de garantía y la revoca, indicando que la detención se ajusta a derecho.

Por su parte, el voto de minoría consideró que la detención era ilegal, como lo resolvió el juez de la instancia, ya que: “... no debe olvidarse que el objeto general de la detención es poner al detenido a disposición del tribunal en el más breve plazo, razón por la cual la flagrancia considerada en el Código Procesal Penal se encuentra perfectamente acotada a los casos descritos en el citado artículo 130, circunstancias que en el caso presente no se condice con lo sucedido en la causa, donde la policía concurre con una orden determinada y procede a detener a los imputados por otra razón, circunstancias que en criterio de este disidente exceden las facultades de dicha institución...”⁹²

2. Tribunal Oral de Viña del Mar, RUC 0500295028-8, de 24/01/2007.

El Ministerio Público sostuvo acusación en los siguientes términos: “*en Villa Alemana, el día 15 de julio de 2005, alrededor de las 14:30 horas, en el marco de un procedimiento por delito de robo, personal de la Policía de Investigaciones de Villa Alemana ingresó al domicilio del imputado José Antonio Tapia Gaete ubicado en Pasaje Jerusalén, casa 10, Población Gumersindo, Villa Alemana, encontrando en el interior de una bolsa de Nylon transparente con 97 contenedores o envoltorios de papel revista con marihuana, con un peso bruto de 70,6 gramos...*”.

Por su parte, la defensa solicitó la absolución del imputado fundándose en que el levantamiento de la evidencia fue realizado de manera ilícita, puesto que si bien existió una autorización para ingresar a la casa, ello sólo fue para el levantamiento de las especies que el imputado tenía en su poder. Agrega que existió vulneración de garantías en el levantamiento y en la incautación de la evidencia ya que no existe constancia que ello hubiere sido efectuado previa autorización judicial.

91 Ídem nota anterior.

92 Considerando Séptimo del voto disidente.

Por su parte el Tribunal Oral condena por el delito de tráfico ilícito de drogas. En relación con la petición de absolución formulada por la defensa en el Considerando Decimocuarto señala:

“que la petición de absolución será desestimada por cuanto la prueba aportada no es ilícita como ha querido demostrar la defensa, no se ha conculcado ninguna de las garantías del acusado, el ingreso a su vivienda fue autorizado por éste y lo mismo ocurrió con el ingreso al patio del inmueble colindante.

Útil es tener presente, este punto, que la defensa descansa la petición de ilicitud de la prueba y la consecuencial solicitud de negarle todo valor probatorio en la vulneración de dos disposiciones, a saber, la del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política –el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia– y al artículo 215 del Código procesal penal.

En relación con la primera disposición el tribunal no entiende de qué manera se podría haber producido el atentado a dicha garantía constitucional por parte de los funcionarios policiales si de la prueba rendida en el juicio quedó claramente establecido: primero, que el ingreso a la vivienda fue autorizado por el acusado, segundo; que los funcionarios no registraron el inmueble, sino que se mantuvieron en la dependencia del living y que fue el acusado quién ingresó –solo– a su habitación, donde –se presume– habría tenido oculta la droga; y tercero, que fue el mismo acusado quien sacó –de donde la tuviera– la marihuana y la lanzó por la ventana de su casa al inmueble vecino. Así, si el ingreso a la casa fue autorizado por el imputado, siendo esta autorización una renuncia legalmente autorizada a la privacidad que ampara la norma constitucional, y no habiendo desplegado –una vez dentro– conducta alguna que atente contra ese derecho, no puede hablarse de vulneración. Otra cosa es el levantamiento material de la evidencia, que se produjo, según se estableció en el juicio, en una vivienda distinta, a la cual se ingresó también con autorización de su ocupante.

Desechada la primera pretensión, cabe aludir a la presunta vulneración del artículo 215 del Código Procesal Penal. Al respecto, se debe considerar que la defensa explicó que, habiéndose producido un “hallazgo casual” de la evidencia, los funcionarios de investigaciones debían requerir al Fiscal y ésta a su vez del Juez la autorización que dicha norma previene. Sin embargo, a juicio de las sentenciadoras aquí no se puede hablar de “hallazgo” alguno. La acepción del vocablo “hallazgo” implica el “encuentro casual de cosa mueble ajena que no sea tesoro oculto” (Diccionario de la Lengua Española). En la especie, sin embargo, nunca hubo encuentro casual de evidencia. La evidencia –droga– se encontraba guardada en una dependencia a la cual los policías no accedieron y fue el propio imputado quien la cogió y la lanzó al exterior de su domicilio. Esta conducta se aviene absolutamente con la situación de flagrancia prevista en el artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal, puesto que la tipicidad propia del delito de tráfico, compuesta por varias hipótesis punibles –entre las que se encuentran la guarda y posesión. Autorizaba a los policías a efectuar los registros que fueren necesarios, en consecuencia, para lo cual contaron con la anuencia del ocupante del inmueble donde fue arrojado el paquete, en los términos del artículo 205 del mismo cuerpo legal y proceder, luego, a la detención del enjuiciado, quien, además, señaló de inmediato el contenido ilegal del paquete, lo cual refuerza aun más la facultad de la Policía de actuar en el ejercicio de sus atribuciones legales.

De este modo, no existiendo un “hallazgo”, no resulta aplicable el artículo 215 del Código Procesal Penal, pues tal disposición debe entenderse en relación a aquellos casos en que hay una conducta activa del agente policial en el registro, del cual “descubre” objetos o documentos que pudieran estar relacionados con la existencia de otro hecho punible, caso en el cual si procede la autorización judicial, por la eventualidad de que, en definitiva, las sospechas no se concreten en un ilícito determinado y se pudiere afectar el derecho de propiedad u otros garantizados por la Constitución, todo ello en conformidad al artículo 9 del Código en estudio...”.

3. Tribunal Oral en Lo Penal de San Antonio, RUC 0700392681-2, de 05/12/200793.

El Ministerio Público formuló acusación en virtud de los siguientes hechos: *“Que el día 25 de mayo de 2007 alrededor de las 12:25 horas, funcionarios de la Sección de Investigaciones Policial, hicieron ingreso al domicilio del imputado, exhibiéndosele acta de orden judicial de entrada y registro, en cumplimiento de orden verbal de allanamiento.*

En dicha revisión, en el interior de un dormitorio del imputado, se encontraron entre los dos colchones de la cama la cantidad de 12 envoltorios de papel de diario que contenían marihuana elaborada, además en el interior del primer cajón de una cómoda se encontró una bolsa de nylon transparente que contenía marihuana prensada sin dosificar, sobre el mueble se encontraba un vaso de una juguera sin marca, la que contenía restos de marihuana elaborada y utilizada para molerla, junto a la droga se encontraron \$42.0400.-, en dinero efectivo, provenientes de la venta de droga.

La droga incautada fue sometida a prueba de campo cannabis spray, por personal del OS7, de San Antonio, la cual arrojó coloración positiva ante la presencia de THC y sometida a pesaje en una balanza de precisión marca TANITA, arrojando un peso bruto de 29,3 gramos (peso neto: 24,4 gramos)”.

Los hechos antes consignados fueron calificados jurídicamente como tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga (artículo 4° Ley N° 20.000) y la participación que se le atribuyó al imputado fue en calidad de autor.

En el considerando cuarto del fallo se explicitó la teoría sustentada por la defensa durante el juicio; esto es, que la prueba fue obtenida por el Ministerio Público con violación a las garantías fundamentales, ya que los funcionarios policiales ingresaron al domicilio en virtud de una orden de entrada y registro concedida en el contexto de una investigación por el delito de receptación, agregando que cuando los funcionarios se percatan de la existencia de indicios que pudieran dar cuenta de la comisión de un delito, lo que procede es solicitar autorización judicial, tal como lo dispone el artículo 215 del Código Procesal Penal. Concluyendo que dicha omisión significó la vulneración de las garantías constitucionales contempladas en los artículos 19 N°3, N°4 y N°5 de la Constitución Política de la República.

93 La Defensa interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema cuyo fallo actualmente se encuentra pendiente.

Por su parte el Ministerio Público sostuvo que la autorización judicial era innecesaria considerando que los funcionarios policiales se encontraron ante la comisión de un delito flagrante de tráfico de drogas, razón por la cual actuaron de conformidad a las facultades que le confiere dicho estatuto.

El tribunal en su voto de mayoría condenó al imputado y respecto del tema de la referencia señaló (considerando décimo sexto): “... Para el correcto análisis de esta cuestión de suyo importante, se debe distinguir entre la incautación de un objeto del delito y objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible, y si esto se verifica o no en una hipótesis de flagrancia.

En cuanto a la primera diferenciación, esta surge de lo que es el objeto mismo encontrado. En el caso que nos convoca, resulta claro que los funcionarios policiales, actuando en virtud de un procedimiento correcto y ajustado a derecho, deben asir los objetos encontrados que son en sí, constitutivos de crimen o simple delito, a diferencia de aquellas cosas que se encuentran en un lugar y permiten la sospecha del acaecimiento de un hecho punible. Esta distinción surge de la forma en la cual se encuentra redactada la disposición, dado que resulta evidente que existen objetos que la mera tenencia de ellos da cuenta de un injusto, mientras que hay que son meramente indiciarios de lo mismo (...). En otras palabras, el legislador no ha requerido, en la hipótesis en la cual el objeto hallado es justamente la materialidad del injusto, como lo es la droga en comento, que se proceda a requerir, por parte de la Policía, una autorización para tomarla y llevarla, dado que es justamente una de sus atribuciones y obligaciones el recabar dichos objetos. Estimar lo contrario llevaría indefectiblemente a estimar que un policía, que encuentra un objeto que es en sí un injusto, como puede serlo un paquete de droga, no podría llevarlo sino hasta que lo autorice el correspondiente Juez de Garantía, en circunstancia que era el propio legislador, quien, de una manera anticipada, ya se lo había ordenado y autorizado a hacer. En otras palabras, requerir una autorización como la intentada es solicitar mayores requisitos que aquellos que ha dispuesto el Legislador para la verificación de una actuación, lo que trae como conclusión que la pretensión efectuada en ese sentido, no puede prosperar (...). Dentro de este esquema las hipótesis de flagrancia autorizan a la actuación de los funcionarios policiales en consonancia con las disposiciones legales que informan su actuar, lo cual se traduce, en el caso que nos cita, en que ellos no requerían de autorización judicial previa para realizar la incautación de la droga tantas veces tratada ni tampoco para requisar las otras especies, ya que se encontraban también en el supuesto de flagrancia del artículo 130 literal d) del Código Procesal Penal, por lo que no puede estimarse como nula la prueba, sino que esta debe ser necesariamente considerada y tenida como sustento del castigo que se trata, máxime cuando es la propia ley la que autoriza incluso a una de las máximas vulneraciones a los derechos constitucionales, como lo es la detención, la cual priva a una persona de su libertad cuando es sorprendida cometiendo un ilícito, lo cual obliga, bajo sanción, a la actuación policial (...). En conclusión, puede sostenerse que las actuaciones de este proceso no se encuentran viciadas de ilegalidad, existiendo un amplio respaldo tanto doctrinario como jurisprudencial que avala la actuación policial en el caso que nos convoca, estimándose así que la evidencia encontrada fue incautada en conformidad a la ley y con pleno respeto de las garantías fundamentales, por lo que en caso alguno puede estimarse como ilícita...”.

V. Conclusión:

De lo reseñado es posible advertir la relevancia del instituto de los hallazgos causales y la forma como se vincula con la ilicitud de la prueba.

Adicionalmente, los fallos que se adjuntan van dando cuenta de una cierta interpretación judicial que coincide en gran parte con lo expuesto en este artículo.

Expresar que esperamos que en el futuro se siga asentando a nivel doctrinario y judicial un concepto de hallazgos casuales claramente diferenciado de los delitos flagrantes.

Finalmente, insistir que en caso de una diligencia de entrada y registro autorizada por un juez de garantía, no es necesario solicitar autorización judicial para la incautación de objetos y documentos cuando éstos por sí mismos den cuenta de la existencia de un delito flagrante.

INCLUSIÓN DE LA CANNABIS EN EL ARTÍCULO PRIMERO DEL REGLAMENTO DE LA LEY N° 20.000, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS.

Lorena Rebolledo Latorre⁹⁴

1. Introducción.

El 19 de febrero de 2008 se publicó en el Diario Oficial el nuevo Reglamento⁹⁵ de la Ley de Drogas, en el cual se incluyeron una serie de modificaciones a los listados de sustancias estupefacientes y sicotrópicas contenidas en el antiguo Reglamento (Decreto Supremo de Justicia N°565/1995), entre las cuales destacamos la introducción de diversas benzodicepinas de frecuente uso médico, tales como alprazolam, bromazepam, clonazepam, diazepam, lorazepam y el cambio de listado de la Cannabis, desde el artículo segundo del Reglamento al artículo primero, integrándose de esta forma a las llamadas “drogas duras”, es decir, aquellas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud⁹⁶. Asimismo, respecto a esta droga, se eliminó en su descripción, la excepción relativa a las semillas y a las hojas no unidas a las sumidades.

Sobre el cambio de listado de la marihuana y la eliminación de la exclusión antes señalada, versará el presente artículo, que abordará entre otras consideraciones, las distintas situaciones que podrían presentarse con motivo de este relevante cambio en la legislación nacional de drogas.

Es necesario tener presente que el artículo primero de la Ley N° 20.000 se refiere al objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, señalando que éste recae sobre “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, sin embargo esta descripción resulta insuficiente para establecer las sustancias cuyo tráfico se persigue, por ello el artículo 63 de la Ley de Drogas delega en un reglamento la facultad de establecer listas taxativas de sustancias que pueden ser objeto de tráfico. Así, el artículo primero del Reglamento de la Ley N° 20.000 contempla aquellas sustancias que causan grave efecto tóxico en la salud y el artículo segundo aquellas que no causan dicho efecto⁹⁷.

94 Abogada Asesora, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

95 Decreto N° 867, de fecha 8 de agosto de 2007, del Ministerio del Interior que aprobó el Reglamento de la Ley N° 20.000.

96 Artículo 1°, inciso 1° de la Ley N° 20.000.

97 Politoff L. Sergio, Matus A. Jean Pierre, “Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudio de Dogmática y Jurisprudencia”, Editorial Jurídica, Conosur, 1998, p. 22.

2. Ubicación de la cannabis en el antiguo Reglamento de la Ley de Drogas.

La Cannabis se encontraba descrita en el artículo segundo del antiguo Reglamento de la Ley de Drogas, de acuerdo al siguiente tenor:

“Calificase como sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, a que se refiere el inciso segundo del artículo 1° de la ley 19.366, que no producen los efectos indicados en su inciso primero, a las siguientes: (...)

Cannabis (cañamo índico) sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se designe. Se exceptúan las semillas y las hojas no unidas a las sumidades.”

A su turno, el artículo primero de la Ley N° 20.000 establece la sanción al tráfico ilícito de sustancias que causan graves efectos tóxicos, y de aquellas que no generan estos efectos, estableciéndose para éstas expresamente, en el inciso segundo, la facultad jurisdiccional de rebaja penológica de un grado.

En consecuencia, aún cuando se hubiesen efectuado incautaciones de marihuana de envergadura, cuyo peligro de difusión se ve claramente aumentado por esta circunstancia, el juez podía aplicar la rebaja facultativa que establecía el estatuto nacional de drogas, por tratarse de aquellas sustancias que no generaban graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud.

Ahora bien, el fundamento de esta rebaja facultativa de pena para el tráfico de marihuana se oponía a diversos planteamientos médicos, en los cuales profesionales calificados han expuesto los graves daños que puede producir el consumo de marihuana, como veremos más adelante.

3. Ubicación de la cannabis en el nuevo Reglamento de la Ley de Drogas.

Tal como lo señalamos anteriormente, con la dictación del nuevo Reglamento de la Ley de Drogas, la cannabis fue incluida en el artículo primero de dicho cuerpo normativo, pasando a formar parte de aquellas drogas que pueden causar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud; por lo tanto, la pena asignada al tráfico ilícito de marihuana no admite la rebaja facultativa establecida en la Ley N° 20.000 para las denominadas “drogas blandas”.

A continuación, veremos las razones científicas que se consideraron para cambiar de lista a la cannabis.

3.1 Fundamentos para encuadrar a la marihuana en el listado de las denominadas “drogas duras”:

Dentro de los estudios que se tuvieron en cuenta para incluir a la marihuana en el listado de las drogas que causan graves efectos tóxicos en el organismo,

podemos mencionar el “Consenso de la Sociedad Española de Psiquiatría sobre el Consumo de Cannabis⁹⁸”. En este informe se señala que la cannabis es la droga ilegal más consumida en el mundo.

Luego, en el capítulo referido al abuso y dependencia de cannabis se describen los efectos que genera el consumo de esta droga; a saber:

El consumo de dosis bajas produce euforia, risas inadecuadas, sensación de bienestar, sedación, aumento de la autoconfianza, deterioro de la memoria inmediata y de la capacidad de juicio, dificultad para llevar a cabo operaciones mentales complejas y alteraciones perceptivas. Las percepciones sensoriales cambian: aparece sensación de relajación, de flotar y transformación de la percepción temporal. Es muy frecuente el enlentecimiento de la percepción del tiempo. Se ha descrito aumento del deseo sexual.

A nivel fisiológico aparece sequedad de boca, aumento de la sed, del apetito y de la sensación de hambre. Puede producir náuseas y síntomas irritativos del aparato digestivo. Produce disminución de la presión intraocular y visión amarillenta. El consumo provoca taquicardia leve e hipertensión.

El consumo de dosis medianas de cannabis produce taquicardia, aumento de la tensión arterial, hiperreflexia, temblor, náuseas, debilidad muscular. Se presentan cambios en la vigilancia, concentración y memoria y de las actividades psicomotoras.

El consumo de dosis muy altas puede producir síntomas de desrealización y despersonalización, alucinaciones visuales, suspicacia e incluso ideación paranoide transitoria.⁹⁹

Con relación a los aspectos importantes que se tratan en este informe, destacamos los ***trastornos psicóticos producidos por el consumo de cannabis***.¹⁰⁰

Señala el estudio que, en teoría, el consumo de cannabis podría precipitar los siguientes cuadros clínicos:

- **Psicosis orgánica aguda**, con síntomas confusionales y alucinaciones que remiten con la abstinencia.
- **Psicosis funcional**, similar a un estado agudo esquizofreniforme con ausencia de rasgos orgánicos o de psicosis tóxica.
- **Psicosis crónica**, que persiste tras la abstinencia.
- También podría constituir un factor de riesgo para una enfermedad mental grave como la **esquizofrenia**.

98 Editorial Glosa S.L., Barcelona, 2007.

99 Páginas 86-87.

100 Páginas 135 a 151.

Dentro de las conclusiones que relata este informe, respecto de la esquizofrenia, hacemos énfasis en los siguientes tópicos:

- Se calcula que alrededor del 10% de las esquizofrenias podrían prevenirse mediante la eliminación del consumo de cannabis.
- Se puede afirmar que el consumo de cannabis dobla el riesgo de desarrollo de psicosis; este hecho está claramente aceptado en casos de personas vulnerables.
- El uso concomitante de cannabis agrava el curso de la esquizofrenia.

3.2 Dependencia a la Cannabis:

La Cannabis es una droga ilegal que produce dependencia o adicción. En la actualidad no se distingue la dependencia síquica de la física, pues se considera que la dependencia a sustancias estupefacientes o sicotrópicas es un fenómeno único, que posee tanto síntomas físicos como conductuales o síquicos.

En términos generales podemos señalar que un estado de dependencia implica un alto grado de involucramiento de la persona en el consumo de sustancias. En un estado adictivo, existe la presencia de síntomas conductuales y físicos. Respecto de los primeros, se describen la búsqueda compulsiva del consumo de la sustancia o el consumo a pesar de los daños producidos a la salud. En relación de los segundos, se reconoce el síndrome de abstinencia (estado en el cual la persona experimenta una serie de síntomas al dejar o disminuir el consumo, los que son aliviados con la vuelta al uso de la sustancia). Además, se describe el fenómeno de la tolerancia, consistente en la necesidad de escalar las dosis de una sustancia con el fin de obtener el mismo efecto¹⁰¹.

4. Eliminación de la excepción relativa a las semillas y a las hojas no unidas a las sumidades floridas:

El antiguo Reglamento de la Ley de Drogas excluía dentro de la descripción de la cannabis, en su artículo segundo, a las semillas y a las hojas no unidas a las sumidades floridas. El nuevo Reglamento, en cambio, junto con modificar la ubicación de la cannabis, eliminó esta excepción.

A nuestro juicio, tanto bajo la vigencia del antiguo reglamento como bajo el imperio del actual, el tráfico de semillas y hojas de marihuana era y es subsumible en la figura penal de tráfico de drogas prevista en los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.000.

Por lo tanto, es posible el tráfico con cualquier parte de la planta de cannabis, descartándose de esta forma las controversias que pudieron generarse en torno a la falta de objeto material del delito de tráfico, en causas cuyas incautaciones

101 Acuña Gutiérrez Gonzalo, Informe "Características de la Cannabis Sativa y sus Efectos en el Organismo Humano", 2007. p. 7.

fueron semillas u hojas no unidas a las sumidades.

4.1 Algunas consideraciones sobre la semilla de la cannabis:

La semilla o fruto de la planta tiene una forma globular, de cerca de 5 mm. de diámetro, y es de color café grisáceo. Este fruto, si es plantado, genera una nueva planta. En otras palabras, representa la materia prima a partir de la cual nace una nueva planta.

El Delta-9-THC¹⁰² ha sido encontrado en las semillas de la cannabis. Sin embargo, no existe acuerdo respecto de si éste proviene de su interior o si ha llegado a su cáscara producto de la manipulación asociada a la cosecha. Por un lado, existe un estudio que encontró pequeñas cantidades del principio activo tanto en el exterior como en el interior del fruto¹⁰³. Ese estudio se basó en muestras de semillas europeas y americanas, para luego analizarlas con el método de cromatografía de gases con espectrofotometría de masas. Por otro lado, otra investigación a partir de muestras de semillas europeas -utilizando el mismo método de análisis químico- encontró resultados diferentes. En efecto, se detectó Delta-9-THC en la cáscara de la semilla, sin hallarlo en su interior¹⁰⁴.

4.2 Tráfico ilícito de materias primas:

La Ley de Drogas describe y sanciona¹⁰⁵ el tráfico de *sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y de materias primas que sirvan para obtenerlas*.

En efecto, la semilla -materia prima- tiene poder germinativo¹⁰⁶; es decir, es capaz de crear una planta, en el caso que nos convoca, de cannabis.

Se ha discutido la figura penal de tráfico de materias primas, a propósito de la antigua exclusión de las semillas en el artículo segundo del Reglamento de la Ley N° 20.000; sin embargo, con la eliminación de esta excepción en la nueva redacción de la marihuana, no cabe lugar a planteamiento alguno que pudiera presentarse por falta de objeto material del delito de tráfico, en este caso, semillas de cannabis. Más aún considerando que el artículo 3° y 4° de la Ley de Drogas sanciona el tráfico de materias primas.

Ahora bien, el artículo 63 de la Ley de Drogas dispone que “(u)n reglamento

102 Es el principio activo más abundante y potente de la planta.

103 Ross, S., Mehmedic, Z., Murphy, T. & ElSohly, M. (2000) GC-MS analysis of the total A9-THC content of both drug and fiber-type cannabis seeds. *Journal of Analytical Toxicology* (24) 715-717.

104 Acuña Gutiérrez, op cit, p. 10 y 11.

105 Artículo 3° y 4°, en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000.

106 Aceptación del término Germinar: (Del lat. germinare) 1. intr. Dicho de un vegetal: Comenzar a desarrollarse desde la semilla. *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésima segunda edición. www.rae.es

señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°...”; en consecuencia, aquellas sustancias estupefacientes, sicotrópicas, precursores, sustancias químicas esenciales, hidrocarburos aromáticos y especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas deben ser materia de regulación, según lo dispone la propia Ley de Drogas, sin que nada se señale respecto a las materias primas.

En conclusión, el tipo “delito de tráfico ilícito de materias primas” está descrito en los artículos 3° y 4° de la Ley N°20.000, no siendo necesario que la materia prima esté incluida en el Reglamento de dicho cuerpo legal, por cuanto dicha ordenación afecta a las sustancias mencionadas en el acápite anterior, y no a la materia prima según lo expresamente señalado en el citado artículo 63.

4.3 Tráfico ilícito de hojas de cannabis no unidas a las sumidades floridas.

Relegadas en el pasado quedaron las discusiones respecto a la falta de objeto material del delito de tráfico de cannabis, tratándose de incautaciones de hojas de esta especie vegetal.

Con el objeto de mostrar en que tenor se presentaban estas controversias, veremos lo resuelto -en cuanto a la acreditación del cuerpo del delito- por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia de fecha 20 de enero de 2005, por tráfico ilícito de drogas (4,7 gramos de marihuana, peso bruto).

La Defensa argumentó la existencia de una duda razonable de si la marihuana incautada causaba daño al bien jurídico protegido, por cuanto la perito que depuso en el juicio acreditó en forma incompleta la calidad y los elementos de la marihuana:

“... La perito señaló que lo que recibió fue “restos vegetales de cannabis sativa”, información que no es suficiente, hay que vincularla con el artículo 43 de la Ley N° 20.000 y con el artículo 2° del Reglamento, pues si bien la marihuana incautada es de aquellas que indica el legislador como sustancias estupefacientes, y que la marihuana en sí dará coloración positiva, no basta cualquier cannabis sativa, pues, de acuerdo al Reglamento, la sustancia prohibida son las sumidades floridas o frutos de la planta de género, cannabis de la cual no se haya extraído la resina, cualquiera que sea el nombre que se le de, exceptuándose las semillas y las hojas no unidas a las sumidades, sin embargo, esa información no se tiene¹⁰⁷.”

El Tribunal desestimó esta alegación considerando suficiente la deposición de la perito, quien mediante el análisis químico efectuado a la marihuana, refirió los efectos propios de esta droga; manifestando en el considerando noveno:

“...Que igualmente se ha dado crédito a los dichos de la perito que depuso en el juicio, químico farmacéutico Alicia Soto Krebs, que aparece veraz por haber sido su testimonio formulado por una profesional con conocimiento especial

107 Considerando tercero.

en la ciencia que profesa, puesto que informó al tribunal sobre el resultado obtenido tanto en el análisis farmacognóstico (microscópico) como el químico practicado por ella a las muestras recibidas de las sustancias incautadas; identificó el producto como restos vegetales de cannabis sativa; indicó su peso (0,2 gramos); su naturaleza y componente tóxico (THC o tetra hidro cannabino), refiriendo, además, los efectos de la droga analizada”.

Tal como se ha señalado en párrafos anteriores, la nueva redacción de la cannabis, en el artículo 1° del Reglamento de la Ley de Drogas, eliminó la excepción relativa a las semillas **y a las hojas no unidas a las sumidades**; modificación que resulta coherente con las reglas de la lógica y los principios científicamente afianzados, -presentes en un sistema de libre valoración probatoria. En efecto, las sustancias psicoactivas de la cannabis se encuentran presentes en cada una de sus partes, en distinta proporción, sean plantas machos o hembras¹⁰⁸ (la planta contiene más de 400 sustancias químicas, setenta de ellas son cannabinoides¹⁰⁹), las cuales son responsables de los efectos propios que produce la marihuana tanto físicos como psicológicos descritos en el 2.1 de este informe.

Lo anterior nos lleva a recordar cuales son los bienes jurídicos principalmente comprometidos en el delito de tráfico de drogas: “la *salud pública*, es decir, la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas y la *libertad* de los individuos afectados, de resultados de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción”.¹¹⁰

108 “El género masculino o femenino de la especie vegetal CANNABIS SATIVA no es determinante para establecer que ésta contiene los principios activos denominados CANNABINOLES puesto que ambos géneros los contienen y se clasifican como droga”. Informe del Instituto de Salud Pública de Chile, Ord. N° 2219, de fecha 10 de abril de 2003.

109 Acuña Gutiérrez, op cit, p. 12.

110 Politoff y Matus, op cit, p. 14.

LAS BENZODIACEPINAS Y SU MODIFICACIÓN E INCORPORACIÓN EN EL REGLAMENTO DE LA LEY N° 20.000.

Carolina Zavidich Diomedi¹¹¹

I. Introducción

Durante el mes de febrero de 2008 se publicó el Reglamento Decreto N° 867¹¹², que sustituye el Reglamento N° 565 de la Ley N° 20.000 de fecha 26 de enero de 1996, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Algunas de las novedades de este reglamento son en relación con la cannabis y una benzodiacepina (denominada flunitrazepam) las cuales pasan de la Lista II a la Lista I, transformándose de esta manera en “*drogas duras*”, esto es, de las mencionadas en el artículo 1° de la Ley de Drogas. Adicionalmente, se incorporaron diversas benzodiacepinas en la Lista II, las que anteriormente sólo se encontraban reglamentadas en el Decreto Supremo N° 405 del Ministerio de Salud, de fecha 20 de enero de 1984.

En razón de ello, se explicará de manera descriptiva el concepto, origen, principales características y efectos de las benzodiacepinas, como así también los antecedentes fármaco-legales que se tuvieron a la vista o presentes para incorporar un gran número de ellas y las razones por las cuales el flunitrazepam fue cambiado de lista II a Lista I.

II. Antecedentes Farmacológicos.

Concepto y origen.¹¹³

Los fármacos en general tuvieron su origen en algunos ritos religiosos. Posteriormente, derivaron en la asistencia de los enfermos, extendiéndose al área de la química, primero en Europa y luego en el resto del mundo. A partir del siglo XIX comenzaron las primeras sintetizaciones de fármacos. El primer fármaco sintético fue la acetofenidina (paracetamol), comercializada en el año 1885 como analgésico por la empresa BAYER. Luego, en el año 1897 nació el ácido acetilsalicílico (aspirina), también como analgésico y de uso para dolores reumáticos.

Posteriormente, con la producción de nuevos fármacos sintéticos del tipo barbitúrico y tranquilizante, comenzaron las primeras dependencias o adicciones.

111 Abogada Asesora, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

112 Decreto N° 867, de 8 de agosto de 2007, Ministerio del Interior.

113 Antecedentes proporcionados por distintas fuentes, tales como: <www.conacedrogas.cl>, <www.nida.nih.gov>, <www.abcmcdicus.com>, <www.dedrogas.com>, <www.benzo.org.uk>, <www.psiq.info>, <www.camporenacimiento.com.>

Respecto a las benzodiazepinas, la primera sintetizada fue el clordiazepóxido en el año 1955 por los laboratorios Roche, la que fue comercializada y recetada masivamente en la década de los años 60 y 70.

Las benzodiazepinas son fármacos agonistas no selectivos del receptor GABA, con efecto inhibitorio sobre los sistemas dopaminérgico y noradrenérgico, es decir, es un tipo depresor del sistema nervioso central (SNC) que actúa sobre el “*Sistema Límbico*”, tranquilizando la acción cerebral, creando en quien lo consume un estado de relajación y situación de bienestar.

Generalmente se les distingue por las terminaciones *-lam, lan, pam y pan-*, siendo la excepción el clorazepato dipotásico (*Tranxilium*) o el clordiazepóxido (*Librium*).

Las benzodiazepinas tienen una estructura química parecida, presentando un anillo de benceno con seis elementos unido a otro anillo de diazepina con siete elementos. Cada benzodiazepina específica surgirá por sustitución de radicales en diferentes posiciones.

Características y efectos

Principalmente sus acciones son hipnóticas, pues facilitan el sueño en caso de insomnio; ansiolíticas a objeto de aliviar la ansiedad, trastornos de pánico o fobias; anticonvulsivas, contra los ataques causados por intoxicaciones a causa de algunas drogas o las originadas a consecuencia de crisis epiléptica; y amnésicas, deteriorando la memoria a breve plazo. Normalmente son usadas para las operaciones o sedación en cirugías menores, como miorrrelajantes y como relajantes musculares para espasmos o trastornos espásticos.¹¹⁴

Al funcionar como depresores del sistema nervioso central, una vez ingeridas generan sensación de profunda relajación. Pueden provocar *tolerancia* a la misma, es decir, serán necesarias cada vez más dosis del medicamento para sentir el mismo estado de bienestar inicial. En el caso de un consumidor habitual de drogas se produce la llamada “*tolerancia cruzada*”, esto es, si un sujeto ha tomado barbitúricos y se ha hecho tolerante a éstos, tendrá igual tolerancia a las benzodiazepinas aún cuando nunca las hubiera consumido.¹¹⁵

Asimismo, las benzodiazepinas producen dependencia, generando adaptación del organismo a una determinada sustancia, es decir, el sujeto siente malestar cuando disminuye o interrumpe la administración del fármaco, provocando la necesidad de consumir nuevamente. La manifestación de la dependencia es a través de palpitations, inquietud, insomnio, ansiedad, temblores, etc. En razón de lo expuesto, es común que a mayor duración del tratamiento médico con benzodiazepinas, exista un mayor riesgo de generar dependencia a la misma.

114 Profesora C. Heather Ashton DM, FRCP, “Monografía sobre El Tratamiento de la Suspensión de las Benzodiazepinas”, agosto de 2002.

115 Se desarrolla más rápidamente la tolerancia al efecto hipnótico y más lentamente al efecto ansiolítico.

Dentro de los efectos más frecuentes encontramos:

- Somnolencia y sedación diurna.
- Falta de coordinación motora.
- Amnesia anterógrada y dificultad de concentración.

Los efectos menos frecuentes son:

- Cefalea.
- Vértigo.
- Confusión.
- Retención urinaria o incontinencia.
- Alteraciones visuales.
- Desinhibición.
- Depresión respiratoria.
- Reacciones paradójicas tales como ansiedad, agresividad, insomnio e irritabilidad.
- Disartria o habla lenta o confusa.
- Ataxia o coordinación reducida de movimientos y pasos.
- Nistagmo o visión doble.

Estos fármacos a su vez se dividen en benzodiazepinas de acción larga, de 10 a 100 horas, y corta, de 2 a 10 horas. Entre las primeras encontramos por ejemplo: el diazepam, bromazepam, clordiazepóxido. De acción corta el alprazolam, lorazepam, clonazepam y el flunitrazepam de acción intermedia.

Éstas no deben administrarse a personas que tengan hipersensibilidad a las benzodiazepinas, insuficiencia respiratoria severa, insuficiencia hepática severa o síndrome de apnea durante el sueño, al igual que miastenia grave. También están contraindicadas durante el embarazo y lactancia.

Las benzodiazepinas tienen efectos diversos o se potencian los mismos cuando interactúan con el consumo de otros fármacos, tales como ácido valproico, antiepilépticos, anestésicos, hipnóticos, fármacos psicoactivos, analgésicos y relajantes musculares. Lo mismo ocurre si se consume alcohol bajo la administración de las benzodiazepinas.

Usos

Se utiliza o prescribe principalmente para aliviar la ansiedad, tensión o insomnio fuerte, al tener efectos tranquilizantes y sedantes. En algunos casos estas benzodiazepinas tienen efectos hipnóticos. Su ingesta incontrolada puede causar sobredosis y una adicción que puede terminar dañando el cerebro gravemente.

Su uso a largo plazo crea dependencia y adicción. Trae como consecuencias un debilitamiento de la memoria, con riesgos de “amnesia anterógrada” después de la dosis o alteraciones de la memoria en los momentos en los que se está bajo el efecto del fármaco.

Benzodiacepinas más usadas por la población.

1. Flunitrazepam.

Es un fármaco de la familia de las benzodiacepinas que opera como depresor del sistema nervioso central y es usado habitualmente en el tratamiento a corto plazo del insomnio, como sedante hipnótico y pre-anestésico.

Sus efectos fisiológicos son muy potentes, hasta diez veces más que la benzodiacepina tipo diazepam, por lo que en los países de Europa y América Latina, donde su comercialización es lícita, ésta debe efectuarse con estricta vigilancia y control médico.¹¹⁶

Al ser un fármaco tan poderoso en sus efectos, éste ha sido comercializado ilegalmente asociándose al tráfico de otras sustancias ilícitas. En este sentido, se ha detectado casos de consumo bajo la misma modalidad que la cocaína, esto es, mediante el aspirado. Sus efectos comienzan alrededor de los 30 minutos después de su consumo pudiendo prologarse los efectos hasta 8 horas o más¹¹⁷. En Chile en la jerga callejera se le conoce como “*chicota*”.¹¹⁸

Su aspecto es en tabletas, generalmente blancas, y tiene como característica principal que es una sustancia soluble, sin olor, ni sabor.

Se ha detectado la utilización de esta sustancia en delitos tales como robos y violaciones, pues al tener efectos hipnótico y sedantes puede dejar a la víctima con sensación de embriaguez, sueño, dificultad para hablar o expresarse, trastornos de criterio, problemas para caminar o desplazarse, agresividad y dificultades respiratorias, lo que hace más fácil la comisión del hecho delictual. A lo señalado, se suma su efecto amnésico como la “*amnesia de tipo anterógrado*”, esto es la pérdida de la memoria sobre hechos ocurridos inmediatamente posterior a la ingesta del fármaco.

Dentro de sus efectos colaterales, se incluyen la hipotensión, deterioro de la memoria, adormecimiento, dificultades visuales, vértigo, confusión, perturbaciones gastrointestinales y retención urinaria. En algunos casos puede provocar excitación y comportamiento agresivo.

Al ser una benzodiacepina muy fuerte produce mayor dependencia que lo habitual. El adicto padece de graves efectos síquicos y físicos, tales como ansiedad extrema, tensión, confusión, irritabilidad, pérdida de identidad, alucinaciones,

116 En el caso de Chile su venta se encuentra reglada bajo la venta con receta cheque. En cambio, en Estados Unidos su venta es ilegal.

117 www.drogas.cl/farmacos.htm

118 El flunitrazepam se denomina en la jerga de la calle de las siguientes maneras: Chicota, Píldora del Olvido, Tropieza y Cae, Borra Mentes, Roofies, Roach y Ropies. www.conace.cl

delirios, fobias, terror, dolores de cabeza, musculares, entumecimiento y prurito en las extremidades, convulsiones, trastornos y colapso cardiovascular.

Como todas las benzodiazepinas, la discontinuación de su uso debe ser en forma gradual, mas aún cuando se tiene dependencia a la misma.

2. Alprazolam - Bromazepam - Clonazepam - Diazepam.¹¹⁹

Estas benzodiazepinas empiezan a tener sus efectos alrededor de 1 a 2 horas después de haberse consumido y su duración es de a lo menos de 6 hasta 20 horas desde su ingesta.

Generalmente son prescritas para trabajar los estados ansiosos o tensionales provocados por stress, o para crisis de pánico.

El *bromazepam* es un ansiolítico de amplio espectro, pues a bajas dosis ejerce una acción selectiva sobre la tensión síquica, la ansiedad y el nerviosismo; en cambio, a dosis mayores es sedante y miorrelajante.

Generalmente el *clonazepam* es usado para el tratamiento de "*petit mal*" o ausencias típicas, "*Síndrome de Lennox-Gastaut*" o ausencias atípicas, convulsiones atónicas o "*Síndrome de Caída*", "*Síndrome de West*" o espasmos infantiles, desórdenes de pánico, síndromes fóbicos, convulsiones tónico-clónicas o "*Gran Mal*" o generalizadas, convulsiones parciales simples o complejas y trastorno obsesivo-compulsivo.

Como el *clonazepam* es muy eficaz como ansiolítico en el tratamiento de trastornos de pánico o ansiedad generalizada, además del uso tradicional como anticonvulsivo y la circunstancia que sus cualidades hipnóticas, miorrelajantes y amnésicas sean menores que otras benzodiazepinas, sus efectos secundarios pueden ser mejor tolerados cuando se utiliza como ansiolítico o anticonvulsivo. En cambio para tratamientos relajantes musculares se opta por el *diazepam*. Sin embargo este último puede tener una semivida de eliminación de más de 100 horas.

El uso prolongado de estos medicamentos, aun con control terapéutico, causa fácilmente dependencia.

III. FUNDAMENTOS FÁRMACO - LEGALES.

La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes JIFE mantiene y elabora listados con los actuales preparados de sustancias sicotrópicas, retirando aquellas sustancias que las industrias farmacéuticas han dejado de fabricar o se encuentran en desuso.

Para ello la JIFE confecciona tres listas: la Roja, la Verde y la Amarilla. La Lista Roja contiene el listado de Precursores y Sustancias Químicas utilizadas frecuentemente en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas sometidos a fiscalización internacional. La Lista Verde contiene la lista

¹¹⁹ Tal como se mencionó, están en el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 20.000.

de sustancias sicotrópicas sometidas a fiscalización internacional. Finalmente la Lista Amarilla contiene la lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional.

En el caso de las benzodicepinas, estas se encuentran contenidas en la Lista Verde, de conformidad con el Convenio de Sustancias Sicotrópicas de 1971, en la que se especifican las sustancias en Lista I, II, III y IV, como también señala las denominaciones, sinónimos y nombres comerciales de estas sustancias, sales y preparados, contenido de las mismas, prohibiciones y restricciones de exportación e importación de conformidad con el artículo 13 del Convenio de Sustancias Sicotrópicas de 1971. En la Lista Verde, las benzodicepinas se encuentran en la Lista III y IV.

El flunitrazepam se encuentra en la Lista III¹²⁰, en cambio el alprazolam¹²¹, bromazepam¹²², clonazepam¹²³ y diazepam¹²⁴ se encuentran en la Lista IV.

Conforme a la misma lista, se indica que el flunitrazepam está prohibido y restringido en la exportación e importación en Estados Unidos de América, India, Líbano, Pakistán y Turkía. Lo mismo ocurre con el bromazepam en India.

Como hemos descrito, el uso médico de las benzodicepinas está dado para paliar la ansiedad, estados de insomnio, angustia y otros estados diagnosticados debidamente por un facultativo. Sin embargo, el uso indebido, consumo no controlado e inapropiado desde una mirada médica de las mismas, ha hecho que se desvíen a canales ilícitos, lo cual ha sido un grave problema a tratar para los diversos países. Fue así que en el año 1971 se extendiera la fiscalización de éstas y otras sustancias. No obstante la JIFE ha señalado que le preocupa “... *la disponibilidad inmediata o excesiva y los usos no apropiados o con fines no médicos de las drogas sometidas a fiscalización(...)* tanto como *el suministro insuficiente. (...)* La Junta encuentra suficientes razones para creer que en ciertos países continuarán tendencias de la oferta y el consumo excesivos y no controlados...”¹²⁵

La JIFE ha concluido que la gran mayoría de los países en desarrollo no poseen los recursos ni experiencia para establecer las necesidades con fines médicos de estas sustancias, y menos ajustar el suministro de las mismas a esas necesidades, al carecer de personas capacitadas en dicha materia. Así el uso indebido y el riesgo de desviación hacia mercados ilícitos es mayor, siendo necesario ajustar los diagnósticos siquiátricos que prescriban sustancias sicotrópicas como las benzodicepinas, como también el mecanismo de tratamiento, pues son variables de país en país.

El mayor consumo de benzodicepinas se encuentra en Europa. El informe

120 5-(o-fluorofenil)-1,3-dihidro-1-metil-7-nitro-2H-1,4-benzodiazepin-2-ona.

121 8-cloro-1-metil-6-fenil-4H-s-triazolo[4,3-a][1,4]benzodiazepina.

122 7-bromo-1,3-dihidro-5-(2-piridil)2H-1,4-benzodicepin-2-ona.

123 5-(o-chlorophenyl)-1,3-dihydro-7-nitro-2H-1,4-benzodiazepin-2-one.

124 7-cloro-1,3-dihidro-1-metil-5-fenil-2H-1,4-benzodiazepin-2-ona.

125 www.incb.org/pdf/s/ar/2000/incb_report_2000_1_es.pdf - - 2005-04-18

señala que las dosis diarias definidas por 1.000 habitantes por día en Europa es de 41; 24 en América; 13 en Asia y 6 en África, situación que ha preocupado, pues el consumo bajo receta médica en muchos casos ha sido sin que se haya diagnosticado un caso concreto de ansiedad y en muchos casos obedece a “... *presiones sociales más que a una verdadera enfermedad física o mental*”.¹²⁶¹²⁷

De esta manera la JIFE ha dado ciertas recomendaciones a los países miembros, entre las que se destacan supervisar estrictamente el suministro y consumo de estas drogas sometidas a fiscalización, por medio de una legislación adecuada, educación y capacitación al personal sanitario y una actitud de ética en la práctica médica. Agrega además la asistencia bilateral y multilateral a nivel nacional, como asimismo la cooperación intergubernamental a fin de limitar y reducir la proliferación y distribución transfronteriza de estas drogas.

En razón de todas estas políticas públicas adoptadas por la gran mayoría de los gobiernos que integran la JIFE, Chile decidió, respecto al flunitrazepam, cambiarlo al artículo 1° de la reciente sustitución del Reglamento de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y sustituye la Ley N° 19.366, no sólo por su alto poder adictivo, sino además por el uso indiscriminado que se está haciendo en el mercado informal; haciendo necesario un control más estricto, mediante la venta con receta cheque.

Por otra parte, el resto de las benzodiazepinas, hoy en la Lista IV del Decreto Supremo 405 del Ministerio de Salud y artículo 2° del Reglamento de la Ley de Drogas, obedece también al uso masivo de las mismas en la población nacional. Las que se consumen sin el debido diagnóstico médico que indique la necesidad física y síquica de su consumo; además de la venta masiva, como en ferias libres. De este modo, hoy, este tipo de fármacos sólo pueden venderse en el comercio legal por medio de receta retenida.

Complementando que en las incautaciones de drogas realizadas en nuestro país, se ha percibido el uso de benzodiazepinas con el objeto de aumentar o cortar la droga. Además del uso del flunitrazepam en algunos delitos como violación, robo, etc., pues como ya se mencionó, al tener un efecto hipnótico y amnésico, facilita la comisión del ilícito.

En síntesis, la incorporación de algunas benzodiazepinas al artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 20.000 y el cambio del artículo 2° al artículo 1° del mismo cuerpo normativo, obedece principalmente a argumentos de políticas públicas sociales, en orden a proteger la salud pública. Su causa principalmente es por el indiscriminado uso que en el mundo se le ha dado a las benzodiazepinas, pues en la gran mayoría de los casos, quienes las consumen no tienen efectivamente un adecuado diagnóstico médico; transformándose en un problema mayor si pensamos en los efectos que estos fármacos pueden provocar a cada individuo si no se ingiere en las dosis adecuadas y ante efectivas necesidades médicas.

126 Ob. Cit.

127 Observándose también en países en vías de desarrollo que personas jóvenes consumen benzodiazepinas como una práctica para corregir el humor o el comportamiento. www.incb.org/pdf/s/ar/2000/incb_report_2000_1_es.pdf - - 2005-04-18

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

EL JUEZ Y EL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO DE EXTRADICIÓN.

Eduardo Picand Albónico¹²⁸

1. Antecedentes fácticos.

Con ocasión de la resolución pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, con fecha 10 de marzo de 2008, en el proceso de extradición activa seguida bajo el Rol N° 15-2008, en contra del sentenciado Carlos Iván Repol Cid, y en la cual no se dio lugar a la solicitud del Ministerio Público, el referido Tribunal sostuvo: “3°, Que, en tal sentido, la letra b) del artículo 1° de la aludida Convención, [Convención de Montevideo de 1933, sobre Extradición] exige que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido, con la pena mínima de un año de privación de libertad, recogiendo así el denominado principio de la doble incriminación...”; “4°, Que, en el caso que nos ocupa, los delitos por los cuales se ha condenado a Carlos Iván Repol Cid, esto es, el de violación...y el de abuso sexual a la misma persona, previstos y sancionados en los artículos 362, 366 bis y 366 ter del Código Penal de la República de Chile, tienen asignadas las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y reclusión menor también en cualquiera de sus grados, respectivamente. Sin embargo, no existe constancia que en el país donde se encuentra actualmente el imputado –Argentina–, los mismos ilícitos tengan asignada una pena cuyo mínimo sea superior al exigido por el inciso final del artículo 431 del Código Procesal Penal”; “5°, Que el Derecho extranjero es, ante los tribunales chilenos, un hecho cuya demostración debe hacerse conforme a las leyes chilenas, como lo demuestra, por ejemplo, el artículo 411 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, que permite oír informe de peritos sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera, no siéndole aplicable, entonces, la presunción de conocimiento a que se refiere el artículo 8° del Código Civil...”; “7°, Que así las cosas, puesto en la necesidad de probar la norma extranjera y, con ello, la concurrencia de los requisitos referidos en la motivación tercera del presente fallo, el Ministerio Público no produjo tal prueba, razón por la cual estos sentenciadores no accederán a la solicitud de extradición en análisis...”¹²⁹.

128 Profesor de Contratación Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Abogado Asesor de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Árbitro del Centro Nacional de Arbitrajes de Chile.

129 Con anterioridad, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, con fecha trece de abril de 2005, en causa Rol 46-2005, por delito de robo en lugar no habitado, había utilizado estos mismos argumentos: “1°.- Que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 431

Creemos poco afortunada la interpretación efectuada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, quien, en nuestra opinión, incurrió en un doble error: primero, al calificar como hecho de la causa al derecho extranjero y, segundo, al mantenerse en inactividad, no obstante considerar insuficientes los medios probatorios utilizados por el Ministerio Público para probar el contenido de la ley extranjera, dando por no acreditada su existencia y, de esa manera, resolviendo, con autoridad de cosa juzgada, la improcedencia de la solicitud de extradición activa que se alegaba, con todas las perniciosas conse-

y 432 del Código Procesal Penal, la extradición activa exige, para declarar su procedencia, que se hubiese formalizado por un delito que tenga asignada una pena privativa de libertad cuyo mínimo exceda de un año y que, además, conste en el procedimiento el país y el lugar en que el imputado se halle actualmente; 2º.- Que, por otra parte, de lo expuesto por los intervinientes en la audiencia a que se refiere el artículo 433 del Código Procesal Penal, no resulta controvertida la aplicación al presente caso, además de las normas anteriores, aquellas contenidas en la Convención sobre Extradición, suscrita en Montevideo con fecha 26 de diciembre de 1933 y debidamente ratificada por Chile en el año 1935, sin perder de vista que también existen normas similares sobre extradición en el Código de Derecho Internacional Privado, ratificado por Chile como norma interna, en el año 1934; 3º.- Que, en tal sentido, la letra b) del artículo 1º de la aludida Convención, exige que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido, con la pena mínima de un año de privación de libertad, recogiendo así el denominado principio de la doble incriminación; 4º.- Que, en el caso que nos ocupa, el delito por el cual se ha formalizado en contra del imputado Rodrigo Uribe Marín, esto es, el de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, tiene efectivamente asignada, en el artículo 442 del Código Penal de la República de Chile, una pena cuyo mínimo es superior al año de duración exigido por el ya citado artículo 431 del Código Procesal Penal. Sin embargo, no existe constancia que en el país donde se encuentra actualmente el imputado Argentina-, el mismo delito tenga también asignada una pena cuyo mínimo sea superior al exigido por la citada norma; 5º.- Que el Derecho extranjero es, ante los tribunales chilenos, un hecho cuya demostración debe hacerse de acuerdo con las leyes chilenas, como lo demuestra, por ejemplo, el artículo 411 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil, que permite oír informe de peritos sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera, no siéndole aplicable, entonces, la presunción de conocimiento a que se refiere el artículo 8 del Código Civil; 6º.- Que a mayor abundamiento, el Código de Derecho Internacional Privado, en sus artículos 408 a 411, contiene normas particulares sobre prueba de la normativa extranjera, bajo el epígrafe Reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras, antecedente que es plenamente concordante con la necesidad de acreditar dicha normativa, según se viene razonando; 7º.- Que así las cosas, puesto en la necesidad de probar la norma extranjera y, con ello, la concurrencia de los requisitos referidos en la motivación tercera del presente fallo, el Ministerio Público no produjo tal prueba, razón por la cual estos sentenciadores no accederán a la solicitud de extradición en análisis. Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 431 y siguientes del Código Procesal Penal, **NO SE HACE LUGAR** a conceder la extradición requerida por el Ministerio Público, con respecto al imputado Rodrigo Uribe Marín. Regístrese y devuélvanse los antecedentes al Juzgado de Garantía de esta ciudad...”.

cuencias que ello conlleva, más aún tratándose de un imputado que ya había sido condenado en Chile por el delito que justificaba su extradición.

2. Naturaleza jurídica del Derecho extranjero.

El Derecho Internacional Privado, como saber jurídico de acusada trascendencia positiva, responde a una realidad precisa y concreta: la existencia en el tráfico jurídico externo de una pluralidad de sistemas legislativos. Esta multiplicidad de leyes existentes puede acarrear la eventual contradicción normativa en relación con un mismo hecho, acto o relación jurídica¹³⁰, de modo tal que, para poder ofrecer seguridad jurídica y entregar una solución justa y coherente al caso, debemos determinar, ante todo, qué es el derecho extranjero y cómo debe probarse y aplicarse. En efecto, determinar la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero reviste especial importancia a efectos de poder precisar su interpretación, forma de aplicación y conocimiento por parte del tribunal nacional que deberá utilizarlo según los mandatos de su *lex fori*¹³¹. En particular, incide en temas tan importantes como, por ejemplo: a) la carga de la prueba, pues tratándose de hechos de la causa deben ser probados por la parte que los invoca; en cambio, si se le considera derecho, el juez debe aplicarlo aunque no se le invoque, pues *iura novit curia*; b) el acuerdo de las partes en cuanto a la prueba, pues bien sabemos que no todo hecho requiere ser acreditado sino sólo el controvertido; en cambio, considerando que es un derecho, da lo mismo el acuerdo de las partes desde el momento en que el tribunal está sujeto a la ley y no al acuerdo entre ellas; c) los medios probatorios y su admisibilidad, pues los hechos pueden probarse por todos los medios legales y su valoración queda entregada a las reglas generales; d) los hechos notorios deben ser alegados por las partes pero no requieren prueba; el derecho, en cambio, no requiere ser alegado ni probado.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas en torno a dos grandes tendencias: aquellos autores y jueces que estiman que el Derecho extranjero es un “Hecho”, y aquellos que estiman que el Derecho extranjero es un “Derecho”. Ambas doctrinas mantienen, a su vez, interesantes variantes que a continuación explicaré sucintamente.

Teorías que consideran el derecho extranjero como un “Hecho de la causa”.

Quienes sostienen que el Derecho Extranjero no es más que un hecho, entienden que si la ley extranjera es obra de un legislador que no tiene facultades fuera del territorio del Estado al cual pertenece, no puede exigírsele al juez de otro Estado que lo considere como derecho y que lo conozca, pues la ley extranjera no ha sido discutida, aprobada, promulgada ni publicada como su

130 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: “Curso de Derecho Internacional Privado”, 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, p. 37 y ss.

131 Véase: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto: “La aplicación de la ley extranjera y su efecto frente al Derecho”, Asunción, Editorial Continental, 1992.

propia ley. Tres han sido las doctrinas más fuertemente defendidas en este sentido. En primer lugar, la Escuela de Harvard o de los “*vested right*”, defendida por Dicey¹³² y más seductoramente por Beale¹³³, sostiene que, en verdad, lo que aplica un tribunal nacional no es la ley extranjera sino los derechos subjetivos que se adquieren al amparo de ella¹³⁴, y que deben ser reconocidos por todos los tribunales del mundo, aún cuando ellos jamás apliquen la ley extranjera que los concedió¹³⁵. El juez aplica la ley extranjera exclusivamente, pues no puede apreciar los derechos adquiridos fuera de su territorio sin, previamente, pronunciarse respecto de la ley que los otorgó¹³⁶. Si la ley es en esencia fuente

132 Un completo análisis de esta doctrina en: DOVE, Emil: “Los grandes problemas del Derecho Internacional”, Editorial Bosch, volumen I, 1947, p.160 y ss. Este autor, citando a Dicey, señala que: “...la intención del autor –Dicey– aparece claramente cuando explica por qué ha insertado la palabra “derechos” en su primer principio”. Textualmente lo cita así: “los jueces ingleses, igual que los jueces franceses o alemanes, no sancionan nunca, en rigor, más que su propia ley”. “Pero en los casos donde dice, según una fórmula corriente, que aplican una ley extranjera, en realidad no sancionan una ley extranjera, sino un derecho adquirido bajo la autoridad de esta ley extranjera”. Tratando de convencer a los jueces timoratos, Dicey señala que, por ejemplo, ha parecido normal que los tribunales de un Estado –por ejemplo Inglaterra–, deban sancionar las sentencias dictadas por los tribunales de otra nación –por ejemplo Italia–; en otras palabras, que los tribunales que actúan en nombre del Rey de Inglaterra, deben hacer observar las órdenes del Rey de Suecia. No se ha observado que si en Inglaterra, A intenta contra X una acción fundada sobre un juicio sueco, los tribunales ingleses son llamados, no a sancionar el juicio sueco, es decir, la orden del soberano de Suecia, sino el derecho al pago de una deuda adquirida por A contra X, en virtud de un juicio sueco. El mismo razonamiento debe ser realizado cada vez que el tribunal pretende aplicar una ley extranjera.

133 Beale, por su parte, de manera bastante más seductora, señala que desde el punto de vista jurídico todos los derechos deben ser creados por una ley: en primer lugar, un derecho es un producto artificial y no un simple hecho natural; no existe ningún derecho legal en el estado primitivo. Por otra parte, un derecho es una entidad política y no social; ningún derecho legal puede ser creado por la simple voluntad de los particulares. Así, “...cuando un derecho ha sido creado por una ley, este derecho se convierte en un hecho y su existencia puede ser un factor en el acontecimiento de la misma ley, u otra, considerada como condición de un nuevo derecho. En otras palabras, un derecho puede ser cambiado por la ley que lo ha creado o por toda otra ley que tenga autoridad sobre él”. DOVE, Emil: “Los grandes problemas del Derecho Internacional”, Editorial Bosch, volumen I, 1947, p.161 y ss.

134 NUSSBAUM, Arthur: “Principios de Derecho Internacional Privado”, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1947, p. 32 y ss.

135 Para el profesor Beale la ley material extranjera aplicable por disposición de la regla de conflicto del foro constituye un hecho. Según Dicey, jamás puede ser aplicada una ley distinta a la del foro; cuando se tiene en cuenta una ley extranjera no es esta la que se aplica, sino los derechos adquiridos a su amparo. Véase: DELGADO BARRETO, César, y otros: “Introducción al Derecho Internacional Privado”, tomo I, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 310.

136 LOUSSOUARN, Yvon y BOUREL, Pierre: “Droit International Privé”, Editorial Dalloz,

de derechos subjetivos, lo que hacen los tribunales extranjeros al reconocer la existencia de ellos no es otra cosa que aplicar su fuente. La gran crítica que se le formula a esta doctrina es que, en definitiva, no explica cómo se adquieren estos derechos bajo el amparo de la ley extranjera; además, deja sin explicación los casos en que, aplicándose una legislación extranjera, debe crearse una situación o relación jurídica nueva¹³⁷. Así, surgen algunas variantes como la “local law theory”, que precisa la territorialidad de la ley, señalando que cada Estado tiene su ley y sólo ella puede ser aplicada dentro de su territorio¹³⁸. Wigny, por su parte, recogiendo gran parte de la tesis de Dicey, sostuvo que al reconocer un derecho adquirido válidamente en el extranjero, es la *lex fori* la que crea un derecho subjetivo a favor de su titular.

En segundo lugar, bajo el alero del destacado autor argentino Werner Goldschmit¹³⁹, surge la llamada “teoría del uso jurídico extranjero”, la cual, analizando el “Derecho de la tolerancia” basado en la teoría trialista del mundo jurídico, constituida en sus dimensiones normológica, dekológica y sociológica, entiende que cuando la *lex fori* ordena al juez aplicar un derecho extranjero, éste lo debe hacer “tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma¹⁴⁰”, indicando, por lo tanto, un hecho y no derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas”. Lo que en verdad piensa Goldschmidt, siguiendo la teoría egológica del argentino Carlos Cossio¹⁴¹, es que el Derecho Nacional es creado día a día por el juez en la medida que lo aplica; en cambio, al aplicar el derecho extranjero considerando

8ª edición, 2004, p. 369 y ss.

137 BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul: “Droit International Privé”, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 7ª edición, 1981, p. 22.

138 NUSSBAUM, Arthur: “Principios de Derecho Internacional Privado”, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1947, p. 42 y ss. Explica este autor que “...un tipo específicamente norteamericano de doctrina nacionalista es la teoría del derecho local, aparecida por primera vez en una opinión emitida por el juez Learned Hand y principalmente elaborada por los profesores Lorenzen y Cook, según la cual el forum, aplicando solamente su propia ley, crea su propio derecho que, en una acción referida a hechos ocurridos en el extranjero, será similar similar a la del lugar donde las transacciones pertinentes se han llevado a cabo. De ahí que cada jurisdicción local se haya exclusivamente vinculada a su propio derecho”.

139 GOLDSCHMIDT, Werner: “Derecho Internacional Privado”, 9ª edición, Editorial Desalma, Buenos Aires, 2002, pp. 79-157. Más profusamente en su: “Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1948, p. 229 y ss.

140 Con expresiones similares, el artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en el seno de la II Conferencia Internacional Especializada de Derecho Internacional Privado, celebrada en la ciudad de Montevideo, Uruguay, en 1979.

141 Elabora su pensamiento partiendo del supuesto de considerar el “Derecho” como el “conjunto de conductas en interferencias intersubjetivas”, recogiendo así –pero en parte– la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Fundamenta una visión epistemológica del Derecho, pero considerando a los seres humanos como destinatarios del mismo y no a “sujetos ideales”, propios del normativismo mecanicista de Kelsen.

que sólo es un “hecho social” y no valorativo ni normativo, no lo crea sino que lo imita. Así las cosas, resulta repulsivo para un juez extranjero tener que aplicar un Derecho nacional, pues éste fue creado por y para la colectividad que gobierna –de ahí su triple dimensión de norma; hecho social y expresión de valor-, y, siguiendo esa lógica, lo que es derecho para algunos no tiene porqué ser derecho para otros. Sin embargo, el tribunal no puede desconocer los mandatos de su *lex fori* que le ordena aplicar una legislación foránea, de manera tal que, para cumplirla, deberá aplicarla “imitando” al juez del Estado cuya ley debe utilizar, o sea, utilizando la norma extranjera como un hecho, pero jamás como un derecho, por la sencilla razón que jamás ha intervenido en su creación.

En Derecho Comparado esta doctrina está en paulatino retroceso,¹⁴² no obstante mantenerse aún en ciertas legislaciones¹⁴³. En Chile, no obstante ser la opinión minoritaria, algunos tribunales siguen considerando el Derecho Extranjero como un “hecho de la causa”¹⁴⁴, y los fundamentos jurídicos que suelen

142 Antes de la reforma legislativa de 1988, el artículo 284 del Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México disponía que “sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras...”. PEREZNIETO CASTRO, Leonel: “Derecho Internacional Privado”, Editorial Harla, México, 1991, p. 278. Hoy, sin embargo, tras el legislador mexicano ha optado por considerar el derecho extranjero como derecho, al disponer el artículo 14 del Código Civil del DF que el Derecho extranjero debe ser aplicado “como lo haría el juez extranjero correspondiente, pudiendo obtener el juez información necesaria...” Véase: [Decreto de 22 de diciembre de 1987].

143 Véase, por ejemplo: el artículo 13 del Código Civil argentino dispone que “la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de una ley especial”.

144 La jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema ha recogido esta tesis en algunos fallos recientes: SCS, de fecha 13 de septiembre de 2007, [Rol N° 5869-2006]: “5°. Que, a mayor abundamiento, el derecho extranjero es un hecho de la causa, y, por lo tanto, requiere de prueba, la que en estos autos no se ha recurrido, conclusión ésta que fluye de lo dicho en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, precepto que, al tratar del informe de peritos como medio de prueba, dispone que podrá también oírse informe de peritos “sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera (artículo 411 N° 2)...”. SCS, de fecha 13 de julio de 2007, [Rol N° 230-2007], “...la legislación nacional no asimila el derecho extranjero al concepto de ley del artículo 1 del Código Civil, no sólo por lo expresado en la sentencia de primer grado, sino especialmente por toda la dogmática que entiende que el derecho chileno tiene sus fuentes directas e indirectas en la ley, la jurisprudencia, la doctrina y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, lo que se encuentra plasmado especialmente en el párrafo segundo del Libro I del Código de Procedimiento Civil sobre las normas que regulan el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por los tribunales extranjeros. Véase, con anterioridad, además, en: RDJ, tomo XXII, sección 1°, p. 398; RDJ, tomo XXIV, Sección 1°, p. 289; RDJ, tomo XXXIX, Sección 1°, p. 388. RDJ, tomo LI, Sección 1°, p. 351; RDJ, tomo LVI, sección 1°, p. 75; RDJ, tomo LXII, Revista N°

esgrimir son los siguientes:

- a) El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, al disponer que “podrá también oírse el informe de peritos..., 2º sobre puntos de derecho referentes a una legislación extranjera”, no hace otra cosa que entender que el derecho extranjero es un hecho, por cuanto sólo los hechos son susceptibles de prueba mas no el derecho, pues éste se presume conocido de todos, conforme lo dispuesto por el artículo 8º del Código Civil.
- b) El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil dispone que “las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”. Entonces, si el tribunal debe dictar la sentencia en base al mérito del proceso y la ley extranjera no se ha probado, el tribunal no podría dictar sentencia.
- c) El mismo José Bernardo Lira –quien fuera uno de los reactivos del Código de Procedimiento Civil- sostuvo que la ley extranjera no se encuentra en los Códigos y, por consiguiente, al juez no le consta su verdad, por lo que resulta imperioso que deba ser probada para efectos de su aplicación.

Teorías que consideran al derecho extranjero como un “Derecho”.

Las doctrinas que consideran al derecho extranjero como “Derecho” lo que hacen en buenas cuentas es entender que se trata de un objeto ideal cuya naturaleza jurídica es idéntica a la que tiene la norma nacional, por el sencillo hecho de ser una fuente directa de todo ordenamiento jurídico. La ley extranjera no pierde su carácter jurídico por tener que ser aplicada más allá de las fronteras del Estado a la cual pertenece. Las variantes de estas teorías nos permiten calificar la ley extranjera de tres maneras: a) Derecho extranjero; b) Derecho incorporado; c) Derecho integrado.

La teoría del “Derecho Extranjero”, cuyo expositor más notable fue Martin Wolf¹⁴⁵, en Alemania, y con extraordinaria defensa de José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo¹⁴⁶, en España; y de los profesores Diego

3, Sección 1º, p. 125. Pueden consultarse en la obra del profesor de la Universidad de Concepción: GESCHE MULLER, Bernardo y otros: “Jurisprudencia y tratados en Derecho Internacional Privado chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 1982. Las sentencias dictadas con anterioridad al año 1943 en: ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando: “El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia chilena”, Editorial Nacimiento, 1943.

145 WOLFF, Martin: “Derecho Internacional Privado”, Editorial Labor, 1936, Madrid, España, p. 135 y ss.; quien expresamente señala en su libro que “...el juez alemán tiene que aplicar el derecho extranjero como Derecho...”.

146 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: “Curso de Derecho Internacional Privado”, Editorial Civitas, Madrid, España, 2002. También puede verse la defensa de esta tesis en: RIGAUX, François: “Derecho Internacional Privado. Parte general”, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

Guzmán Latorre¹⁴⁷ y Mario Ramírez Necochea¹⁴⁸, en Chile, plantea que cuando la norma de colisión de la *lex fori* ordena a su tribunal aplicar una ley extranjera, este debe hacerlo considerándolo como un derecho “extranjero”, lo cual no significa, en caso alguno, que por su sola aplicación en territorio nacional este derecho vaya a nacionalizarse. Utilizando este último argumento, algunos profesores franceses e italianos, tales como Pillet, Fedozzi y Laine, sostuvieron que en territorio nacional sólo era posible aplicar el Derecho Nacional, pues de no ser así los tribunales estarían vulnerando la soberanía de los demás Estados, de modo tal que, cuando la *lex fori* le ordenaba al juez aplicar una ley extranjera, lo que debía hacer el juez en verdad era “nacionalizar” la ley extranjera, “incorporando” en su propia *lex fori*, lo cual podía hacer de dos maneras: la primera, incorporando el contenido material de ella a su ordenamiento jurídico con el objeto que terminara transformándose en parte de su propio Derecho, incluso modificando su propia naturaleza; la segunda, recepcionándola sólo de modo formal¹⁴⁹, de manera tal que, no obstante incorporarse la ley extranjera a la *lex fori*, ella mantiene su identidad y por tanto debe ser interpretada como ley extranjera¹⁵⁰. El profesor Federico Duncker defendió en Chile la doctrina de la incorporación¹⁵¹. Comentando estas dos teorías, el procesalista italiano Francesco Carnelutti señalaba que ambas eran totalmente extremistas, pues una quería solucionar el problema adueñándose de una norma que no le correspondía ni formal ni materialmente, y la otra quería entregar toda la responsabilidad de la *lex fori* a la ley extranjera. Carnelutti entendía que la norma conflictual es una “fórmula” incompleta que sólo ofrece soluciones cuando es complementada por la ley extranjera.

En Chile, nuestros autores, de manera prácticamente unánime¹⁵², y la juris-

147 GUZMÁN LATORRE, Diego: “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 331.

148 RAMÍREZ NECOCHEA, Mario: “Curso de Derecho Internacional Privado”, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999, p. 170.

149 Su principal exponente fue AGO, Roberto: “Teoría del Diritto Internazionale Privato”, Padova, 1934, p.101 y ss.

150 Véase: BALESTRA, Ricardo: “Derecho Internacional Privado”, 3ª edición, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006, p.87 y ss.

151 DUNCKER BIGGS, Federico: “Derecho Internacional Privado. Parte general”, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 345.

152 Véase en: ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando: “El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia chilena”, Editorial Nacimiento, 1943, p. 19. GUZMÁN LATORRE, Diego: “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 530. El profesor Federico Duncker sigue la teoría de la “incorporación legal” de la ley extranjera. DUNCKER BIGGS, Federico: “Derecho Internacional Privado. Parte general”, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 345. CARVAJAL CORTÉS, Arturo: “El juez y el Derecho extranjero”, Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 37.

prudencia, de manera mayoritaria,¹⁵³ han sido partidarios de esta teoría, y los fundamentos jurídicos que se esgrimen para contrarrestar la tesis contraria son los siguientes:

- a) El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil es una norma facultativa, pues utiliza la expresión “podrá” y no la expresión “deberá”, lo cual es muy importante, pues no le impone al juez la obligación de oír informe de peritos y, aún más, éste podría obviar tal prueba e investigar de motu proprio el derecho extranjero. Creo que la existencia de esta norma, en verdad, nada tiene que ver con la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, pues lo que realmente hace la norma es entregar una herramienta probatoria para que el juez pueda saber qué dice la ley extranjera.
- b) Respecto a lo argumentado por los autores de la tesis contraria sobre lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, se ha dicho que el Derecho Extranjero estaría por sobre el mérito del proceso, pues se trata del derecho mismo que debe ser aplicado en él.
- c) El Proyecto Original de Código de Procedimiento Civil utilizaba originalmente la expresión “deberá” en el artículo 411, y si la Comisión Revisora optó finalmente por sustituirla fue precisamente pues no era obligatorio probar el Derecho extranjero. Además, el propio Andrés Bello, al escribir sus “Principios de Derecho de Gentes”, fundamenta toda su concepción en lo que Savigny pregonaba como la existencia de una “comunidad jurídica entre los Estados”, unida por el cristianismo y el Derecho Romano.

153 SCS, de fecha 2 de octubre de 2007, [Rol N° 5864-2006], reconoce indirectamente esta doctrina al decir que “cuando se admite en determinados casos la extraterritorialidad de la ley, como cuando se reconoce eficacia a la actividad jurisdiccional de los órganos del extranjero, no se hace otra cosa que respetar el derecho interno que permite se aplique la ley extranjera y se tengan por válidos los pronunciamientos jurisdiccionales de otro Estado. Es decir, que la extraterritorialidad de las leyes y sentencias extranjeras, no tiene lugar por el hecho de ser leyes y sentencias, que sólo tienen eficacia dentro del lugar donde han sido dictadas, sino porque ha mediado la voluntad del Estado, donde incidentalmente se trata de aplicar...”. Los mismo ocurre en el siguiente fallo, en donde la Corte, restándole valor a la ley extranjera, permite que, en su calidad de tal, pueda determinar en Chile la suerte de los derechos y obligaciones, cuando la ley chilena se remite a ella. SCA de Antofagasta, de fecha 13 de julio de 2007, [Rol N° 230-2007], “...de lo que se deduce que la ley extranjera para los efectos impositivos nacionales, carece de valor, salvo que el propio legislador lo señale expresamente...”. Con anterioridad, citados por Diego Guzmán Latorre, pueden verse: RDJ, tomo VI, sección 2°, p. 70. RDJ, tomo VI, sección 1°, p. 88. RDJ, tomo VIII, sección 1°, p. 371.; RDJ, tomo X, sección 1°, p. 282; RDJ, tomo XV, sección 1°, p. 253; RDJ, tomo XXV, sección 1°, p. 544; RDJ, tomo XXVI, sección 1°, p. 113; RDJ, tomo XXVI, sección 1°, p. 192; RDJ, tomo XXX, sección 2°, p. 33; RDJ, tomo XXXIII, sección 1°, p. 449; RDJ, tomo XXXIV, sección 1°, p. 187; RDJ, tomo XXVIII, sección 1°, p. 722; RDJ, tomo XXX, sección 1°, p. 373; RDJ, tomo XXXIV, sección 1°, p. 344.

Nuestra opinión. El Derecho extranjero debe ser calificado como un “Hecho normativo fuera de la causa” y debe ser aplicado y probado como un “Derecho incorporado”.

Desde el giro copernicano de Savigny¹⁵⁴, y hasta la pretendida crisis del paradigma conflictual a través de la aceptación de un pluralismo normativo metodológico¹⁵⁵, la doctrina y la jurisprudencia han debido debatir sobre esta bizantina discusión relativa a la naturaleza jurídica del Derecho extranjero y las formas de alegación y prueba del mismo.

Pensamos que el derecho extranjero, a los ojos del juez chileno que debe determinar su naturaleza jurídica, no debe ser considerado un “hecho de la causa” y tampoco un “Derecho” propiamente tal, sino más bien un “hecho normativo extraprocetal”¹⁵⁶ o fuera del proceso, y una vez calificado de esa manera, aplicarlo y probarlo como “Derecho incorporado”¹⁵⁷. Explicaré mi posición y las importantes consecuencias que pueden derivarse de ella.

“*Daba mihi factum, daba tibi ius*”, así comenzaban los jueces romanos advirtiéndole a los litigantes; o sea: denme los hechos que yo aplicaré el derecho. Los procesalistas científicos modernos, comenzando por Francesco Carnelutti¹⁵⁸ y Gian Antonio Micheli¹⁵⁹, solían distinguir dos clases de hechos: a) Hechos de la causa; b) Hechos fuera de la causa.

Los hechos de la causa son aquellos que aportan las partes al conocimiento del tribunal y cuya prueba es, en definitiva, el objeto del juicio.

Los hechos normativos o extraprocetales son aquellos que, por el contrario, no deben probarse en el proceso, pues no son de interés de las partes, sino que deben simplemente acreditarse, pues resultan ser una norma que configura la premisa mayor del silogismo al cual deberá llegar el tribunal; o sea, es la norma

154 SAVIGNY, Federico: “Sistema de Derecho Romano Actual”, Madrid, 1879, tomo VI.

155 Una excelente exposición de aquello puede leerse en el curso dictado por Gerard Kegel en la Academia Internacional de La Haya, en 1964: KEGEL, Gerard: “The Crisis of conflict laws”, RCADI, 1964-II, p. 95 y ss. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: “Postmodernismo y Derecho Internacional Privado”, REDI, 1994, p. 557 y ss.

156 La clara distinción entre el “derecho extranjero” y los “hechos de la causa” está recogida legalmente y de manera muy clara en el artículo 281.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000. Esta norma dice expresamente que el derecho extranjero debe probarse; sin embargo, no precisa si siempre y en todo caso debe hacerse. La advertencia no es baladí, pues podría darse el caso que el juez conociera el derecho extranjero, caso en el cual no será necesaria su prueba. Así lo ha fallado la SAP Barcelona, el 4 de enero de 2006.

157 En este sentido compartimos plenamente, con algunos matices, la posición adoptada por: VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos y Gabriel: “Curso de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

158 CARNELUTTI, Francesco: “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Editorial Uthea, Argentina, 1944, tomo II, p. 91.

159 MICHELI, Gian Antonio: “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Ediciones Jurídicas Europa América, Argentina, 1970, tomo IV, p. 212.

en la cual quedarán subsumidos los hechos en la sentencia. Es algo similar a lo que ocurre con la costumbre jurídica o *lex mercatoria* como fuente de Derecho Comercial. En efecto, la costumbre está constituida por un conjunto de “hechos” que, por sí solos, no tienen fuerza vinculante y no pueden ser considerados “derecho”. Sin embargo, cuando aquellos hechos –tal como podría considerarse al derecho extranjero por el juez–, reúnen ciertos estándares de uniformidad, publicidad, generalidad en su aplicación y reiteración temporal, pueden adquirir, a criterio del juez, la fuerza de una verdadera norma jurídica¹⁶⁰ que se presenta ante él como la premisa mayor de su sentencia, entendida como silogismo, o sea, como la norma jurídica que debe aplicar al supuesto de hecho. Vemos, así, que es perfectamente posible considerar al Derecho extranjero como un hecho netamente normativo que permite la conclusión del proceso y no la decisión del tribunal.

Incluso si no se aceptara esta doctrina, el tribunal chileno desde ya debería cuestionarse al menos si realmente es necesario probar el Derecho Extranjero, pues en nuestra opinión podría caer dentro de las hipótesis de excepción probatoria en que, tratándose de un “*hecho público y notorio*”, no es necesaria su prueba por las partes ni por el tribunal, independientemente de que ellos desconozcan el contenido de la norma extranjera, pues lo cierto es que, sin perjuicio de ello, el Derecho extranjero, para un grupo considerable de individuos como lo son, entre otros, sus propios nacionales –y es preciso considerar que la ley chilena no distingue en este sentido entre hechos chilenos y hechos extranjeros–, cumple a cabalidad con las dos exigencias de notoriedad y publicidad. Indudablemente que hay acontecimientos o hechos mundiales por la generalidad de la humanidad conocidos, y la circunstancia de que algunos no sepan de ellos no les resta su calificación de públicos y notorios. Lo que quiero decir es que aunque sea razonable no conocer el contenido de las legislaciones de todo el mundo, no es menos cierto que la existencia de la ley extranjera y su contenido es un hecho público y notorio para muchas personas, particularmente aquellos nacionales a quienes regularmente se les aplica el derecho –incluso amparado en la presunción de conocimiento legal–, y la exención de prueba no está dada porque los hechos que se quieren probar en la causa sean chilenos o extranjeros, sino porque aquellos sean sencillamente públicos y notorios. Si los Estados no reconocieran la existencia de los derechos extranjeros, sencillamente no existiría el Derecho Internacional pues, aunque absurdo sea decirlo, sólo existiría un solo derecho: el derecho conocido por el juez.

La distinción básicamente fue fundamentada en la discusión sobre la posibilidad de que no sólo las partes pudieran probar el Derecho extranjero, sino también el juez, independientemente de si se le consideraba un hecho o un derecho. En este sentido, el profesor Micheli sostiene que no puede excluirse la posibilidad de que el juez pueda aplicar normas extranjeras o consuetudinarias –imaginémonos, por ejemplo, gran parte de las normas de “*soft law*” que rigen en comercio internacional– aún cuando las mismas no hayan sido probadas por

160 Véase el artículo 4° del Código de Comercio.

las partes, pero de las cuales tiene conocimiento o puede llegar a conocer por iniciativa propia. Lo cierto es que esta iniciativa del juez, salvo los hechos de pública notoriedad, es impensada tratándose de los “hechos de la causa”, pues resulta que son las partes quienes deben alegarlos y probarlos; sin embargo, tratándose de los “hechos normativos”, la situación es radicalmente distinta, pues es el juez quien puede -y en algunos casos debe¹⁶¹- investigar el derecho extranjero que le permite “dictar” la sentencia. Ahora bien, de nada serviría probar o acreditar un hecho normativo como es el Derecho extranjero si las partes, previamente, no han probado debidamente la existencia de los hechos de la causa, pues de no existir aquellos sencillamente no existiría *litis*. La jurisprudencia francesa ha dicho que el tribunal por regla general tiene la libertad de probar el derecho extranjero, pero tiene la obligación de hacerlo en dos casos: primero, cuando las partes no tienen la libre disposición de sus derechos, pues en ese caso se le estaría permitiendo que indirectamente dispusieran de ellos al no probar la ley extranjera; y segundo, cuando la norma de conflicto que obliga a aplicar el derecho extranjero es de fuente convencional¹⁶².

En conclusión, creemos que existen dos medios de argumentar que el derecho extranjero, aún siendo considerado un “hecho”, no requiere prueba exclusiva de las partes: a) Si se considera un simple “hecho de la causa”, al entender que se trata de un hecho público y notorio; y b) Si se considera un “hecho normativo extraprocesal”, al entender que si las partes no lo han acreditado, es el juez quien debe hacerlo, pues de lo contrario, aunque estuvieren probados todos los

161 Son muchos los casos en Derecho Comparado en que el juez debe aplicar de oficio el Derecho Extranjero y, por consiguiente, a falta de prueba de las partes, tratándose de un “hecho normativo”, el mismo debe probarlo. El artículo 14 de la ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 dispone que: “1. La determinación de la ley extranjera aplicable corresponde al Juez de oficio. Para este fin el juez puede utilizar, además de los instrumentos indicados por los convenios internacionales, las informaciones obtenidas por intermedio del Ministerio de Justicia, y puede también interrogar expertos o a instituciones especializadas. 2. Cuando, aun con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera indicada, el juez determinará la ley aplicable mediante los otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley italiana”. El artículo 22 del Código Civil paraguayo, dispone que los jueces aplicarán de oficio la ley extranjera en tanto no sean contrarios al orden público y sin perjuicio del derecho de las partes de alegar y probar la existencia y contenido de éste...” [Ley N° 1183, de 23 de diciembre de 1985]. El artículo 16 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, dispone que “el juez de oficio averigua el contenido del derecho extranjero pudiendo requerir la colaboración de las partes. En caso de imposibilidad se aplica el derecho suizo”. [Ley federal de 18 de diciembre de 1987]. Una lectura comparada de la legislación vigente en Latinoamérica en Derecho Internacional Privado, véase: SANTOS BELANDRO, Rubén: “Bases fundamentales del Derecho Internacional Privado Interamericano”, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2006.

162 Un excelente estudio de los fallos más relevantes dictados por la Corte de Casación francesa en materias de Derecho Internacional Privado, en: ANCEL, Bertrand: “Grands Arrêts de la Jurisprudence Française De Droit International Prive”, 3ème Édition, 1998.

hechos de la causa, no podría dictar su sentencia al no tener una norma jurídica que aplicar.

Confirma nuestro planteamiento sobre la posibilidad de calificar el derecho extranjero como un “hecho”, pero “fuera del proceso”, que debe ser aplicado por el juez “tal como lo haría el juez del Estado del cual proviene ese derecho”, lo dispuesto en el artículo 1° del “Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero”, de 1985, suscrito entre Chile y Uruguay¹⁶³, que dispone que “los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece”¹⁶⁴. La existencia de esta norma en el Derecho Chileno, inspirada fuertemente en la teoría del “uso jurídico extranjero” del profesor Werner Goldschmidt, nos parece decisiva a la hora de fundamentar la naturaleza jurídica del Derecho extranjero. En efecto, la norma en comento impone al juez nacional “aplicar” el derecho extranjero de la manera más parecida a como lo haría el juez del país al cual el derecho pertenece. Como hemos visto, Goldschmidt sustituye la expresión “aplicación” por la de “imitación”. Para lograr esta imitación, es pertinente que el juez nacional no sólo conozca el contenido de la legislación extranjera, sino todo otro antecedente de importancia que pueda servirle para su debida aplicación, como, por ejemplo, la jurisprudencia y la doctrina existente sobre la materia en el Estado del que se trate¹⁶⁵. Podríamos decir, parafraseando a este autor, que los jueces nacionales son los “arquitectos” de su propio derecho y “fotógrafos” del derecho extranjero, al cual sólo observan y se limitan a imitar.

Así las cosas, ante la ley chilena, creemos que el derecho extranjero debe ser calificado como un “hecho fuera de la causa”, en la sola medida en que el juez debe aplicarlo tal como lo harían los jueces del país al cual pertenece ese derecho. Ahora bien, tratándose de un “hecho normativo” cuya naturaleza no cambia aunque se aplique fuera o dentro del sistema jurídico al que pertenece, el tribunal debe tener especial cuidado en aplicarlo de la manera más parecida

163 El “Convenio sobre aplicación e información del Derecho Extranjero”, entre Chile y Uruguay, fue publicado en el Diario Oficial el 21 de octubre de 1985.

164 En estrecha concordancia podemos advertir lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo en 1979, el cual señala que: “Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

165 ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando: “El recurso de casación en el fondo y la ley extranjera”, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIV, p. 129. Este autor sostiene que “...el juez llamado a aplicar una ley extranjera debe hacerlo de la misma manera como dicha ley rige en el extranjero. En consecuencia, al interpretar los textos legales, deberá tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras exactamente en la misma medida en que lo haría el juez extranjero”.

a cómo lo haría el juez de ese ordenamiento jurídico; o sea, como si fuera su propio *lex fori*, lo cual hará concretamente *asimilándolo o incorporando* a su propio ordenamiento jurídico. Es así como entendemos que, en cuanto a la calificación, el Derecho Extranjero debe ser considerado como un “hecho” bajo el amparo de la teoría del uso jurídico de Goldschmidt, y debe ser aplicado, para cumplir con tal uso o “imitación” a la que nos invita este autor, integrando el contenido del derecho a la propia *lex fori*. Creemos que esta es una solución intermedia mucho más justa, pues distingue un tratamiento especial para el derecho extranjero, admitiendo que, siendo objetivamente una norma jurídica, no sería lógico someterlo a la regulación de los simples hechos de la causa, y a la vez, limita la forma de su aplicación frente a las normas del derecho nacional que, obviamente, mantiene una prerrogativa mayor desde el momento en que está sujeto a la presunción de conocimiento legal. En definitiva, es considerarlo en un punto medio entre “hecho de la causa” y “derecho propiamente tal”.

Las consecuencias jurídicas de seguir la tesis intermedia que hemos desarrollado, son muy variadas:

1.- El juez debe aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado al cual pertenece dicho derecho. Así, tendría que tener en consideración no sólo las normas jurídicas, sino también la doctrina y la jurisprudencia que en ese Estado se encuentra vigente al respecto. El juez, al ser un mero espectador de la creación de la norma extranjera, debe utilizar los cánones de interpretación existentes en el Estado al cual pertenece¹⁶⁶; pues, recordemos, debe “imitar” al juez extranjero para poder aplicar la ley. Luego veremos qué medios pueden utilizarse para lograrse este objetivo.

2.- El derecho extranjero, al ser un “hecho normativo fuera del proceso”, no es material del litigio, de modo tal que no requiere ser necesariamente alegado y probado en el proceso¹⁶⁷. Se convierte, como hemos dicho, en la premisa mayor del silogismo judicial y, como tal, ayuda a resolver el litigio. Esto no significa que las partes no puedan aportar medios de prueba para acreditarlo, pero lo cierto es que, si deciden no hacerlo, en nada los perjudica, pues debe ser principalmente el juez quien lo haga¹⁶⁸. Es el juez quien debe aplicar de oficio el

166 AGUILAR NAVARRO, Mariano: “Derecho Internacional Privado”, tomo I, Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 250.

167 La jurisprudencia que ha considerado al derecho extranjero como un hecho de la causa insiste en señalar que, en tal sentido, su alegación y prueba es de cargo de la parte que lo invoca. SCA de Antofagasta, de fecha 8 de mayo de 2000, [Rol N° 12.907], “y aun reconociendo la contraria que el estacamento Salar del Carmen había sido constituido conforme a legislación extranjera, no ha aportado pruebas sobre dicho derecho extranjero, correspondiéndole la carga de la prueba al tenor de lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil...”.

168 Las legislaciones más modernas en Derecho Internacional Privado siguen esta misma línea. Así, el artículo 16 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, dispone que: “Le contenu du droit étranger est établi d’office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties. Le droit suisse s’applique si le contenu du droit étranger ne peut

derecho extranjero y, por ende, no es necesario que las partes lo aleguen y menos que lo prueben, pues ellas sólo deben encargarse de acreditar los “hechos de la causa” que son objeto del juicio, y, sólo luego que aquello ocurra, podrá aplicárseles a ellos el “hecho normativo” (derecho extranjero) que el juez de oficio debe aplicar para resolver el caso. De lo que hablamos, huelga concluir que todo acuerdo de las partes en relación al contenido del derecho extranjero no obliga al juez, quien puede investigar por sí solo su contenido. Además, si el juez debe aplicar el derecho extranjero de la misma manera como lo haría el juez del Estado a donde pertenece, no cabe duda que las partes nada o poco pueden hacer, lo cual es muy relevante, pues de no ser así el tribunal chileno terminaría aplicando contradictoriamente el derecho extranjero, conforme lo que, caso a caso, le fueran alegando las partes. Ahora bien, podría darse perfectamente el caso de que, por diversas razones, el tribunal conozca de manera perfecta el derecho extranjero que debe aplicar, caso en el cual –tal como lo ha reconocido la jurisprudencia española más reciente (2006)-, no sería necesario probar, ni aún a instancias del juez o de las partes, el contenido y vigencia del derecho extranjero, pues sólo debe acreditarse cuando se desconoce.

3.- En materias civiles, optar por esta teoría incide directamente en la procedencia del recurso de casación en el fondo. En efecto, dicho recurso podrá ser interpuesto ante la Excma. Corte Suprema de Justicia cada vez que se infrinja la norma conflictual de la *lex fori* que ordena aplicar un derecho extranjero, lo cual puede ocurrir ya sea aplicando una ley extranjera diversa a la que corresponde, ya sea aplicando una ley extranjera cuando corresponde aplicar derecho material chileno¹⁶⁹.

pas être établi”.

Por su parte, el artículo 15 de la nueva Ley Belga de Derecho Internacional Privado, de 16 de julio de 2004, dispone que “contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge. Le droit étranger est appliqué selon l’interprétation reçue à l’étranger. § 2. Lorsque le juge ne peut pas établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties. Lorsqu’il est manifestement impossible d’établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge”.

El artículo 12 N° 6 del Código Civil español dispone que “los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efectos las providencias oportunas”.

El artículo 2° de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, de 1999, dispone que: “El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”. Un excelente análisis de la nueva normativa en: BONNEMAISON, José Luis: “La aplicación del Derecho Extranjero”, en: “Ley de Derecho Internacional Privado. Homenaje al profesor Gonzalo Parra Aranguren”, volumen II, 2001, p. 205 y ss.

169 Prácticamente la unanimidad de nuestros autores han defendido esta tesis. Así: ALBÓ-

4.- Utilizar la teoría del “uso jurídico” para determinar la naturaleza jurídica del Derecho extranjero nos permite obviar uno de los grandes problemas del Derecho Internacional Privado como lo es el reenvío, pues el tribunal no debe considerar al legislador extranjero sino al juez extranjero en la “probable” dicción del fallo y no en su “idéntico” pronunciamiento¹⁷⁰.

5.- Asimismo, procedería la aplicación del recurso de casación en el fondo cuando se efectuara una errada interpretación de la norma extranjera aplicable, pues no obstante que consideremos al derecho extranjero como un “hecho normativo” –en circunstancias que el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil sólo permite la interposición del recurso ante una infracción de “ley”–, no es menos cierto que el juez debe aplicarlo de la misma manera como lo haría el juez de origen, para luego entender que dicha norma ha sido incorporada en su *lex fori*. Algunos, sin embargo, han adoptado la posición contraria por razones más bien históricas¹⁷¹. Lo cierto es que este tema ha sido muy discutido entre nuestros autores, particularmente porque los criterios varían conforme se estime que el Derecho extranjero es un “Hecho de la causa” o un “derecho”. En todo caso, es importante resaltar que tanto el Código de Bustamante¹⁷² como la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero¹⁷³, sus-

NICO VALENZUELA, Fernando: “Manual de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, p. 141. DUNCKER BIGGS, Federico: “Derecho Internacional Privado. Parte general”, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 371. CARVAJAL CORTÉS, Arturo: “El juez y el Derecho extranjero”, Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 88. RÍOS DE MARIMÓN, Hernán: “Lecciones de Derecho Internacional Privado”, ediciones de la Universidad Central de Chile, 2ª edición, 2004. GUZMÁN LATORRE, Diego: “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 349. Los argumentos que esgrimen son básicamente los mismos utilizados para fundamentar el carácter de “derecho” de la ley extranjera, agregando los siguientes: el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, conforme consta en la historia fidedigna de su establecimiento, es comprensiva de manera amplia, abarcando no sólo la ley interna, sino también la costumbre jurídica, los tratados internacionales, la ley del contrato y la ley extranjera; el objeto último de la Corte Suprema es uniformar la jurisprudencia relativa a la aplicación de leyes extranjeras y chilenas; es irrelevante el hecho que las leyes extranjeras no se publiquen en Chile para efectos de determinar la procedencia del recurso, toda vez que, más aún, se les exige a los tribunales aplicarla, lo cual supone su conocimiento.

170 KEGEL, Gerard: “The Crisis of conflict laws”, RCADI, 1964, p. 95 y ss.

171 RAMÍREZ NECOCHEA, Mario: “Curso de Derecho Internacional Privado”, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999, p. 176. Argumenta que la expresión “ley” utilizada por el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, debe ser tomada en el sentido natural y obvio con que, conforme las normas de hermenéutica del Código Civil, deben interpretarse los términos de la ley chilena.

172 El artículo 412 del Código Bustamante dispone que: “En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional”.

173 El artículo 2º del Convenio con Uruguay, de 1985, dispone que “todos los recursos otorga-

crita con Uruguay en 1985, reconocen la posibilidad de interponer recurso de casación en estos casos.

3. Medios de “acreditación” del Derecho Extranjero.

En esta materia, creemos más apropiado utilizar la expresión “acreditar” el Derecho extranjero en vez de la expresión “probar”¹⁷⁴.

Al analizar las diferentes fuentes legales a las cuales puede acudir para verificar los medios de prueba con los cuales nuestro legislador ha permitido la acreditación del derecho extranjero, podremos percatarnos que no existe una “lista cerrada” de medios probatorios en esta materia, utilizando la mayoría de los cuerpos legales expresiones que permiten acudir a “otros medios” de los expresamente señalados en su texto, pues lo que se ha querido precisamente es facilitar la tarea de las partes y del juez. En general, tal como lo ha dicho la Corte Suprema, es posible probar el derecho extranjero a través de todos los medios legales¹⁷⁵. La valoración de todos los instrumentos, documentos o herramientas técnicas que se utilicen para lograr la acreditación del derecho extranjero deberá regirse, en materia penal, por el principio de “libertad valoración probatoria”, más aún en el proceso de extradición; o sea, deberán ponderarse conforme las máximas de experiencia y lógica del tribunal. En materia civil, en cambio, deberán seguirse las reglas de valoración conforme la prueba utilizada para acreditar el derecho extranjero.

a) Código de Procedimiento Civil.

El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil dispone que “podrá también oírse el informe de peritos: 2°, sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera”¹⁷⁶. Por su parte, el artículo 412 del Código de Procedi-

dos por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho de la otra parte”.

174 Creo que resulta más apropiado utilizar la expresión “acreditar” en vez del término “probar”, pues esta última palabra es privativa de los hechos de la causa que deben probarse por las partes, y en consecuencia, al no seguir el derecho extranjero las reglas de la prueba ordinaria –por tratarse de un hecho normativo y no un hecho procesal–, es preferible en nuestra opinión utilizar la expresión “acreditación” del derecho extranjero.

175 SCS, de fecha 14 de mayo de 2007, [Rol N° 2349-2005], “...El derecho extranjero dentro de un proceso nacional es un hecho susceptible de ser probado por todos los medios que señala la ley...”.

176 Su validez ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia. A título meramente ilustrativo, véase: SCA San Miguel, de fecha 4 de junio de 2001, [Rol N° 82-2001], y en donde declara que: “1.- Que en estos autos el derecho extranjero bajo cuya aplicación se celebró el matrimonio cuya nulidad se demanda ha sido probado mediante el informe emitido por el abogado don César Leal González, agregado a fs. 34, quien actuando en calidad de perito lo ha hecho de conformidad a lo dispuesto en el N° 2 del artículo 411 del Código de Procedimiento Civil...”.

miento Civil dispone que “el reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio...”.

b) Código de Bustamante.

La prueba del derecho extranjero está tratada en los artículos 408 y siguientes del Código de Bustamante¹⁷⁷; normas que, por no ser contrarias a la legislación vigente en Chile, tienen plena aplicación¹⁷⁸. La primera de las citadas disposiciones señala que “los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere”. El artículo 409, por su parte, dispone que “la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada”. El artículo 410 del Código de Bustamante expresa que “a falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable”. Finalmente, el artículo 411 del Código en comento dispone que “cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia”.

*c) Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero, de 1979.*¹⁷⁹

El objeto de la Convención es, conforme lo dispuesto en su artículo 1°, establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Partes para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos. Para ello, las autoridades de cada uno de los Estados Partes deberán proporcionar a las autoridades de los demás que lo solicitaren los ele-

177 Véase el Libro IV, Título VII, Capítulo II del Código de Bustamante, relativo a “Reglas Especiales sobre la Prueba de Leyes Extranjeras”.

178 La reserva con la cual Chile aprobó en 1932 el Código de Bustamante y que limita su aplicación, reza así: “ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código en caso de desacuerdo entre unos y otros”. Interpretando expansivamente esta reserva, podríamos concluir que reconoce la categoría de “derecho” a la ley extranjero desde el momento en que la coloca a la misma altura de la ley chilena. Absurdo sería pensar que un “hecho” tuviera más relevancia en este caso que un tratado internacional, como lo es el Código de Bustamante.

179 La “Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero” fue suscrita Montevideo, en 1979, en el seno de la II Conferencia Internacional Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), publicada en el Diario Oficial el 6 de junio de 1997.

mentos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho.

El artículo 3° de la Convención señala que los medios de prueba idóneos para informar y probar el Derecho extranjero son, *entre otros*, los siguientes:

- a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;
- b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en 1a materia;
- c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos. Estos informes pueden ser solicitados directamente por los Tribunales de Justicia del Estado requirente. El Estado que recibe los informes a que alude este numeral no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida.

El requerimiento de información del derecho extranjero deberá, formalmente, ser redactado en el idioma oficial del Estado requerido y, además, deberá contener las siguientes indicaciones: autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto; indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan; determinación de cada uno de los puntos a que se refiera la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión.

Las solicitudes podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridad central del Estado requerido, sin necesidad de legalización.

Esta Convención no restringe las disposiciones de convenciones que en esta materia hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar.

*d) Convenio con Uruguay sobre aplicación e información del Derecho Extranjero, de 1985.*¹⁸⁰

El artículo 1° del Convenio dispone que: “Los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece”.

Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho de la otra Parte.

A los efectos del conocimiento del derecho de una parte aplicable en la otra,

¹⁸⁰ El “Convenio con Uruguay sobre aplicación e información del Derecho Extranjero”, suscrito en Montevideo el 28 de junio de 1984, fue publicado en el Diario Oficial el 21 de octubre de 1985.

sin perjuicio de otros medios de información admitidos por la ley del foro, cada Parte por intermedio de su Ministerio de Justicia remitirá directamente al pedido del otro la información que sea necesaria para lograr la correcta aplicación de las leyes vigentes de su país, por los órganos competentes del requirente. El pedido de informes deberá indicar con precisión los elementos que se soliciten, así como la naturaleza del asunto sometido a decisión, debiendo ser acompañado de una exposición de los hechos pertinentes que permitan su comprensión, cuando fuere necesario o conveniente para su correcta calificación.

El Ministerio de Justicia requerido responderá a la brevedad sobre los siguientes aspectos que se le soliciten relativos al asunto sometido a consulta, siempre que con ello no se afecte la seguridad o el interés del Estado que integra: a) Legislación vigente aplicable; b) Reseña de los fallos de los tribunales de justicia o de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales; c) Usos y costumbres del lugar, cuando constituyan fuente o elemento de derecho; d) Reseña de la doctrina nacional.

El informe podrá contener además la opinión fundada de oficinas técnicas o de asesores ad hoc acerca de la interpretación del derecho aplicable al asunto en cuestión. Los informes proporcionados no obligan a los órganos jurisdiccionales o administrativos de los respectivos países. En todo caso, las Partes en el proceso podrán siempre alegar sobre la existencia, contenido, alcance o interpretación de la ley extranjera aplicable.

Los requerimientos e informes indicados en este convenio se efectuarán sin cargo alguno, y se enviarán en la forma que establezca el Ministerio remitente, sin necesitar legalización. En caso de urgencia, los pedidos de informes podrán formularse y ser respondidos por los servicios telegráficos, de télex u otros medios igualmente idóneos.

e) ¿Qué ocurre con las simples fotocopias y documentos privados?

Es frecuente que los litigantes acompañen al tribunal fotocopias simples de la legislación cuyo contenido y vigencia quieren acreditar. Considerando que tales documentos no revisten ningún tipo de seriedad, estimo que deben ser rechazados por el tribunal pues no permiten dar certeza alguna acerca de la actual validez y contenido del derecho extranjero¹⁸¹, sin perjuicio que el tribunal pueda, de oficio, disponer a algún organismo la certificación de que

181 Véase: SCS, de fecha 7 de mayo de 2007, (N° 4943-2006), y en donde la Excelentísima Corte Suprema falló en el considerando 2°: “A este respecto, no resulta admisible la prueba documental agregada por la demandante a fojas 30, consistente en una fotocopia, sin autorización de autenticidad alguna, que contiene la transcripción de un texto normativo aparentemente obtenido de un documento original. No señala dicho instrumento su origen ni correspondencia; por lo que de su examen resulta imposible determinar si lo que allí se lee se refiere a una copia de un texto parcializado o completo de normas atinentes al caso de autos, correspondientes a un derecho extranjero. Además, aún cuando no estuviese en duda la fidelidad o autenticidad de dicho documento, tampoco sería posible examinar su contenido, ni menos asimilarlas o asumir que ellas corresponden a las pertinentes del derecho de familia italiano, pues de su lectura se aprecia que se trata de preceptos fragmentados...”.

efectivamente la legislación invocada es tal y se encuentra vigente. Respecto a las “colecciones privadas de leyes extranjeras” u “obras doctrinales de autores extranjeros”, creemos que eventualmente y caso a caso podrían ser valoradas para la acreditación del derecho extranjero, pues tendrían, aunque mínimo, un mayor grado de certeza para el tribunal, lo que le permitiría aceptarlas.

f) *¿Podría admitirse la prueba Expert Witness?*

No obstante no admitirse por la generalidad de los autores la prueba testimonial y las presunciones para poder acreditar el derecho extranjero, somos de la opinión de admitir el Expert Witness o “interrogatorio” de personas “expertas en Derecho Extranjero”, pues resulta ser una técnica probatoria muy efectiva en algunos países.

4. La prueba del Derecho Extranjero en el proceso de extradición.

A propósito del fallo aludido al inicio de este trabajo y por el cual la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas rechazó la extradición solicitada por el Ministerio Público, respecto de un individuo que se encontraba en Argentina, por no haberse probado el derecho extranjero y, consecuentemente, la doble incriminación de la conducta, es necesario dilucidar, a la luz de lo que hemos dicho hasta ahora y de la legislación vigente en Chile, si era o no estrictamente necesario haber discutido sobre la naturaleza jurídica del derecho penal argentino en un proceso tan especial como la extradición, y si era o no carga procesal ineludible de las partes –o bien del tribunal- la prueba del derecho extranjero.

Al respecto, creemos que no era necesario pronunciarse sobre la naturaleza del derecho extranjero para verificar la prueba del mismo en aras a la acreditación de la doble incriminación como principio fundamental del Derecho extradicional, por cuanto la ley chilena jamás ha establecido una norma de conflicto en materia de extradición; o sea, jamás la ley chilena le ha ordenado al tribunal de garantía o a la Corte de Apelaciones aplicar la ley extranjera para resolver la entrega y detención del requerido; única hipótesis en que, en estricto rigor, debe plantearse la discusión si el derecho extranjero es un hecho o un derecho, y que, por cierto, sólo es aplicable a las relaciones privadas internacionales, pero en ningún caso a las relaciones de cooperación penal internacional que pueden generarse entre dos Estados y un individuo –más aún cuando estamos hablando del Derecho Penal-, caso en el cual la Corte, siguiendo esta lógica, jamás podría conceder extradición alguna, pues fuera de los casos de extraterritorialidad de la ley penal chilena expresamente señalados en la ley¹⁸², las normas penales sustantivas son esencialmente imperativas y *la lex fori* no le permitiría por regla general aplicar en Chile una norma penal extranjera¹⁸³. Histórica-

182 Véase los artículos 6º del Código Orgánico de Tribunales y 174 del Código Penal.

183 El profesor español José Antonio Pérez-Beviá nos ilustra al decirnos que “como es sabido, en la mayor parte de los ordenamientos predomina el principio de la territorialidad de la ley penal y, por consiguiente, el de la inaplicabilidad de la ley penal extranjera. Sin embargo, es también conocido que, junto a este principio básico, dichos ordenamientos admiten diversas

mente la aplicación de las reglas de derecho extranjero han quedado excluidas en derecho público¹⁸⁴. No obstante lo anterior, nos hemos dispuesto a elaborar este pequeño comentario para explicar la naturaleza del Derecho extranjero y, luego, dejar en claro –esperamos que de manera definitiva– la improcedencia de plantear esta discusión en sede penal, menos aún en las solicitudes de extradición activa que se plantean, cuyo fundamento es la cooperación internacional¹⁸⁵, y en las cuales la acreditación del derecho extranjero reviste, en mi opinión, estándares de “acreditación” mucho menores a los que naturalmente deben utilizarse para “probar” el derecho extranjero cuando ha sido la propia ley chilena quien, a través de una norma de colisión, le ordena al juez aplicar la ley extranjera, o incluso en los casos de extradición pasiva, en que creemos que el Estado requerido debe ser más riguroso pues, mal que mal, la persona del requerido se encuentra refugiado en los perímetros de su territorio y, por tanto, amparado por los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico procesal y penal del lugar donde se encuentra, lo cual, por supuesto, no ocurre en la extradición activa, en que el Estado sólo accede a una “petición o solicitud”, pero en definitiva serán las autoridades del Estado requerido quienes deberán hacer el estudio más acabado de los “principios de la extradición” antes de ordenar la detención y entrega de un individuo sometido a su imperio. Esto no significa que el Ministerio Público no deba acreditar de modo alguno la doble incriminación ante las respectivas Cortes de Apelaciones, lo cual es impensado; lo que ocurre es que los estándares de prueba que deben aplicar estos tribunales son, en mi opinión, más flexibles a los que tendría que aplicar la Excma. Corte Suprema en un caso de extradición pasiva, pues la solicitud del Estado requirente está limitada, además, por sus normas imperativas penales.

Las normas de conflicto, esto es, aquellas que determinan la legislación aplicable –no la jurisdicción–, no se aplican generalmente en materia penal, motivo por el cual el juez chileno, tratándose de una solicitud de extradición, nunca debió considerar el derecho extranjero como un “hecho de la causa”, y eventualmente, si lo hubiera hecho, no tenía más camino que considerarlo –conforme lo que hemos explicado en las páginas anteriores– como un “hecho normativo extraprocesal”, o sea, aquellos cuya no acreditación no implican necesariamente el rechazo de la demanda y que, en caso de ser necesario, facultan al propio tribunal a darlo por acreditado bajo ciertos supuestos. La razón es muy sencilla: la acreditación de la doble incriminación en estos casos es un re-

excepciones a la regla general, lo cual ha permitido a la doctrina hablar de distintas formas de aplicación de la ley penal extranjera...”, particularmente en los casos de solicitudes de extradición y reconocimiento de sentencias penales extranjeras. PÉREZ-BEVIÁ, José Antonio: “La aplicación del Derecho Público extranjero”, Editorial Civitas, España, 1989, p. 85.

184 NORTH, P.M. Y FAWCETT, J.J.: “Cheshire and North’s Private International Law”, 12ª edición, Londres, Butterworths, 1994, p. 64.

185 En extenso: FIERRO, Guillermo: “La ley penal y el Derecho Internacional”, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1977. PIOMBO, Horacio Daniel: “Tratado de la extradición (internacional e interna)”, volumen Nº 1, Editorial Desalma, 1999.

quisito del “procedimiento” de extradición y no un elemento o hecho sustancial que las partes deben alegar y probar para ganar su demanda. Así las cosas, no bastándole al tribunal de alzada las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público para la acreditación de la doble incriminación de la conducta –las cuales por cierto debía ponderar conforme la sana crítica-, debió ser el propio tribunal quien dispusiere autónomamente, conforme lo disponen los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, las medidas u oficios que fueran necesarios para que la autoridad diplomática respectiva pudiera informarle sobre el contenido y vigencia del derecho extranjero invocado por el Ministerio Público, pero en caso alguno resolver de inmediato la improcedencia de la extradición por falta de pruebas del derecho extranjero; resolución que, conforme lo dispuesto por el artículo 435 del Código Procesal Penal, no es susceptible de recurso alguno y, por consiguiente, produce cosa juzgada.

Ahora bien, si observamos con detención, podremos darnos cuenta que el Código Procesal Penal sólo exige expresamente el cumplimiento de requisitos de fondo al tribunal de garantías que conoce de la solicitud de extradición, mas no a la Corte de Apelaciones respectiva, la que como sabemos debe nuevamente conocer del asunto. Creemos que el verdadero examen de admisibilidad está dado por la constatación que el tribunal de garantías y la Corte de Apelaciones respectiva deben efectuar respecto a la concurrencia de los requisitos necesarios para decretar la “prisión preventiva” del imputado, mas no otros requisitos o principios de fondo propios del Derecho extradicional. Nos parece algo exagerado exigir de manera rigurosa la acreditación de todos y cada uno de los principios del derecho extradicional en un procedimiento de extradición activa en que, finalmente, sólo se debate y resuelve la admisibilidad de una solicitud, mas no la entrega o detención efectiva del imputado que se encuentra en el extranjero, temas que debe resolver exclusivamente el tribunal del Estado requerido. La lógica del Código es absolutamente entendible, pues una mera solicitud –aún cuando se requiera a la Corte que disponga la detención del imputado que se encuentra en el extranjero- no vulnerará de modo alguno los derechos y garantías que el imputado tiene en el Estado donde se encuentra refugiado. Esto queda de manifiesto con la preocupación que tuvo el legislador chileno de regular de manera expresa en el artículo 449 del Código Procesal Penal los requisitos particulares que debía tener en cuenta el tribunal para poder otorgar la extradición pasiva, cuestión que, por el contrario, no realizó al regular la extradición activa. Quizás aquello se justifique en lo que anteriormente habíamos señalado: en las extradiciones activas sólo se resuelve una “solicitud” del Ministerio Público o del querellante, manteniendo las autoridades del Estado requerido, en caso de ser acogida, la completa libertad de aceptar o rechazar esa solicitud, o sea, el Estado requerido es totalmente soberano de decidir si ordena la detención y/o entrega o no a la persona del imputado a los tribunales del Estado requirente; en cambio, tratándose de una solicitud de extradición pasiva, el estándar de prueba necesariamente debe ser mayor para los tribunales –reflejo de aquello es la regulación más intensa efectuada por nuestro legislador-, pues es el propio Estado quien está resolviendo en definitiva la suerte de un individuo que se encuentra en su territorio, o sea, un

individuo que está amparado por todos y cada uno de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico del juez que resolverá su destino, lo que justifica de sobras que el tribunal requerido en estos casos deba ser mucho más riguroso y exigente al examinar la concurrencia de los requisitos materiales o de fondo que autorizan la extradición, o sea, el cumplimiento de los mandatos del tratado internacional que exista entre los Estados o, en subsidio, los principios de derecho internacional recogidos en materia de extradición.

Son por estos motivos que, a nuestro juicio, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas no debió haber rechazado la solicitud de extradición activa pedida por el Ministerio Público, exigiendo la acreditación exhaustiva del derecho extranjero en una etapa procesal en que, no obstante haberse alegado y probado por medios probatorios que el tribunal, sin embargo, consideró insuficientes, podía haber sido la misma Corte quien participara activamente en la acreditación del mismo por tratarse de un hecho extraprocesal y no un hecho intraprocesal, más aún cuando se trataba de un imputado condenado en Chile y prófugo de la justicia chilena, ya que aquella resolución, hoy, está amparada por la cosa juzgada, y muy probablemente el requerido jamás volverá a pisar suelo chileno para ser castigado por los delitos que cometió.

COMENTARIO DE FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA SOBRE EXTRADICIÓN PASIVA.

Gisela Schoenmakers Ruiz¹⁸⁶

Comentario:

Esta sentencia pronunciada por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema reviste importancia histórica, no sólo por tratarse de la primera extradición pasiva concedida bajo las reglas del nuevo proceso penal, sino porque establece en forma unánime un estándar probatorio en estas materias.

El artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal considera entre los requisitos para otorgar una extradición pasiva que se acredite un estándar mínimo de acusación; en efecto señala: *“El tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias: c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se atribuyen”*.

Pese a que la norma parece relativamente pacífica, no lo es, y resultaba preocupante para nuestra institución la posición que adoptaría la Excma. Corte Suprema al definir el estándar de acusación, si consideramos que no existe un estándar de acusación propiamente tal en nuestro Código Procesal Penal.

Si bien el artículo 248 establece que se autoriza al fiscal a deducir acusación una vez cerrada la investigación y toda vez que esta proporcione fundamentos serios para el enjuiciamiento del acusado, no está definido qué se considera “fundamentos serios”. Lo anterior podía presentar diversos matices al momento de ser concretado, y en efecto, en primera instancia el Ministro Instructor consideró que la exigencia del artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal implicaba acreditar un estándar de condena y señala en su considerando séptimo *“...Al respecto el artículo 259 del Código Procesal Penal, que trata sobre el contenido de la acusación, dispone que ésta deberá contener en forma clara y precisa: “d) La participación que se le atribuyere al acusado”, participación que por supuesto, conforme a los principios de legalidad o inocencia, no tienen un carácter de meramente formal, sino que tiene que tener la virtud de convencer, conforme a las pruebas aportadas al juzgador, de que existen aquellas presunciones que permitan decidir, fuera de toda duda razonable, algún grado de participación de la requerida en los hechos ilícitos que se le imputan. No hay duda que la decisión de acoger o rechazar una extradición debe ser motivada y cualquiera sea el resultado debe cumplir con el parámetro indicado en el artículo 340 del Código Procesal Penal de exigir al tribunal, más allá de toda duda razonable, una convicción acerca de la participación que le ha cabido en el hecho a la imputada Díaz”*.

186 Abogada Asesora, Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Para entender adecuadamente el escenario que enfrenta nuestra institución en materia de extradiciones pasivas, debemos considerar que actualmente se conceden cerca de un 20% de las extradiciones que se solicitan a Chile, y el estándar probatorio aplicable a esta clase de solicitudes es un asunto que tampoco estaba completamente zanjado bajo la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Penal; en efecto, el Código de Procedimiento Penal establecía en su artículo 647 N° 3 que para conceder una extradición se debía acreditar, entre otros antecedentes, “...si el sindicado como procesado ha cometido o no el delito que se le atribuye”, es decir, exigía un estándar de condena. Esto fue corregido por la jurisprudencia mayoritaria de nuestra Corte Suprema, que estimaba erróneo este estándar probatorio y señalaba que lo relevante era establecer la participación del requerido en el delito que se le imputa, lo que en la práctica se concreta en presunciones fundadas para estimar que se ha cometido un hecho punible y que el inculpado ha participado en él.

Pese a que esta interpretación jurisprudencial dominaba el escenario del antiguo proceso penal, es posible encontrar diversas sentencias, sobre todo en los últimos años, en que se exige un estándar de condena. Un caso ejemplar es el fallo del Ministro Instructor don Orlando Álvarez Hernández, que rechaza en primera instancia la extradición del ex Presidente peruano Alberto Fujimori F. al estimar en su considerando 122) que “...no está debidamente demostrado en estos autos, la participación de Alberto Fujimori Fujimori en la calidad que se le ha atribuido en la solicitud de extradición, en todos los delitos comprendidos en dichos doce casos; por todo lo cual es posible deducir que no se ha acreditado en esta causa que el requerido hubiere cometido los ilícitos que se le atribuyen, en los términos de la letra c) del artículo 647 del Código de Procedimiento Penal Chileno”.

En este contexto, habiéndose rechazado en primera instancia la solicitud de extradición y en representación de los intereses del Estado de Bélgica, apelamos de la negativa, aduciendo que, tal como lo consagra la historia de la ley, lo que se requiere es acreditar un estándar de acusación que no corresponde al contemplado en el artículo 340 del C.P.P. sino que hay que examinar si existen “fundamentos serios” para la imputación de un ilícito, lo que en la práctica se trasunta en acreditar el estándar del artículo 140 del Código Procesal Penal; esto es, existencia del delito y la participación culpable del imputado en él.

En definitiva la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema acogió en forma unánime nuestro planteamiento definiendo el proceso de extradición como un antejuicio y señalando en el considerando cuarto de su sentencia de reemplazo: “Que, en consecuencia, para efectos de determinar la concurrencia del requisito previsto en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, esto es, que pudiese presumirse que en nuestro país se deduciría acusación en contra de la imputada por los hechos que se le atribuyen, debe recurrirse al artículo 248 del mismo texto legal, precepto que específicamente regula la materia que el tribunal es llamado a decidir, cuando autoriza al Fiscal para formular acusación si estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quién se hubiere formalizado la misma, estableciéndose de ese modo, el estándar o rango de convicción a que éste debe sujetarse en tal circunstancia. Ello resulta aplicable a la

extradición, atendida su naturaleza de ante juicio o juicio previo, cuya finalidad es determinar si el mérito de los antecedentes aportados proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, y por consiguiente, si se accede o no a la solicitud de extradición.”

Sentencias:

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Santiago, catorce de enero de dos mil ocho.

Vistos:

Mediante oficio N°7484 de 1 de octubre de 2007, el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a este Tribunal, una Nota de la Embajada de Bélgica en Chile, de 25 de septiembre del mismo año, con la cual se remitió copia de la orden de arresto internacional emitida por la señora I. Van Hoeylandt, Jueza de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Amberes, en contra de la ciudadana colombiana Miha Fernanda Orellana Díaz, alias Sandra Milena Díaz Mojarrango, nacida el 1 de junio de 1981, por ser sospechosa de robo agravado en calidad de co-autora.

Los hechos denunciado se habrían cometido el 16 de noviembre de 2006, en un aparcamiento cubierto en Antwerpen, donde se robó una gran cantidad de joyas de un vehículo allí estacionado, en perjuicio de la Sociedad Oro Design NV (S.A.), contándose con registro de imágenes de las cámaras, observándose que inmediatamente después de la llegada del vehículo robado, ingresa otro que

fue alquilado por la sospechosa, estacionándose cerca del anterior, apareciendo que dos de los pasajeros de éste último se dirigen al vehículo de la víctima y nueve minutos después, salen del aparcamiento en su vehículo. El Tribunal exhortante indica que en el vehículo robado, se encontró una huella dactilar de la persona sospechosa y de acuerdo a investigaciones posteriores, se pudo establecer que la nombrada utiliza varias identidades y que estaría en contacto con otras personas latinoamericanas que roban a joyeros, detectándose después de los hechos, el envío de grandes cantidades de dinero a Guatemala, Chile y España, por parte de la requerida.

Se despachó a fojas 7 orden de detención en contra de la nombrada, teniendo presente que la medida se pide con fines de extradición, según lo expresado por la Cancillería chilena en su oficio remitido.

La Policía de Investigaciones de Chile, Interpol por oficio reservado N°604, rolante a fojas 10, informa que la verdadera identidad de la reclamada es SANDRA DIAZ MOJARRANGO, colombiana, nacida en Bogotá el 1 de junio de 1982, contando con ficha decidactilar remitida por la policía belga.

La referida unidad policial, remitió parte policial, poniendo a la requerida a disposición de este Tribunal

el 17 de octubre pasado, procediéndose a poner en conocimiento de la encausada el requerimiento de autos; se dispuso el ingreso en el Complejo Penitenciario Femenino de Santiago de la detenida, comunicando el hecho por la vía diplomática al Estado requirente, para la formalización de la extradición dentro del plazo legal.

El señor Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante oficio N°8943 de 28 de noviembre pasado que rola a fojas 170, acompañó la nota diplomática de la Embajada de Bélgica N°628 de 19 del mismo mes, solicitando formalmente la extradición de Sandra Milena Díaz Mojarrango, adjuntando la documentación en que funda el requerimiento y que corre agregada a partir de fojas 91, los que fueron admitidos a tramitación y puestos en conocimiento del Ministerio Público, como también de la defensa, fijándose audiencia para el 11 de diciembre último a las diez horas, con el objeto de definir la detención de Díaz Mojarrango, levantándose acta de su realización a fojas 181, en la que se resolvió aplicar la medida cautelar de prisión preventiva mientras dure el proceso de extradición, por considerarse un peligro para la seguridad de la sociedad y el riesgo de fuga; asimismo, se estableció el día miércoles 9 de enero de 2008 a las 9 horas para la realización de la audiencia contemplada en el artículo 448 del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público acompañó documentación atinente a las imputaciones que se le formulan a la requerida, en copia simple con su correspondiente traducción, los que se adosaron al proceso a partir de fojas 183.

A fojas 299, el Ministerio de Relaciones Exteriores acompañó una carpeta con información complementaria al requerimiento de autos, los que se mantienen en un sobre a parte en custodia.

El 9 de enero último se verificó la audiencia fija da para los efectos dispuestos en el artículo 448 del Código Procesal Penal con la asistencia de las abogadas doña Yasne Pastén Aguilera y doña Gisela Schoenmakers Ruiz, en representación del Ministerio Público por el Estado requirente, del defensor don Eduardo Escárte Valenzuela, con la presencia de la requerida, doña Sandra Milena Díaz Mojarrango, además de la concurrencia de los testigos aportados por el Ministerio Público, Subcomisario de la Policía de Investigaciones de Chile, Interpol, don Rodrigo López Aliaga y el Inspector del Departamento de Extranjería y Policía Internacional don Rodrigo Naranjo Sanhueza, como también la comparecencia de la Subcomisario Perito en huellas dactilares de la Policía de Investigaciones de Chile, doña Jessica Fredes Alburquenque.

Al rendirse la prueba testimonial, los señores López y Naranjo declararon sobre las diligencias preliminares a la detención de la requerida, sus antecedentes policiales, deportación a Chile y detalles de la declaración vertida por la misma al ingresar a territorio nacional; ante la intervención de la defensa el señor López declaró no conocer los antecedentes que obran en el proceso, sino sólo las investigaciones policiales en las que participó, como también ignorar el origen de las huellas obtenidas y allegadas al requerimiento; en cuanto al señor

Naranjo, mencionó basar sus apreciaciones por los dichos de la imputada y por la convicción que le proporcionaba su experiencia policial.

En cuanto a la Subcomisario perito en huellas señora Jessica Fredes, hizo referencia a los detalles técnicos y procedimientos utilizados para realizar la pericia, haciendo referencia a la forma en que obtuvo los antecedentes para realizar su trabajo.

En el acto el Ministerio Público al exponer los antecedentes de hecho y derecho que obran en el requerimiento, hizo mención a que las huellas fueron levantadas de un vehículo Mercedes Benz que no participó en el robo y que tal diligencia tenía como finalidad establecer la verdadera identidad de la sospechosa. De la misma manera argumentó la procedencia de la extradición, atendido el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

En la audiencia, la requerida se reservó el derecho a declarar y al exponer la defensa, solicitó derechamente el rechazo de la extradición en atención a que existen dudas razonables sobre la responsabilidad que le cabe a su representada, teniendo en consideración el origen de las huellas que identifican a la requerida, el contrato de arriendo del vehículo participante en el hecho y la referencia de las imágenes captadas en el momento en que se cometió el delito.

Finalizada la audiencia, se levantó la respectiva acta que rola a fojas 314, la que se comunicó a los intervinientes por correo electrónico.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, a fojas 165 el

procurador del Rey del Tribunal de Primera Instancia de Amberes en Bélgica, ha solicitado formalmente la extradición de Sandra Milena Díaz Mojarrango, nombres supuestos Miha Fernanda Orellana Díaz o Cindy Venabides Blanco, conforme al Convenio de Extradición entre dicho país y Chile el 29 de mayo de 1899. La solicitud tiene como fundamento la orden de detención en rebeldía expedida el 20 de junio de 2007 por la señora Juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de dicha ciudad, I. Van Hoeylandt y cuya referencia se concreta en el guarismo 1-07 AN.17.LB.127669/2006. Se aduce que la requerida es culpable de hechos de complicidad de robo grave cometidos en dicha ciudad el 16 de noviembre de 2006, indicando que no se trata de ningún delito político o ilícito que tenga relación con ello. Agrega que las infracciones mencionadas se castigan en su legislación conforme a los artículos 1 a 11 incluso, 66, 461 1º apartado, 467 2º apartado, 484, 485 y 487 del Código Penal belga, en relación con el artículo 3º de la ley de 10 de julio de 1996 relativa al cambio de penas criminales. Se expone que el hecho de robo está previsto en el artículo I punto 12 del convenio de extradición aludido y que la duración de la pena de prisión prevista para el hecho delictivo, sobrepasa el tiempo que se exige como mínimo por el artículo II del Convenio de extradición antes mencionado.

Se concluye en el pedimento, manifestando que el enjuiciamiento criminal no está prescrito de acuerdo con la legislación belga, puesto que el tiempo de extinción alcanza hasta el 15 de noviembre de 2011.

SEGUNDO: Que como fundamento del pedimento aludido, se adjunta la exposición del hecho por la cual se solicita la extradición, copia auténtica de la orden de detención aludida, expedida por la Juez de instrucción; el atestado 02 1131/2007 de información sobre huellas dactilares y foto y una sinopsis de los artículos de la ley belga aplicables al caso.

TERCERO: Que el inicio de este procedimiento fue motivado por una petición de detención previa conforme a un mandato de detención emanado del Gabinete del Juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia en Antwerpen en la que se expresó que el día 16 de noviembre de 2006 en un aparcamiento cubierto en esa ciudad, se roba una gran cantidad de joyas de un vehículo aparcado en perjuicio de la Sociedad ORO DESIGN NB S.A., agregando que de las imágenes registradas por cámara, resulta que, inmediatamente después del vehículo robado, el alquilado por la sospechosa entra en el aparcamiento cubierto y se estaciona cerca del vehículo robado.

Dos de sus pasajeros se dirigen al auto de la víctima y nueve minutos después salen del estacionamiento. Se añade que del vehículo robado se ha encontrado una huella dactilar de la persona sospechosa y que la investigación ulterior demuestra que ésta utiliza varias identidades y que está en contacto con otras personas latinoamericanas que roban a joyeros. En virtud de tal requerimiento, se dispuso la prisión provisoria de la requerida, una vez que ésta fue puesta a disposición de este Tribunal y posteriormente, formalizado el pedido de extradición se transformó la detención en prisión preventiva, situación

procesal que rige hasta la fecha de este fallo.

CUARTO: Que en la audiencia pública verificada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 448 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público, en representación del país requirente de extradición, ha pedido que se conceda la extradición respecto de la aludida Sandra Díaz sosteniendo que las pruebas acompañadas en el requerimiento de extradición y por ella presentada a fojas 288, más la declaración de los testigos y del peritaje son suficientes para dar lugar a tal solicitud, agregando que las huellas digitales obtenidas de un vehículo Mercedes Benz sirvió para determinar la verdadera identidad de la requerida, enfatizando además la conducta pretérita de ésta en la comisión de hechos delictuales en Bélgica y otros países de la Comunidad Europea. En conclusión expone dicha Fiscalía que se dan todos los supuestos para dar lugar al pedido de extradición. Previamente declararon como testigos los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile don Rodrigo López Aliaga y don Rodrigo Naranjo Sanhueza, quienes deponen, el primero, acerca de la diligencias practicadas para dar con el paradero de la requerida y luego obtener la detención cumpliendo el mandato de este Tribunal; el segundo aclara que participó en una deportación que se hizo desde Bélgica en el año 2005 de Sandra Díaz Mojarrango, puesto que a él le correspondió hacer los trámites pertinentes recibiendo declaración a la deportada donde expuso que era lanza internacional y que siendo colombiana tuvo que ser recibida en Chile por tener un hijo de esta nacionalidad. En la

misma audiencia compareció doña Jessica Fredes Alburquenque, perito en huellas dactilares, quien dio cuenta del peritaje que le correspondió efectuar respecto de siete trozos de huellas digitales para compararlas con las impresiones de Sandra Díaz Mojarrango, estableciendo que sólo una de las muestras señaladas con las letras D corresponden exactamente al dedo medio de la mano izquierda de la persona antes señalada.

La defensa técnica de la requerida se opuso en la audiencia respectiva a la extradición por estimar que existen dudas razonables para establecer la responsabilidad que le ha cabido a la imputada en el hecho delictual, materia de la extradición, indicando para ello que no hay prueba alguna que la vincule a ese ilícito, puesto que la huella dactilar que sirvió para identificarla fue tomada desde un vehículo Mercedes Benz que no participó en los hechos incriminados; que el contrato de arriendo del vehículo Ford Fiesta que habría participado en el mismo hecho, no es concluyente para este fin, puesto que el período por el que lo arrendó la señora Díaz fue anterior a la fecha del delito y las imágenes en video que se tomaron en el lugar del hecho no son claras para considerar que ella hubiese tenido alguna participación en el mismo robo que se investiga, con lo cual no se cumple con los requisitos legales que hagan procedente la extradición de dicha requerida.

QUINTO: Que entre la República de Chile y el Reino de Bélgica existe la Convención de Extradición que fue firmada en nuestro país el 29 de mayo de 1899 y promulgada el 13 de marzo de 1904, en la que los Gobier-

nos aludidos se comprometen hacerse recíproca entrega de los individuos que se hubieran refugiado en uno de los países con motivo de haber sido acusados o condenados en el otro por alguno de los delitos que dicho precepto señala. En el artículo II se prevé que la extradición no tendría lugar sino en el caso en que la condena, el arresto preventivo o la acusación hubieren sido provocados por un crimen o un delito que según la legislación de ambos países importen una pena de más de un año de prisión. Se opone a esta entrega el artículo III cuando la acción penal o la pena se encuentren prescritas o se trate de delito político o conexo con él.

En el mismo Tratado en su artículo V, para el caso de autos en que no existe sentencia condenatoria, se prescribe que la autoridad que hubiere dictado la orden de prisión, deberá indicar: *primero*, el hecho preciso que constituye el delito que ha ocasionado la persecución, indicando su carácter de delito consumado o de simple tentativa; *segundo* si el individuo es perseguido como autor o como cómplice; *tercero*, las circunstancias agravantes que parezcan afectar la responsabilidad del individuo; *cuarto*, la edad conocida o presunta del individuo reclamado; *quinto*, la fecha constatada o presunta del delito y; *sexto*, la filiación del individuo reclamado y todas las indicaciones que puedan facilitar su búsqueda y la comprobación de su identidad personal.

SEXTO: que a su vez el artículo 449 del Código Procesal Penal, dispone que el Tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias:

- a) La identidad de la persona cuya extradición se solicitare;
- b) Que el delito que se le imputare o aquel por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o a falta de estos, en conformidad a los principios de derecho internacional, y
- c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen.

SÉPTIMO: Que como ya se ha explicado, la petición de extradición se basa en una orden de detención dictada por un Tribunal extranjero, sin que en contra de la imputada exista al respecto sentencia condenatoria, lo cual es importante porque en el caso de la extradición con sentencia condenatoria, el país requirente está eximido de presentar otro documento que tenga por fin establecer la justicia de la demanda, lo cual obliga a este Tribunal, para el caso de este requerimiento basado en una simple orden de detención, examinar si los antecedentes aportados pueden lograr aquella convicción de la existencia del hecho punible, o si en el ilícito en verdad le ha correspondido a la requerida una participación punible que para el caso de la extradición justifique que en Chile se pudiera deducir acusación en su contra, conforme a la legislación en nuestro país. Al respecto el artículo 259 del Código Procesal Penal, que trata sobre el contenido de la acusación, dispone que ésta deberá contener en forma clara y precisa: “*d) la participación que se le atribuyere al acusado*”, participación que por supuesto, conforme a

los principios de legalidad o inocencia, no tienen un carácter de meramente formal, sino que tiene que tener la virtud de convencer, conforme a las pruebas aportadas al juzgador, de que existen aquellas presunciones que permitan decidir, fuera de toda duda razonable, algún grado de participación de la requerida en los hechos ilícitos que se le imputan. No hay duda que la decisión de acoger o rechazar una extradición debe ser motivada y cualquiera sea el resultado debe cumplir con el parámetro indicado en el artículo 340 del Código Procesal Penal de exigir al tribunal, más allá de toda duda razonable, una convicción acerca de la participación que le ha cabido en el hecho a la imputada Díaz.

OCTAVO: Que en este entendido, en lo que dice relación a los requisitos en los artículos V del Tratado aludido, no hay discusión que el 16 de noviembre de 2006, en el interior de un estacionamiento, ubicado en la ciudad de Antwerpen, se forzaron las defensas de un vehículo estacionado en dicho lugar y se sustrajeron joyas que se indican en los documentos acompañados a fojas 183 y siguientes. Hecho que sin mayor esfuerzo aparece tipificado como ilícito en la legislación belga conforme a los atestados que se indican a fojas 135 y que en nuestro país constituye el delito de robo con fuerza en las cosas previsto en el artículo 442 del Código Penal, o bien el ilícito previsto en el artículo 443 del mismo Código, si se considerara que el sitio en que ocurrió el hecho puede estimarse bien nacional de uso público o si se ha procedido mediante fractura de protección a que alude esta norma.

El grado de participación que se atri-

buye a la imputada de acuerdo al requerimiento mismo, es la de cómplice, según se lee del requerimiento en su parte pertinente a fojas 166. Tampoco es debatido y contradicho que la sanción por el ilícito, de acuerdo a la legislación de ambos países, excede del año y entre la fecha del ilícito y la actual, en ningún caso resulta extinguida por prescripción la acción penal en los países involucrados. Resulta también innecesario hacer disquisición si el hecho mismo tiene carácter político, porque evidentemente se trata de un delito común.

NOVENO: Que tampoco hay dudas acerca de la identidad de doña Sandra Milena Díaz Mojarrango como sujeto pasivo de la petición de extradición con lo cual se cumple con las prevenciones indicadas en la misma convención, como en la letra a) del artículo 449 del Código Procesal Penal, sobre este requisito, aceptando además que de los antecedentes resulta también cumplido lo prevenido en la letra b) de la misma disposición, porque el hecho indagado es de aquellos que autoriza la extradición según se vio, conforme al tratado al que ya se ha hecho referencia.

DÉCIMO: Que sólo cabe establecer si en la cuestión discutida se encuentra cumplido el requisito previsto en la letra c) del artículo 449 aludido, porque interpretando el tratado en lo pertinente, inciso 3° del artículo V, es función de este Tribunal por imperativo legal, establecer la justicia de la demanda en cuanto a la participación que se le atribuye a la requerida Sandra Milena Díaz Mojarrango. Al efecto, cuando se solicitó la detención provisoria, se indicó como elemento de juicio incriminatorio del mandato de detención, que en

el vehículo robado se ha encontrado una huella dactilar de la persona sospechosa. De los antecedentes acompañados en el requerimiento resulta claro que en el momento del hecho punible participaron dos vehículos: el del afectado que correspondía a un auto Skoda matrícula THP 187 y de donde se sustrajeron con fractura las joyas y otro vehículo marca Ford Fiesta con matrícula VUN 310. Es cierto que de todos los vehículos se tomaron pruebas dactilares incluyendo un vehículo Mercedes Benz que, de los antecedentes, aparece no haber participado en el robo mismo y del cual se tomaron varias muestras dactilares resultando una de ellas, según el documento de fojas 113 que se indica como D1 y D2, como procedente del dedo medio izquierdo de Sandra Díaz Mojarrango. En verdad, según esa huella dactilar levantada de un vehículo que presuntamente Díaz arrendó, según aparece del documento de fojas 228, sólo tuvo como objeto lograr una identificación de la aludida persona, pero no para demostrar la identidad en el uso de los otros vehículos involucrados, el Skoda y el Ford Fiesta, de tal manera que el peritaje acompañado a fojas 303 ratificado y explicado en la audiencia pública por la perito señora Fredes, no puede constituir una presunción directa para determinar la participación de la imputada Díaz Mojarrango en el hecho de autos.

UNDÉCIMO: Que en verdad la solicitud de extradición se ha basado en la copia auténtica de la orden de detención, que contiene el error de señalar que la huella dactilar fue tomada desde el vehículo del ofendido, lo que no es verídico atendido el mismo atestado de informaciones sobre

huellas dactilares que arrojó lo que ya hemos señalado. Se basa además el pedimento en fotos, de las cuales se hace una relación cronológica de aquellas tomadas en el lugar del hecho a la hora y fecha del ilícito, las cuales examinadas por el Tribunal, salvo que en todas ellas se identifican los vehículos Skoda y Ford Fiesta por sus matrículas y aparecen sujetos en dichas imágenes, lo cierto es que el relato de las fotografías no precisan de manera categórica la identidad de la inculpada Díaz y sólo se refiere a una mujer de pelo corto rubio que visualmente tampoco el Tribunal observa con nitidez, salvo la que tendría como hora las 12.22.06 en que se advierte una mujer de pelo rubio que no coincide con la cara de la imputada, según la fotografía de fojas 107. De esta manera las fotografías tomadas del circuito cerrado de televisión del sitio del suceso, tampoco constituyen un indicio vehemente de participación de la indicada Díaz en el robo aludido, con lo cual este Tribunal no está en condiciones de atribuirle un medio probatorio incriminatorio de tal naturaleza que supere las exigencias previstas en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal en relación a la letra d) del artículo 259 del mismo cuerpo de leyes.

DUODÉCIMO: Que también se ha expresado en la audiencia pública como un elemento de juicio incriminatorio, la intervención que le cupo a Díaz en el contrato de arrendamiento del vehículo Ford Fiesta que utilizaron los hechos para cometer el robo de las joyas de la víctima. En realidad el Tribunal, pese a que ha sido discutido, tiene por establecido que la imputada participó en el arriendo de dicho móvil y aún cuando en los

antecedentes aportados se menciona que la imputada habría mantenido el vehículo en cuestión entre el 1 y 22 de noviembre de 2006, aún cuando el contrato cuya traducción rola a fojas 214 especifica que duraba entre el 1 y el 8 de noviembre de ese año, por el hecho de que la mencionada Díaz aparece en la secuencia fotográfica gravada entre la celebración del contrato y la entrega del móvil, que lo fue el 22 de noviembre, o sea, dentro del tiempo en que ocurrió el hecho ilícito, como aparece también del agregado al contrato que rola a fojas 271, sin embargo, este sólo indicio no le permite a este Tribunal adquirir la convicción de que la aludida Díaz hubiera participado como autor o cómplice en el hecho delictual mismo. Por otro lado, sus antecedentes reprochables por detenciones en otros países por varios delitos que la califican policialmente como lanza internacional, no pueden constituir conforme al principio de inocencia, una presunción de culpabilidad porque esos parámetros incriminatorios son inadmisibles dentro de un debido proceso de ley.

DÉCIMO TERCERO: Que los demás testimonios agregados a esta demanda por el ente acusador no son relevantes para constituir alguna presunción de culpabilidad que permita dar por cumplido el requisito señalado en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que de este modo, este Tribunal, considera que no se cumplen, en el presente caso, la totalidad de los requisitos exigidos en la Convención sobre extradición celebrado entre Chile y Bélgica y los contemplados en el Código Procesal

Penal, lo que determina necesariamente el rechazo de la solicitud de la extradición deducida por el gobierno de Bélgica.

Por estas consideraciones y vistos además, lo dispuesto en los artículos 440, 448, 449 y 452 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA LA DEMANDA DE EXTRADICIÓN** pasiva solicitada por el Procurador del Rey del Tribunal de Primera Instancia de Amberes de Bélgica, a fojas 165, respecto de Sandra Milena Díaz Mojarrango.

Conforme a lo resuelto, se decreta el cese de la prisión preventiva impuesta a la aludida Díaz y dispóngase su libertad inmediata.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, remítase copia autorizada al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile para el debido conocimiento de la Embajada de Bélgica en nuestro país. Oficiese.

Regístrese, notifíquese en la audiencia respectiva y archívese, si no se apelare.

N°5.291-2007.

Dictada por don Milton Juica Arancibia, Ministro Instructor de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

Autoriza la Secretaria Subrogante de la Corte Suprema, doña Carola Herrera Brümmer.

SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA.

Santiago, a veinticuatro de marzo de dos mil ocho.

Vistos y oído:

Se reproduce la sentencia apelada de catorce de enero de dos mil ocho, escrita de fojas 318 a 325 vta. de este cuaderno, con las siguientes modificaciones:

1°.- Se suprime, en el fundamento Séptimo, la sección que comienza con las expresiones “lo cual es importante para el caso de la extradición...” hasta su término con la referencia a “la imputada Díaz”.

2°.- En el basamento Décimo se sustrae la oración que se inicia con las palabras “En verdad...” hasta el punto aparte con que concluye.

3°.- En el considerando duodécimo, se sustituye la expresión “gravada” por “grabada” y se extrae el párrafo que se lee a partir de las palabras “sin embargo...” hasta “debido proceso de ley.” Se reemplaza la coma (,) que lo precede por un punto aparte (.).

4.- Se prescinde de las reflexiones Undécima, Décimo tercera y Décimo cuarta.

Y teniendo en su lugar, y además, presente:

PRIMERO: Que la defensa de la requerida centra su oposición a la extradición pedida por el Reino de Bélgica en que, en su concepto, existen dudas razonables para establecer la responsabilidad que ha cabido a la imputada en el hecho delictual que motiva la demanda, cuestión que

constituye un impedimento para prestarle acogida.

SEGUNDO: Que sobre esta materia, el Ministerio Público, en estrados, en representación del Reino de Bélgica, argumentó que el estándar o rango de convicción que exige el Ministro Instructor no se compadece con el que requiere un procedimiento de esta naturaleza.

TERCERO: Que al efecto, cabe tener presente que el artículo 340 del Código Procesal Penal, sustento de la decisión impugnada, dispone que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue 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.

De la norma transcrita resulta que tal estándar o rango de convicción exigido por el legislador se refiere exclusivamente al necesario para fundar una decisión condenatoria y no para posibilitar el inicio del ejercicio de la acción penal, como sostiene el fallo que se revisa. En efecto, el estatuto procesal penal introdujo este nuevo estándar de convicción que el juez debe alcanzar para dar lugar a una condena cuya concurrencia sólo puede tener lugar en la etapa del juzgamiento del procedimiento procesal penal.

CUARTO: Que, en consecuencia, para efectos de determinar la concurrencia del requisito previsto en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, esto es, que pudiere presumirse que en nuestro país se

deduciría acusación en contra de la imputada por los hechos que se le atribuyen, debe recurrirse al artículo 248 del mismo texto legal, precepto que específicamente regula la materia que el tribunal es llamado a decidir, cuando autoriza al Fiscal para formular acusación si estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quién se hubiere formalizado la misma, estableciéndose de ese modo, el estándar o rango de convicción a que éste debe sujetarse en tal circunstancia. Ello resulta aplicable a la extradición, atendida su naturaleza de ante juicio o juicio previo, cuya finalidad es determinar si el mérito de los antecedentes aportados *proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, y por consiguiente, si se accede o no a la solicitud de extradición.*

QUINTO: Que de lo anterior se infiere que la ley exige que los antecedentes que inculpen al acusado por un delito en particular sean graves y de consideración, lo que no importa en caso alguno tener plena convicción de que se obtendrá una sentencia condenatoria en el juicio que con posterioridad se verifique, como pretende la defensa, pues de ser así a priori se impediría al ente persecutor iniciar juicios contra el extraditable y formular acusación, por falta de certeza absoluta en la obtención de una condena.

SEXTO: Que en estas condiciones, a juicio de esta Corte, la circunstancia de haber intervenido la requerida en calidad de arrendataria del vehículo motorizado Marca Ford, Modelo Fiesta, matrícula VUN 310, como acredita el documento agrega-

do a fojas 214, utilizando para ello el nombre de Miha Fernanda Orellana Díaz, que no corresponde a su verdadera identidad, móvil que sirvió a los autores materiales para la perpetración del delito investigado, y cuya tenencia en poder de la imputada se extendió más allá del periodo de vigencia del contrato y que es coincidente con la fecha de comisión del ilícito, constituyen fundamento serio para sustentar cargos en contra de Sandra Milena Díaz Mojarrango, en calidad de cómplice del delito de robo perpetrado en un vehículo motorizado aparcado en un centro comercial ubicado en Antwerpen, el día dieciséis de noviembre de dos mil seis, en los términos que fue formulado el pedido de extradición.

SÉPTIMO: Que de este modo, por concurrir en la especie los supuestos que exige el artículo V de la Convención de Extradición suscrita entre Chile y el Reino de Bélgica y el artículo 449 del Código Procesal Penal, sólo cabe acceder a la solicitud de extradición formulada respecto de Sandra Díaz Mojarrango.

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en el Título VI, Párrafo 2º del Libro IV del Código Procesal Penal, el Tratado de Extradición suscrito con el Reino de Bélgica el veintinueve de mayo de mil ochocientos noventa y nueve, **SE REVOCA** la sentencia apelada de catorce de enero de dos mil ocho, escrita de fojas 318 a 325 y, en su lugar, se declara que se concede la extradición de la requerida Sandra Milena Díaz Mojarrango, de nacionalidad colombiana, pasaporte CC 52886543, solicitada por el Procurador del Rey del Tribunal de Primera Instancia de

Amberes de Bélgica a fojas 166, representado para estos efectos por el Ministerio Público.

Ejecutoriado que sea este fallo, arbitrese las medidas necesarias a fin de poner a la requerida a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para ser entregada al país solicitante.

Comuníquese la presente sentencia a la Policía de Investigaciones INTERPOL.

Para los efectos pertinentes, se precisa que la requerida estuvo privada de libertad con ocasión de este procedimiento de extradición, ininterrumpidamente, desde el 16 de octubre de 2007, según consta del parte de fojas 22, al 14 de enero de 2008, como se desprende de lo decidido a fojas 325 vuelta y del oficio de fojas 326.

Regístrese y devuélvanse con sus agregados.

Redactó el Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N° 476-08.

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. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA DE CREDIBILIDAD DE TESTIMONIO. DOCUMENTO DE TRABAJO INTERINSTITUCIONAL.¹⁸⁷

Los niños callan porque nadie les cree.

Porque se sospecha que inventan.

Porque tienen vergüenza y se sienten culpables.

Porque tienen miedo.

Porque creen que están solos en el mundo con su terrible secreto.

Adaptado de El niño mal amado

(Supino-Viterbo, 2001)

El presente documento es el resultado del intercambio profesional y discusión desarrollada en la Mesa de Trabajo Interinstitucional, convocada por la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, en la cual participaron durante dos años peritos representantes de las principales instituciones periciales a nivel nacional en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, las ideas aquí plasmadas corresponden a orientaciones respecto de la metodología de evaluación de credibilidad de testimonio de mayor difusión en nuestro país, sin perjuicio que la evaluación pericial se pueda manifestar mediante diferentes expresiones en función de la realidad particular de cada institución.

Estamos seguros de que el presente trabajo favorecerá la comprensión de los principios básicos y la complejidad de la evaluación pericial del testimonio infantil y adolescente.

I. MARCO LEGAL DE LA EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA.

El principal objetivo que buscó la Mesa de Trabajo fue ilustrarnos recíprocamente respecto de los avances y dificultades con relación a este tema específico, intentando establecer parámetros y lineamientos orientativos para quienes realizan dicha labor; y, a partir de la opinión de los expertos de los principales centros periciales de nuestro país, reforzar la validación -como método científicamente afianzado- de la evaluación de credibilidad de testimonio de menores de edad víctimas de delito.

Esta validación por *juicio de expertos* se logró gracias a los aportes y participación de peritos psicólogos y psiquiatras, y también de profesionales abogados.

¹⁸⁷ El presente documento fue realizado en el marco de una Mesa de Trabajo convocada por la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en la cual participaron Francisco Maffioletti Celedón (Editor), Francisco Soto Donoso, María Alicia Espinoza Abarzúa, Ximena Navarro Coydán, Aída Leiva Chacana, Paula Vergara Cortés, Marie Claudette Oliva Larroucau, Loreto Larenas Barahona, Gonzalo Muñoz Bravo, Rodrigo Muñoz Espinoza, Mayra Miranda Herrera.

Las instituciones que participaron en este proceso de validación¹⁸⁸ fueron:

- La Unidad de Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.
- La Unidad de Psiquiatría y Psicología Infanto Juvenil del Servicio Médico Legal.
- El Instituto de Criminología (CAVAS) de la Policía de Investigaciones de Chile.
- El Unidad de Psicología Forense del Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile.
- Centros de Diagnóstico de organismos colaboradores del Servicio Nacional de Menores.
- Departamento de Menores del Ministerio de Justicia.

La relevancia de esta actividad está dada principalmente por la creciente necesidad de profundizar sobre las evaluaciones de credibilidad que nos han dado a conocer las instituciones vinculadas a la investigación criminal, y por los desafíos que ha impuesto la Reforma Procesal Penal a la disciplina psicológica.

En este sentido, los últimos años hemos podido observar un creciente desarrollo de la psicología aplicada al ámbito de la administración de justicia, procurando dar respuestas a las múltiples interrogantes que de ella emanan. Esto ha sido particularmente relevante en el curso de las investigaciones de delitos sexuales donde la víctima es menor de edad, ya que, por sus características, este tipo de delitos son principalmente abusos sexuales, donde habitualmente no se cuenta con evidencias en el sitio del suceso ni en el cuerpo de la víctima¹⁸⁹, y en ese sentido los medios probatorios de los cuales se dispone son generalmente escasos.

De hecho, conforme a las estadísticas informadas por el Ministerio Público¹⁹⁰,

188 A propósito de la validación del CBCA, el TOP de Punta Arenas señala que “al tenor del principio de libertad probatoria del artículo 295 del Código Procesal Penal y del estándar de convicción del artículo 340 del Código citado, en modo alguno es una prueba prohibida o ilícita. Solamente el Tribunal tiene que adquirir la convicción más allá de toda duda razonable. Por otro lado dicho método no es un test, es un método de análisis de contenido y parece razonable y óptimo que peritos psicólogos que trabajan con una ciencia que no es exacta, se sirvan de elementos auxiliares, no determinantes, para complementar sus informes. Un punto importante, y como los hacen ver los autores -Soto, Flores y Mesa- en su libro “Notas sobre el Juicio Oral”, es el hecho que es un absurdo que los conocimientos científicamente afianzados sean sólo los validados en Chile. La ciencia es universal”. RUC: 05 / 244993-7, Punta Arenas, 11 de julio de 2006.

189 Por ejemplo, lesiones genitales y extragenitales, muestra biológica (ADN, semen), y consecuencias indiciarias como las Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).

190 Boletín Estadístico Anual 2006, elaborado por la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

sólo el año 2006 se denunciaron un total de 1.004.476 delitos, de los cuales un 1,5% corresponden a delitos sexuales. Vale decir que en este año se denunciaron en nuestro país un total de 15.404 delitos sexuales.

En este contexto, existiendo por lo demás versiones contrapuestas entre lo relatado por el menor de edad y por el imputado, los peritajes psicológicos y psiquiátricos sobre la víctima adquieren un peso insospechado a la hora de formar convicción en el Tribunal que le corresponde juzgar esos hechos.

Así, teniendo claro que el informe pericial y/o su ratificación oral en el juicio no son vinculantes para el Tribunal, en la medida en que las conclusiones formuladas serán valoradas libremente por los jueces¹⁹¹, podemos afirmar que por la especificidad del conocimiento científico de la disciplina psicológica y psiquiátrica, estas proporcionan opiniones fundadas acerca de aspectos relevantes a la hora de tomar decisiones judiciales respecto de un caso particular.

Ahora bien, para que estas opiniones expertas sean realmente de utilidad en el proceso penal, se requiere de peritos que se encuentren especialmente calificados y preparados para desempeñarse en el ámbito judicial. Por tanto, consideramos que tanto los psicólogos como los psiquiatras a quienes les corresponda intervenir en este contexto deben poseer una especialización¹⁹² en el área forense de sus respectivas ciencias.

Así, el objetivo del presente documento es establecer ciertas bases y estándares respecto del procedimiento de evaluación de la credibilidad de testimonio en nuestro sistema de persecución penal. Al respecto los más destacados especialistas e investigadores internacionales en el tema han planteado:

- Arntzen (1983)¹⁹³: “pocas áreas de la psicología aplicada han sido sometidas a un control tan amplio y riguroso como el método de análisis de declaraciones”.
- Honts (1994)¹⁹⁴: “su validez ha sido demostrada conclusivamente”.
- Enrique Esbec (2000)¹⁹⁵: “En España es de amplio uso entre psicólogos el análisis de contenido de las entrevistas mantenidas con el menor siguiendo los criterios de calidad de Steller y Köhnken (1994) que han sintetizado investigaciones previas y criterios de valoración de diversos autores (Un-deutsch, 1967; Arntzen, 1983; Szweczyk, 1973; Detterbon et al, 1984)”.

191 Artículo 297 del Código Procesal Penal.

192 Actualmente en Chile, esta especialización se obtiene a través de la realización de seminarios, cursos, diplomados y/o programas de magíster.

193 Arntzen (1983). En Raskin D. Métodos Psicológicos en la Investigación y Pruebas Criminales. Editorial Desclée de Brouwer. 1994 (página 203).

194 Honts, Charles Robert (1994). “Assessing children’s credibility: Scientific and legal issues in 1994”, *Nort Dakota Law Review*, 70, 879-903.

195 Esbec, E. Y Gómez-Jarabo, G. (2000): “Psicología Forense y Tratamiento Jurídico-Legal de la Discapacidad”. Editorial edisofer, España (páginas 197 y 198).

- Juan José Carrasco (2003)¹⁹⁶: “uno de los métodos psicológicos más empleados y que ofrece mayores posibilidades en la valoración de la credibilidad y validez del testimonio”.
- Aldert Vrij (2005)¹⁹⁷: “Hoy en día, el Statement Validity Assessment (SVA) es probablemente el instrumento (sistema) más popular para evaluar la veracidad del testimonio infantil en juicios por abuso sexual. La evaluación con SVA es aceptada como evidencia en algunas Cortes americanas (Ruby & Brigham, 1997) y en Cortes criminales en países de Europa del Este, como Suecia (Gumpert & Lindblad, 1999), Alemania (Köhnken, 2002) y en Holanda (Lamers-Winkelmann & Buffing, 1996)”.
- Blanca Vázquez¹⁹⁸ (2005): “Es el sistema que más se utiliza en nuestro país. Tiene la indudable ventaja de ser un método formulado para y por el ámbito forense (...) Al margen de todas estas críticas, lo cierto es que el SVA es el sistema más eficaz para asesorar en la credibilidad de un testimonio infantil hoy por hoy”.
- Steller y Böhm (2006)¹⁹⁹: “El análisis de la calidad de una declaración concreta, mediante criterios específicos, esta considerado en la actualidad por los Tribunales penales alemanes como el único método evaluativo de credibilidad con suficiente base científica para el dictamen”.
- Günter Köhnken (2006)²⁰⁰: “Este método ha sido comprobado sobradamente de forma empírica (por ejemplo Niehaus, 2001; Vrij, 2004) y ratificado por el Tribunal Federal Supremo de Alemania en la sentencia del 30 de julio de 1999 que sentó jurisprudencia (Tribunal Federal Supremo alemán, sala de lo penal, art. 45, párr. 164) como método elegido para la evaluación de credibilidad”.

i. Consideraciones contextuales preliminares.

Los procesos judiciales tienen por objeto la búsqueda de la verdad jurídica, en la medida de lo posible, respecto de hechos pasados que podrían revestir características de delito. Ahora bien, tal como plantea Guzmán (2006) en su

196 Carrasco, J. J. y Maza, J.M. “Manual de Psiquiatría Legal y Forense”. Editorial La Ley. Madrid, 2003.

197 Vrij, A. Criteria-Based Content Analysis: a Qualitative Review of the First 37 Studies. En Revista Psychology, Public Policy, and Law, Vol. 11, N° 1, pp. 3-41, 2005 (página 3).

198 Vázquez, B.: “Manual de Psicología Forense”. Editorial Síntesis, Madrid, 2005. Prestigiosa psicóloga forense de la Clínica Médico Forense de Madrid. Docente de programas de Máster en Psicología Forense y en programas de especialización en toda España. Vázquez, B. Manual de Psicología Forense. Editorial Síntesis, Madrid, 2005 (páginas 123 y 124).

199 En Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J. (eds.): “Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica”. Editorial Lit Verlag, Berlin (página 55).

200 Köhnken, Günter (2006): “¿Anomalías en la conducta como indicadores del abuso sexual infantil crónico o puntual?”. En Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J. (eds.) Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica. Editorial Lit Verlag, Berlin.

libro *La Verdad en el Proceso Penal* “resulta imposible la reproducción exacta del suceso que ha quedado en el pasado y, por lo tanto, no podría aspirarse más que a una reconstrucción mental del mismo”.

Esta reconstrucción conlleva necesariamente el intentar una reproducción de los hechos a través de los testimonios de las distintas personas involucradas, siendo esto especialmente relevante en los procesos judiciales en los cuales no existen otros medios de prueba como el propio testimonio de la víctima, las evidencias biológicas (sangre, semen) y físicas (lesiones, armas), confesión de quien cometió delito o la declaración de testigos presenciales o de oídas. La generalidad de estos casos, sin evidencias tangibles, está vinculada a delitos sexuales, específicamente abuso sexual, donde las víctimas habitualmente reúnen dos condiciones: se trata de menores de edad y mantienen un vínculo de dependencia o de parentesco con el agresor. Ambas condiciones, cuando coexisten, hacen especialmente vulnerables a las víctimas, y aumentan la impunidad del delito en cuanto su porcentaje de no denuncia (cifra negra) y a su complejidad probatoria.

En este mismo orden de ideas, es usual que los fiscales y defensores soliciten a los psicólogos y psiquiatras forenses ayuda para determinar la credibilidad de las versiones de la víctima, los testigos, y en algunos casos del imputado. Por tanto, en los casos de Abuso Sexual Infantil la prueba pericial constituye un elemento clave para la decisión que tomará el Tribunal o el Juez.

Resulta conveniente en este punto la aclaración respecto del objetivo principal y finalidad de la evaluación de la credibilidad realizada por un perito psicólogo o psiquiatra. Cuando se habla de evaluación de la credibilidad del relato, o de las declaraciones, o discursiva, o de testimonio, lo que se busca es intentar determinar, mediante procedimientos científicamente afianzados provenientes de las disciplinas psicológica y psiquiátrica, el grado en que el relato del evaluado se ajusta a características de relatos de personas que han vivido una situación real, de acuerdo a criterios predefinidos (hipótesis Undeutsch), dando cuenta además de un procesamiento mental concordante. En ese sentido, la evaluación de credibilidad dará cuenta de la mayor o menor probabilidad de que los hechos hayan ocurrido efectivamente de la forma en que el evaluado nos lo haya transmitido (Cantón Duarte, 2000).

Al respecto, es sumamente relevante, como condición necesaria de la validez del procedimiento y de las conclusiones, el que la evaluación pericial de la credibilidad del testimonio cumpla con estrictos requisitos que le son impuestos por la metodología pericial del SVA (Statement Validity Assessment). Si ello no es así, será el propio perito quien deberá limitar o invalidar el alcance y sentido de sus propias conclusiones, dado que forma parte integral del procedimiento el que el relato proporcionado acerca de los hechos constitutivos de delito sea proporcionado de la forma más libre y espontánea posible, sin que las preguntas del evaluador introduzcan ni sugieran los contenidos de las respuestas, y habiendo considerado todas las variables contextuales, motivacionales, étareas y actitudinales del evaluado con relación a los hechos investigados.

ii. Marco Legal que determina el Sistema Procesal Penal.

El sistema de enjuiciamiento criminal en Chile se sustenta en los principios de imparcialidad, publicidad, eficiencia, concentración e intermediación. De esta manera hoy se encuentran separadas las funciones de investigar, acusar y juzgar, recayendo las dos primeras en el Ministerio Público y la última en el Poder Judicial. Además, el conocimiento de los hechos y el debate jurídico se realiza en un juicio oral y público, en el que deben presentarse todas las pruebas, incorporándose, por otro lado, diversas salidas alternativas que ponen término al proceso de manera temprana. Sin perjuicio de los principios informadores mencionados, el sistema también consagra expresamente diversas garantías para los intervinientes, las que configuran la garantía general del debido proceso; éstas, a saber, son las siguientes: el derecho a un juicio previo, oral y público; el derecho a un juez natural; el derecho de defensa; la bilateralidad de la audiencia; la presunción de inocencia; el derecho a la persecución penal única y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, entre otras.

En este contexto, también se introdujeron importantes modificaciones en el ámbito probatorio. Respecto de los medios de prueba propiamente tal, el legislador optó por un sistema de libertad probatoria, entendiéndose éste como aquel en que es admitido cualquier medio de prueba, con la limitación de que sea producido e incorporado al proceso en conformidad a la ley. Este sistema contrasta con el regulado en el antiguo Código de Procedimiento Penal, en cuyo texto se establecía un régimen reglado o legal en cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba, por lo que sólo se admitían aquellos señalados expresamente en la ley. Por otra parte, en lo que respecta a la valoración de la prueba, también hubo cambios trascendentales, ya que hoy los tribunales pueden apreciarla con libertad, tendiendo sólo como parámetros los principios de lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

iii. La Evaluación Pericial Psicológica en el Sistema Procesal Penal.

La pericia es uno de los medios de prueba que, de acuerdo a nuestra legislación procesal penal, pueden tener lugar en el proceso. En efecto, el artículo 314 del Código Procesal Penal señala que “procederá el informe de peritos siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”, apreciación que en el caso de las pericias psicológicas se refiere a la conducta humana y su origen, siendo relevante aquella apreciación cuando, por ejemplo, a consecuencia de un delito se generan secuelas psíquicas en la víctima, o sea necesario indagar acerca de la credibilidad del relato que presta en el marco de una investigación criminal. Este informe pericial debe cumplir con los requisitos que señala el artículo 315, a saber: la descripción de la persona que está siendo objeto de la pericia, la relación circunstanciada de las operaciones practicadas por el perito y de su resultado y las conclusiones que se formularen conforme a los principios de su ciencia.

En este sentido, el rol del perito psicólogo es colaborar en la toma de deci-

siones judiciales, convirtiéndose en un apoyo a la administración de justicia. A través de su participación, caracterizada por su objetividad e imparcialidad, brinda conocimientos científicamente afianzados para el análisis de un caso, a través de una demanda concreta, objetivos de trabajo, metodología y conclusiones. En caso que la causa llegue a etapa de juicio oral, deberá responder las interrogantes formuladas por el fiscal y eventualmente por la parte querellante, en el evento que esta exista, la defensa (defensor público y/o particular) y las emanadas del propio tribunal.

Asimismo, no debemos olvidar una serie de precisiones que resultan necesarias de hacer respecto de la prueba pericial en el Proceso Penal. La primera dice relación con que cualquier profesional psicólogo puede ser llamado como perito o como testigo a exponer en juicio oral u otras audiencias sobre los hechos respecto de los cuales haya tomado razón en virtud del desempeño de su actividad profesional. En este sentido “ser” perito ya no viene dado por una especial investidura del profesional por parte de una instancia superior que le reconozca, en virtud de sus méritos y títulos, sino por los conocimientos que tiene sobre una ciencia, arte u oficio determinados. Por tanto, en el nuevo proceso penal, el que sea un buen o mal perito, esto es, su idoneidad, será valorado en la audiencia misma de juicio oral mediante las preguntas especialmente orientadas a establecer dicho punto, tanto en el interrogatorio, como en el contrainterrogatorio y en las preguntas formuladas por el propio tribunal (artículos 295, 297, 314, 318 y 329 del C.P.P.).

Por otra parte, las conclusiones a las cuales arribe el perito no obligarán al tribunal a tomar una decisión en ese mismo sentido, ya que este valorará la prueba con libertad, existiendo sólo como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados²⁰¹.

II. LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DE TESTIMONIO.

i. La pregunta psicolegal y el tipo penal.

Toda demanda de pericia proveniente del sistema se origina mediante una solicitud formal al perito para que, en virtud de sus especiales conocimientos, pueda intentar aclarar o aportar sobre algún punto materia de controversia o litigio. Al respecto la naturaleza de las solicitudes dirigidas a los peritos de las disciplinas de la Salud Mental, si bien son diversas y estarán determinadas por las circunstancias y características específicas del delito investigado, se las puede englobar bajo las siguientes categorías en el Proceso Penal:

Respecto de la víctima-testigo: evaluar sus capacidades mentales y posibles alteraciones; su capacidad para aportar un testimonio válido judicialmente; su diagnóstico de personalidad; el posible daño y las consecuencias del delito en su vida; la credibilidad de su relato respecto de los hechos y determinar la existencia o no del trastorno de estrés postraumático, entre otros.

201 Artículo 297 del Código Procesal Penal.

Respecto del imputado: evaluar su estado mental y posibles alteraciones al momento de la ocurrencia de los hechos a fin de determinar su imputabilidad; determinar su grado de control de impulsos; establecer el perfil de personalidad con el propósito de determinar si se ajusta o no al delito; indagar si posee algún cuadro psicopatológico comúnmente asociado a delinquentes (trastorno de personalidad antisocial y/o psicopatía); analizar su capacidad para ser juzgado e instruir una defensa; etc.

No debemos olvidar que el origen de esta consulta que se hace desde el mundo jurídico al psicológico, se encuentra asentada en la necesidad tanto del fiscal como del juez, de valorar aspectos que no son estrictamente jurídicos, para lo cual requieren de los especiales conocimientos de otras ramas del saber. Ahora bien, considerando que el dictamen pericial obedece a dicha necesidad, de más está afirmar que sus conclusiones deben: ser claras; simples (cuando puedan serlo); desprovistas de duda o incertidumbre; estar expresadas en un lenguaje comprensible y común (a menos que refiera conceptos muy técnicos, los cuales debe explicar) y deben responder a lo solicitado.

Debemos recordar que no resulta conveniente aseverar, y menos concluir, respecto de algún punto sobre el cual no tengamos competencias ni elementos suficientes de análisis como para pronunciarnos de forma seria y responsable.

La conclusión pericial psicológica.²⁰²

Las conclusiones a las cuales arriba un perito deben ser consecuencia de las operaciones que su ciencia le sugiere, expresando los hechos y circunstancias que sean fundamentales en su opinión.

La presentación de las conclusiones se hará de forma legal, por escrito y/o expresión oral, en audiencias o diligencias. Éstas, tal como ya hemos señalado, no pueden contener motivos de duda, de interés o de parcialidad.

Otro aspecto que debemos recordar es que por la naturaleza y principios del proceso judicial, nuestro informe o nuestras conclusiones no son vinculantes a la decisión que va a tomar el tribunal colegiado. Vale decir, su fuerza probatoria será estimada por los jueces teniendo en cuenta la competencia de los peritos, la unidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos o técnicos en que se fundan y la concordancia de su aplicación con las reglas de su *sana crítica*.

Así, el informe pericial psicológico deberá estar debidamente fundamentado y carecerá de *eficacia probatoria* si no fuese claro y sus explicaciones aparecieran contradictorias o deficientes. En este punto podemos plantear que es necesario que un informe pericial *se baste a sí mismo*, es decir, contenga en su cuerpo todos los elementos de juicio suficientes para que sus conclusiones sean el resultado natural y esperado de su desarrollo.

202 Tomado de Maffioletti, F. y Salinas, Ma I. (2005): "Manual Estrategias de Evaluación Pericial en Abuso Sexual Infantil". Publicación del Servicio Nacional de Menores. <www.sename.cl>

Otro aspecto a tener presente es que la conclusión obtenida desde una pericia es prueba fundada, a diferencia del testimonio, que se refiere a hechos percibidos sensorialmente por quien lo presta y que deberá dar la versión de como lo percibió. Se hace necesario abrir un paréntesis para distinguir claramente ambas funciones, la pericial de la testimonial. Al respecto, lo primero que habría que decir es que si se está atendiendo terapéuticamente a alguien, y en virtud de ese conocimiento somos llamados por el sistema judicial a dar nuestra opinión profesional, la única calidad en la cual podemos declarar es en la de testigo, y no como perito, con todo lo que ello implica.

Por la naturaleza del objeto examinado, la evaluación pericial psicológica es un acto de profunda envergadura que implica indagar en la interioridad del ser humano, adyacentemente con los otros antecedentes que contiene el proceso. Implica indagar en busca de la verdad, articulada en los requerimientos procesales, procurando compatibilizar la verdad psicológica con la jurídica. Y a este respecto, no debemos olvidar dos axiomas fundamentales en nuestro trabajo, que sin duda han producido más de un problema: la verdad psicológica no necesariamente se corresponde con la verdad de la realidad; y, por otra parte, la verdad jurídica tiene más de lo comprobable que de lo cierto.

Por tanto, en los pleitos judiciales este proceso de debate de argumentos permite un complejo razonamiento que opera como productor de la verdad jurídica, base del fallo. Así por ejemplo, por muy contundente que sea un medio de prueba, este no posee ningún valor si no ha sido obtenido por medios legalmente permitidos.

ii. Consideraciones metodológicas para el análisis de la credibilidad.

La evaluación pericial psicológica de la credibilidad del testimonio, y más específicamente el interés judicial por determinar la credibilidad de una declaración en el marco de una investigación criminal, se remonta a comienzos de siglo pasado. Un claro ejemplo de ello es que, de acuerdo a Steller y Köehnken, “en los años 30 aparecieron por primera vez en la literatura alemana psicológica y judicial los criterios de realidad”²⁰³. Numerosos expertos internacionales han coincidido en reconocer la importancia que ha tenido para el sistema judicial la evaluación de la credibilidad del testimonio, destacando algunos de ellos (Heinz Offe, Thomas Fabian, Max Steller, Guenter Köehnken, Udo Undeutsch) la relevancia de que, en el año 1954, el Tribunal Supremo alemán determinó que debe nombrarse un perito “para evaluar la sinceridad de las declaraciones cuando los testimonios de niño(a)s o jóvenes son la única o principal prueba”²⁰⁴, considerando dicho tribunal a la evaluación de la credibilidad basada en criterios “como una prueba con fundamento científico” (Offe, 2000, pp.21).

203 Steller, M. y Köehnken, G. (1994): “Análisis de declaraciones basado en criterios”. p. 190. En Raskin D. Métodos Psicológicos en la Investigación y Pruebas Criminales. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao, España.

204 Offe, H.: “El dictamen sobre la credibilidad de las declaraciones de los testigos”. En: Anuario de Psicología Jurídica. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España, 2000.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente lo señalado por Lamb, Sternberg, Esplín, Hershkowitz, Orbach y Hovav, quienes en su estudio de campo sobre la validación del CBCA²⁰⁵, junto con valorar positivamente la técnica, llaman la atención sobre la necesidad de realizar más investigaciones científicas sobre el tema y a tener precaución en la aplicación forense del sistema CBCA.

Es por ello que, independientemente del valor que ha tomado el CBCA en nuestro medio nacional, queremos insistir en que necesariamente los criterios de realidad del CBCA deben valorarse y encontrarse insertos en el sistema global de evaluación de la credibilidad del testimonio que es el SVA.

Estamos convencidos que sólo dicho sistema, el SVA, permitirá al perito arribar a conclusiones válidas, en la medida en que estas hayan sido debidamente contrastadas; que el testimonio que se valora haya sido obtenido mediante un procedimiento estandarizado; que busquen activamente no inocular contenidos, ni dirigir los relatos; que contemplen el contexto en que se producen y develen los hechos, y las consecuencias provenientes de los mismos; que trabajen sobre la base de 4 hipótesis, chequeando cada una de ellas de forma sistemática; que consideren la capacidad testifical del declarante; que valoren las posibles motivaciones personales y de cercanos al declarante para informar en falso; que contrasten los resultados con las demás evidencias y medios de prueba del proceso penal; que exista una concordancia ideoafectiva entre lo dicho y el correlato emocional que acompaña el testimonio y que los conceptos, descripciones y lenguaje dados por el declarante sean acordes a su nivel de desarrollo y conocimiento.

El trabajo en base a hipótesis.

El trabajo científico que pretenda ser tal, deberá contemplar postulados que puedan ser susceptibles de ser contrastados o refutados por un proceso sistemático de búsqueda de la verdad. Al respecto, Karl Popper, creador del Falsacionismo²⁰⁶, plantea que contrastar una teoría significa intentar refutarla mediante un contraejemplo. Si no es posible refutarla, dicha teoría queda corroborada.

En este sentido, como se ha enunciado anteriormente, la posición subjetiva del perito previa al abordaje del caso debe estar dada, en cuanto profesional de una ciencia, por la consideración de que el relato a evaluar pericialmente puede resultar, producto del análisis, tanto creíble como no-creíble. Para ello, el sistema del SVA es consonante con lo planteado originalmente por la hipótesis a la base de la evaluación de la credibilidad del testimonio planteada por el psicólogo forense alemán Udo Undeutsch, la cual contempla tres posibilidades que se

205 Lamb, M., Sternberg, K., Esplín, P., Hershkowitz, I., Orbach, Y., Hovav, M. (1997).: "Criterion-Based Content Analysis: A Field Validation Study". *Child Abuse and Neglect*, vol. 21, N° 3, pp. 255-264.

206 Falsacionismo, refutacionismo o principio de falseabilidad es una corriente epistemológica fundada por Karl Popper (filósofo, sociólogo y teórico de la ciencia: 1902-1994).

podrían dar cuando estamos ante una falsa alegación, y una cuarta posibilidad que refiere que los hechos son descritos tal como sucedieron en la realidad.

Las tres posibilidades contempladas por Undeutsch, en casos de falsa alegación, son:

- Que el relato haya sido inventado (hipótesis del engaño).
- Que el relato haya sido inducido (hipótesis de la sugestión).
- Que el relato haya fantaseado o distorsionado gravemente la realidad (hipótesis de la incapacidad).

Por tanto, al realizar una evaluación de credibilidad de relato en el contexto de una pericia psicológica, de acuerdo al principio de objetividad e imparcialidad²⁰⁷ que rige la práctica forense, siempre se deben considerar al menos **cuatro hipótesis**²⁰⁸ en el proceso de valoración de los antecedentes del caso.

La primera de ellas se observa cuando el evaluado tiene la clara intención y consciencia de engañar. Por tanto, la *hipótesis del Engaño* exige ánimo, consciencia y voluntad de hacer creer al otro que la versión entregada es coincidente con lo que realmente pasó. Dicho testimonio puede responder a motivaciones individuales o de terceras personas. En este caso, el relato obtenido puede presentar diferentes grados de sofisticación dependiendo de las características del testigo declarante, como su edad, capacidad intelectual y características de personalidad, entre otras.

Por otra parte, debemos considerar que es posible que un evaluado por variables ajenas a su voluntad pudiese tergiversar involuntariamente algunos aspectos de la realidad. En este sentido la *hipótesis de la Sugestión* se refiere a modificaciones en los registros mnémicos del sujeto a partir de factores individuales o contextuales que inciden alterando su testimonio. Dicha inexactitud puede responder a diferentes motivos, como a los efectos en la memoria ligados al paso del tiempo; el haber contado los hechos en innumerables oportunidades a distintas personas; el haber recibido comentarios y preguntas que implicaban la visión de otros respecto del hecho; el haber sido influenciado por los prejuicios sociales o la vergüenza inconsciente, la culpa o cualquier otro mecanismo psíquico que no implique dolo en el actuar. En este sentido, los procesos ligados a dicho fenómeno no permiten distinguir con claridad los contenidos del relato que responden a una fuente de origen externo o vivencial de aquellos de carácter interno o producto del pensamiento o fantasía.

La *hipótesis de la Incapacidad* alude a la falta de capacidad por parte del evaluado para dar cuenta de forma fidedigna de los hechos que realmente han sido vividos de los imaginados. Esta situación se puede producir por alteraciones psicopatológicas, distorsiones involuntarias, déficit cognitivo e interferencias defensivas, entre otras.

207 Artículo 314 del Código Procesal Penal.

208 Para mayor abundamiento en la descripción de las hipótesis recurrir a: Offe, Heinz (2000): "Anuario de Psicología Jurídica", Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España.

Por último, está la *hipótesis de la Verdad*: ésta dice relación con la consideración probabilística de que los hechos relatados por el evaluado se refieren efectivamente a hechos vividos o experimentados.

Antecedentes de investigaciones y publicaciones nacionales e internacionales

Previo a enumerar las múltiples investigaciones y publicaciones respecto de la evaluación psicológica de la credibilidad del testimonio, creemos adecuado realizar un breve comentario sobre lo que entendemos por “validar” una metodología como la abordada por el presente documento.

Dada la libertad de prueba consagrada expresamente en nuestro Código Procesal Penal en su artículo 295, permitiendo que los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso puedan ser probados por “cualquier medio” producido e incorporado en conformidad a la ley, le queda a los jueces la prodigiosa tarea de valorar innumerables medios probatorios surgidos de las más diversas ciencias auxiliares en el proceso penal²⁰⁹.

En este sentido, y dado que el tribunal debe *valorar en libertad* la prueba rendida en audiencia de juicio oral, otros sistemas procesales han optado por utilizar criterios discriminadores a fin de determinar la validez científica de las metodologías expuestas por los peritos²¹⁰. Esta necesidad de establecer un conjunto de “medios de interpretación adecuados” o criterios estándares para ponderar de forma objetiva y replicable, en diferentes contextos judiciales, los resultados de los informes presentados por expertos al servicio de los abogados defensores y acusadores, determinó la sistematización de las exigencias a los procedimientos periciales.

En la sentencia del caso De Luca (1990)²¹¹ se planteó por primera vez la cuestión de la unanimidad de la comunidad científica relevante como criterio de fiabilidad para aplicar a los procedimientos periciales, constatando la ausencia de estándares normativos en las leyes procesales que permitieran al juez decidir al respecto de si la revisión por pares y la publicación en revistas profesionales constituyen garantías al respecto.

El año 1993, la Corte Suprema de EEUU dictó su ya famosa sentencia *Daubert*, en la cual, no pronunciándose sobre lo sustantivo del caso, definió una serie de normas apropiadas para decidir sobre la admisibilidad de las evidencias expertas, de diversas disciplinas, que pueden ser presentadas en juicio.

El único gran precedente legal que existía hasta entonces en la jurisprudencia federal sobre la cuestión de los estándares de admisibilidad de evidencia experta, era una antigua sentencia de 1923, en el caso *Frye* contra EE.UU., donde la

209 Para mayor abundamiento ver páginas 15 a 17, y anexos i y ii del Libro de Credibilidad.

210 Al respecto, resulta necesario explicitar que dichas enmiendas o criterios asumidos por otros sistemas legales no han sido asumidos por el nuestro, por tanto no son obligatorios en Chile como norma.

211 Izquierdo, Javier (2004): “Lo falso auténtico: cosas en personas”. Contribución preliminar al Seminario “Los soportes de la materialidad”. UNED, España.

Corte Suprema tuvo que decidir sobre la pretensión de un acusado de emplear un tipo primitivo de detector de mentiras para tratar de exonerarse de una acusación criminal. En la sentencia Frye la Corte Suprema determinó que en el caso de evidencias científicas “de carácter novedoso”, éstas sólo podrían ser admitidas como pruebas en un juicio legal cuando hubiesen sido previamente aceptadas de forma general como hechos incontrovertidos o técnicas fiables por la **comunidad científica relevante**. Posteriormente, la resolución de otro caso en 1976 (El Pueblo contra Kelly) dio paso al denominado estándar legal Frye/Kelly para la admisión de evidencia científica novedosa en un juicio, que constaba de tres criterios de evaluación:

Que quede establecido, mediante testimonio experto, que los métodos científicos empleados en la producción de la evidencia son generalmente aceptados como fiables dentro de la comunidad científica relevante;

Que el experto que presente testimonio ante el tribunal esté adecuadamente cualificado como experto para opinar sobre el tema;

Que el ponente de la evidencia científica demuestre específicamente que en el caso en cuestión se emplearon procedimientos científicos correctos para producirla.

En la sentencia Daubert, la Corte Suprema de EE.UU. extendió el estándar Frye/Kelly a objeto de establecer la obligación por parte de los tribunales de evaluar el carácter legalmente admisible; o no de la evidencia científica presentada por las partes en un juicio, en base a un procedimiento legal objetivo en el que se tengan en cuenta los resultados arrojados por un conjunto de cuatro pruebas de fiabilidad socio-cognitiva de la información científica:

- Determinar si la teoría o técnica había sido puesta a prueba con anterioridad;
- Determinar si los resultados del estudio han sido publicados previamente en revistas científicas y sujetos a un procedimiento de revisión por pares;
- Determinar si se conoce para ellos un margen de error²¹²;
- Determinar si la teoría o la técnica se halla generalmente aceptada en la comunidad científica relevante (criterio Frye).

Al respecto, en nuestra realidad nacional, se podría entender que los principales organismos periciales públicos (SML, CAVAS, LABOCAR, LACRIM, SENAME) constituirían la llamada **comunidad científica relevante**, toda vez que son los organismos auxiliares de la administración de justicia quienes bajo la normativa vigente realizan peritajes en las investigaciones penales.

212 Al respecto, Undeutsch (1984), señala que “es extremadamente difícil establecer un único criterio, objetivo, independiente y fiable en una situación de campo”; ya que estas no permitirían un control absoluto de las variables que inciden en la valoración de la credibilidad. En este sentido, Arntzen (1983) afirmó que las simulaciones experimentales nunca podrán producir la significativa vivencia personal y emocional que es particularmente relevante en los casos de abuso sexual.

Por otra parte, en el caso específico de la disciplina psicológica, se podría entender que esta comunidad científica relevante también se encuentra refrendada por la comunidad universitaria, la cual a través de sus programas de postgrado (UCH, PUC, UDP, UC, UV, UFRO, UST) contempla el estudio de la psicología del testimonio y de la evaluación pericial psicológica de la credibilidad del relato.

Otra forma de entender la validación de un procedimiento científico dice relación con las publicaciones que sobre él existen y el grado de controversia que estas mismas pudiesen generar. Al respecto, hemos decidido incluir en este apartado sólo una pequeña muestra de las principales publicaciones internacionales, a la vez que un breve listado de publicaciones e investigaciones desarrolladas en nuestro país.

Validación y publicaciones internacionales:

Hasta el momento, el CBCA se ha investigado en Alemania, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Holanda, Israel, España, Colombia y Chile.

- Congreso Internacional sobre la Evaluación de Credibilidad (1989), en Maratea (Italia), auspiciado por la OTAN. Se presentaron los primeros trabajos empíricos sobre CBCA, así como la descripción y sistematización de Steller y Köhnken.
- “Anuario de Psicología Jurídica” (2000). Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España.
- Max Steller y Claudia Böhm (2006). “Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo alemán sobre la Psicología del Testimonio: balance y perspectiva”. En Fabian, Böhm y Romero: “Nuevos Caminos y Conceptos en Psicología Jurídica”. Editorial Lit Verlag, Berlin.
- Josep Ramón Suárez López (2004): “La Credibilidad del Testimonio Infantil ante Supuestos de Abuso Sexual: indicadores psicosociales”. Tesis Doctoral, Universitat de Girona.
- Blanca Vázquez (coord., 2004): “Abuso Sexual Infantil: evaluación de la credibilidad del testimonio, estudio de 100 casos”. España: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.
- Aldert Vrij (2005): “Criteria-Based Content Analysis: a qualitative review of the first 37 studies”. En *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 11, No. 1, 3-41.
- Alonso-Quecuty, M. L. (1993): “Interrogando a testigos, víctimas y sospechosos: La obtención de información exacta”. En M. Digos, y M. L.
- Alonso-Quecuty (eds.), *Psicología forense experimental* (pp. 85-98). Valencia: Promolibro.
- Alonso-Quecuty, M.L. (1999): “Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual”. *Papeles del Psicólogo*, 73, 36-40.

- Arce, R. y Fariña, F. (2005): "El Sistema de Evaluación Global (SEG) de la credibilidad del testimonio: Hacia una propuesta integradora". En R. Arce, F. Fariña, y M. Novo (eds.). *Psicología jurídica* (pp. 101-118). Santiago de Compostela: Consellería de Xustiza, Interior e Administración Local.
- Arce, R. y Fariña, F. (en prensa): "Evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal". En Consejo General de Poder Judicial (ed.), *Psicología del testimonio y valoración de la prueba pericial*. San Sebastián: Centro de Documentación Judicial.
- Blandon-Gitlin, I., Pezdek, K., Rogers, M. y Brodie, L. (2005): "Detecting deception in children: an experimental study of the effect of event familiarity on CBCA ratings". *Law and Human Behaviour*, 29, 187-197.
- Cantón Duarte, J., y Cortés Arboleda, R. (1999): "Malos tratos y abuso sexual infantil: causas, consecuencias e intervención", Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid.
- Ceci, S. & Hembrooke, H. (2001): "Expert witnesses in child abuse cases". American Psychological Association, USA.
- Ceci, S., Ross, D.F. & Toglia, M.P. (eds.) (1989): "Perspectives on children's testimony". New York; Springer-Verlag, USA.
- Garrido, E. y Masip, J. (2004): "La evaluación del abuso sexual infantil". En las Actas del I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red (CD-Rom). Madrid; Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
- Köhnken, G., Milne, R., Memon, A. y Bull, R. (1999): "The cognitive interview: A meta-analysis". *Psychology, Crime and Law*, 5, 3-27.
- Lamb, M.E., Sternberg, K.J., Esplin, P.W., Hershkowitz, I., Orbach, Y. y Hovav, M. (1997): "Criterion-based content Analysis: a field validation study". *Child, Abuse & Neglect*, 21, 255-264.
- Mapes, B. (1995): "Child eyewitness testimony in sexual abuse investigations". Clinical Psychology Publishing Company, Inc, USA.
- Masip, J. y Garrido, E. (2000): "La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales". *Anuario de Psicología Jurídica*, 10, 93-131.
- Masip, J. y Garrido, E. (2001): "La evaluación psicológica de la credibilidad del testimonio". En F. Jiménez (Ed.): "Evaluación psicológica forense 1: Fuentes de información, abusos sexuales, testimonio, peligrosidad y reincidencia" (p. 141-204). Salamanca: Amarú.
- Piñeiro, A. (2005): "Criterios empíricos de credibilidad y profesionales de la justicia". En R. Arce, F. Fariña y M. Novo (eds.). *Psicología jurídica* (pp. 213-221). Santiago de Compostela; Consellería de Xustiza.
- Raskin, D.C. y Esplin, P.W. (1991): "Statement Validity Assessment: interview procedures and content analysis of children's statements of sexual abuse". *Behavioural Assessment*, 13, 265-291.

- Santtila, P., Roppola, H., Runtti, M. y Niemi, P. (2000): "Assessment of child witness statements using criteria-based content analysis (CBCA): the effects of age, verbal ability, and interviewer's emotional style". *Psychology, Crime & Law*, 6, 159-179.
- Steller, M. y Köhnken, G. (1994): "Análisis de declaraciones basados en criterios". En D. C. Raskin (ed.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales* (pp. 217-245). Bilbao: Desclée de Brouwer (Orig. 1989).
- Undeutsch, U. (1967): "Beurteilung der glaubhaftigkeit von zeugenaussagen (Assesment of the credibility of witnesses statements)". En U. Undeutsch (ed.), *Handbuch der Psychologie, Vol. II: Forensische Psychologie* (pp. 26-181). Göttingen: Verlag für Psychologie.
- Vrij, A. (2000): "Detecting lies and deceit: the psychology of lying and the implications for professional practice". Chichester; John Wiley & Sons.
- Vrij, A., Edward, K., Roberts, K. P. y Bull, R. (1999, julio): "Detecting deceit via criteria based content analysis, reality monitoring and analysis of non verbal behavior". *The First Joint Meeting of the American Psychology-Law Society and the European Association of Psychology and Law*, Dublin.
- Yullie, J. (ed.) (1988). "Credibility Assesment", pp. 101-121. Dordrecht: Kluwer.
- Zaparniuk, J. Yuille, J. C. y Taylor, S. (1995): "Assessing the credibility of true and false statements". *International Journal of Law and Psychiatry*, 18, 343-352.

Validación nacional.

Publicaciones:

- Lorena Contreras y Francisco Maffioletti (2001). Artículo: "Valoración psicojurídica de credibilidad de testimonio". *PRAXIS*, Nº 4, Ediciones Universidad Diego Portales.
- Alicia Espinoza (coord.) (2003). Libro: "Peritajes médico-legales en delitos sexuales". Servicio Médico Legal.
- CAVAS (2004). Libro: "Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales: 16 años de experiencia". Policía de Investigaciones de Chile.
- Ricardo Salgado, Enrique Chía, Hernán Fernández, Javiera Navarro y Antonia Valdés (2005). Libro: "Protocolo para la evaluación psicológica pericial de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes". Publicado por el Servicio Nacional de Menores en conjunto con la Universidad Católica.
- Ana María Arón y equipo del Centro de Buen Trato Universidad Católica. Libro: "Estudio peritajes psicológicos en Abuso Sexual Infantil".

- Francisco Maffioletti y María Isabel Salinas (2005). Libro: “Manual estrategias de evaluación pericial en ASI”. Publicado por el Servicio Nacional de Menores en conjunto con la Universidad Diego Portales.
- Christian Anker (2006). Artículo: “Las pericias psicológicas y psiquiátricas y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en delitos sexuales”. Boletín Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Ministerio Público.
- “Protocolo Unidad de Maltrato y Psiquiatría Infanto-Juvenil” (2007). Servicio Médico Legal.

Investigaciones²¹³.

- Carolina Navarro (2006): “Evaluación de la Credibilidad Discursiva de Niños y Niñas y Adolescentes Víctimas de Agresiones Sexuales”. Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile. Santiago, 2006.
- María Isabel Salinas (2008): “Tesis de Doctorado en Psicología”, Universidad de Chile. Estado: proyecto de tesis aprobado.

Clarificación de los conceptos Veracidad y Credibilidad.

Antes de abordar derechamente el sistema del SVA para la valoración de la credibilidad del testimonio, consideramos necesario establecer algunas distinciones conceptuales en miras a operar con un lenguaje común.

Lo anterior se fundamenta en que algunos fallos de tribunales orales en lo penal²¹⁴ y otros destacados juristas e investigadores han elevado su crítica al sistema de evaluación de credibilidad de testimonio sin conocer mayormente sus fundamentos y metodología, extrayendo conclusiones sobre la base de premisas erróneas.

Mauricio Duce (2006, p.3), en su texto: “La Prueba Pericial y su admisibilidad a Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal”, hace un interesante análisis de la función de la prueba y del rol que les corresponde jugar a los peritos en el sistema de justicia criminal, pero al momento de referirse a la evaluación de la credibilidad de relato lo hace dentro de la advertencia del “riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces... situaciones de este tipo se producen, por ejemplo, ... cuando los razonamientos de los juzgadores acerca de la veracidad de los testigos son sustituidos por opiniones expertas sobre la misma”.

Respecto de este punto, es necesario realizar una distinción conceptual y operacional que permita aclarar que el objetivo de la pericia no es indicar si los

213 Se han excluido las investigaciones de pregrado para optar al título de Psicólogo, y las investigaciones de postgrado que a la fecha se encuentran en curso.

214 Ver por ejemplo sentencia del TOP de Rancagua del 17 de octubre de 2005. Causa RIT N° 107-2.005.

hechos han sucedido efectivamente en la realidad, lo cual sería un elemento central en la convicción requerida por el tribunal para llegar a una sentencia condenatoria, sino más bien el evaluar si el relato aportado por la víctima cumple o no con criterios preestablecidos de credibilidad. Como ya se ha dicho reiteradamente, aún cuando el perito en su conclusión pericial fuese más allá de lo que le permite su ciencia, su dictamen no es vinculante para el tribunal, formándose este “su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”²¹⁵ y no sobre lo que determinado perito concluyó, siendo este también objeto de valoración por parte del respectivo tribunal en cuanto a su idoneidad.

Para mayor abundamiento respecto del punto anterior, reproducimos extracto de la sentencia del TOP de Rancagua, la cual señala: “...sin perjuicio de las conclusiones a que arribaron los peritos, la construcción de los estándares de credibilidad debe verificarse íntegramente en el juicio, de conformidad a lo establecido en el artículo 309 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 296 y 340 del mismo Código. (...) Es el tribunal, quien por mandato imperativo de los artículos recién citados, es llamado a analizar la credibilidad o falta de ella, de las personas -sean testigos o peritos- que declaren en estrados, función que no le es posible renunciar o delegar, sin perjuicio del carácter de referencia que pudiere otorgársele a las conclusiones del peritaje, fundamentalmente en este caso, para el fiscal en la etapa de investigación, pues, los dichos de los peritos, en cuanto se refieren, a su vez, a un relato proporcionado a ellos por la presunta ofendida de un supuesto hecho ilícito, necesariamente, para ser considerados como un antecedente probatorio de peso en el juicio, deben ser corroborados por otros, o cotejados con distintos medios de prueba, producidos todos ellos en la audiencia, de manera tal, que conlleven directamente a los sentenciadores a la certeza requerida para condenar” (el subrayado es nuestro).

De acuerdo a lo anteriormente planteado, corresponde precisar que el objetivo de la evaluación pericial psicológica de la credibilidad del relato se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos. A ello se le denomina **credibilidad**, ya que apunta a la probabilidad de que los hechos hayan sucedido de la forma en que han sido relatados, en virtud de las características observadas y valoradas en el testimonio.

En definitiva, la valoración del perito estará enfocada a analizar la estructura y el contenido del relato, aunque si bien es cierto considera como *criterios de control* la concordancia con la evidencia científica obtenida en el caso particular, esta sirve de sistema de validación y contraste de las conclusiones arribadas, no buscando con ello intentar establecer la real ocurrencia del hecho o detectar la contradicción entre lo relatado y la realidad de los hechos.

215 Artículo 340 del Código Procesal Penal.

El análisis de la carpeta investigativa.²¹⁶

La evaluación psicológica/psiquiátrica forense, entendida como la actuación de los profesionales en el foro o tribunal, en el contexto de la confección de informes periciales, es el proceso a través del cual el profesional psicólogo o psiquiatra; recopila y valora antecedentes con el fin de entregar una opinión debidamente fundamentada al Juez de Garantía o al Tribunal Oral en lo Penal.

En el entendido que la evaluación forense exige, entre otros, la recopilación y valoración de los antecedentes judiciales del evaluado, así como de los datos de la investigación, es que el análisis de los antecedentes, que constan en la carpeta de investigación del fiscal, cobra especial relevancia. Su estudio ha sido un tema ampliamente debatido, mientras algunos autores plantean que su lectura previa a la evaluación puede restar objetividad a la evaluación forense, no es menos cierto que el contexto forense delimita características y requerimientos propios de éste tipo de actuaciones, diferenciándolas de este modo de otros ámbitos de acción, como el clínico, laboral o comunitario; donde lo que da origen a la evaluación es un proceso judicial.

En este orden de ideas, en el ámbito forense se considera esencial conocer todos aquellos aspectos contenidos en la carpeta de investigación del fiscal que digan relación con los hechos investigados, antecedentes del imputado así como de los diferentes actores involucrados en el proceso, existiendo consenso entre los profesionales que se dedican a la labor pericial respecto de la importancia de contar previamente a la evaluación pericial con elementos que permitan una evaluación más completa y atinente a lo investigado.

Desde esta perspectiva, nos interesa tener una relación de los hechos constitutivos de delito que se investigan, ya que aportan una primera directriz en términos de orientar la exploración forense y posibilitar la selección de una metodología, así como de las técnicas a utilizar. Asimismo, es relevante conocer el contexto en que han tenido lugar los hechos, los medios de prueba que acreditarían la ocurrencia del mismo, así como los elementos propios del tipo de ofensa.

La lectura del expediente judicial o de la carpeta fiscal es un paso necesario e imprescindible en una evaluación pericial psicológica. Es nuestra opinión que debe ser leído previamente a la realización de la pericia, siendo obligatorio cuando se cuenta sólo con una sesión. Cuando la evaluación se lleva a efecto en más sesiones, es posible que la lectura del expediente o compulsas se realice después de la primera sesión, para que ésta se realice a ciegas, vale decir con la mínima contaminación de antecedentes del proceso. Hay que aclarar que éste es un punto que tiene su propio control, toda vez que parte del trabajo y la especialización del perito consiste en dejar de lado los prejuicios y convenciones

216 Tomado de Rutte, M.P. y Maffioletti, F. (2006): "Análisis Criminológico de los Antecedentes de la Investigación en el Contexto de la Evaluación Forense". Cuadernos de Psicología Jurídica N° 3, Asociación Chilena de Psicología Jurídica, Santiago de Chile.

sociales respecto de hechos constitutivos de delito, posible personalidad del autor del mismo y circunstancias en que habitualmente ocurren, entre otros. En este sentido, el perito intenta observar la realidad del caso de la forma más objetiva, desprejuiciada, imparcial, libre de intereses y opiniones preconcebidas, incluso intentando dejar de lado la “experticia en el tema” en la medida en que ésta pueda llevarlo a confirmar las propias hipótesis de trabajo.

Por último, de acuerdo a lo planteado es posible sostener que la carpeta de investigación constituye una importante fuente de información, desde la cual los peritos pueden obtener antecedentes sociales, médicos, educacionales y psicológicos, sin perjuicio de que es necesario contemplar la naturaleza de estos antecedentes, en el sentido de **no constituir prueba**, ya que su valor probatorio será determinado por quien juzga, existiendo libertad en su valoración; es decir, no tiene un valor determinado a priori, cobrando relevancia sus características técnicas y capacidad del perito de crear convicción frente al Tribunal.

iii. El sistema de valoración del testimonio.

Análisis de validez de contenido (SVA)

En el presente apartado se realizará una descripción de la metodología del SVA: “Análisis de validez del testimonio”, argumentando el papel que éste cumple dentro de nuestro actual sistema judicial, al ser una de las técnicas más utilizadas por los organismos tendientes a evaluar credibilidad del relato en supuestas víctimas de delitos sexuales.

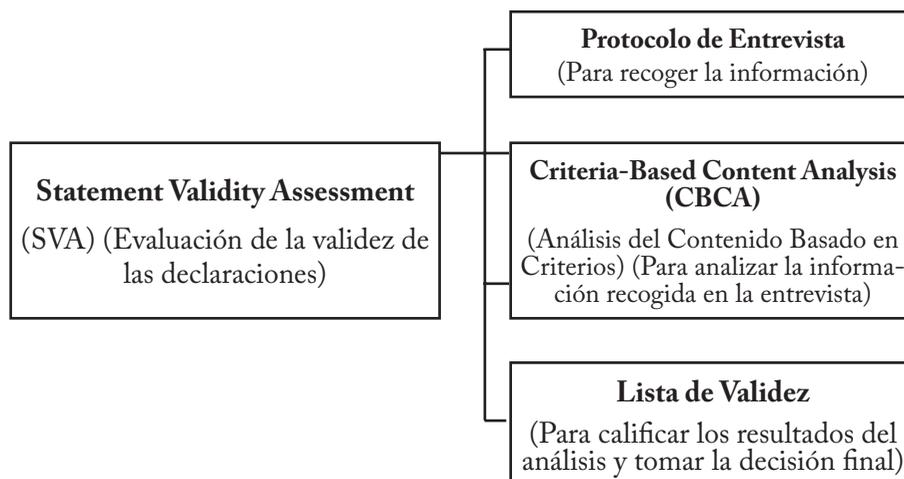
Antes de comenzar con lo propuesto, se estima necesario introducirnos en los orígenes de tal metodología. Ésta corresponde a una integración de variados estudios y sistemas de evaluación, que datan sus aportes desde mediados del siglo pasado, reconociendo como su precursor al psicólogo Alemán Udo Undeutsch, quien postula, basado en una amplia experiencia acumulada, que un testimonio que deviene de un recuerdo de experiencia real difiere en contenido y calidad de aquellos relatos basados en fantasías o invenciones, aspecto por el cual fue elaborando una serie de criterios de realidad bajo la hipótesis antes mencionada.

Juárez López (2002)²¹⁷ aclara que esta metodología, de acuerdo a Steller (1989), no se trata de un test o una escala estandarizada, sino que refiere a un método o sistema semi-estandarizado. De la misma manera, Salgado, Chía, Fernández, Navarro y Valdés (2005)²¹⁸ manifiestan que tal evaluación apunta a la credibilidad de un relato en particular y no a la credibilidad general del niño(a), así como tampoco a su capacidad de enjuiciar críticamente la realidad.

217 Juárez, J.: “La Credibilidad del Testimonio Infantil Ante Supuestos de Abuso Sexual: Indicadores Psicosociales”. Tesis para optar al grado académico de Doctor en Psicología. Universitat de Girona, España, 2002.

218 Salgado, R; Chía, E; Fernández, H; Navarro, J; y Valdés, A.: “Protocolo para la Evaluación Psicológica Pericial en Delitos Sexuales Contra Niños, Niñas y Adolescentes”. Programa de Educación para la No-Violencia, PUC, Servicio Nacional de Menores. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2005.

En cuanto a su composición, esta metodología contempla tres etapas, las cuales son: Entrevista semiestructurada, el Análisis de Contenido Basado en Criterios y la aplicación de la Lista de Validez.



De acuerdo a la revisión de la bibliografía especializada en la temática, tanto a nivel nacional como internacional, se concluye que para su aplicación se necesita de manera obligatoria la utilización de los tres componentes. A continuación, se describirán cada una de sus fases constitutivas:

La entrevista forense.

Su objetivo principal se centra en responder la pregunta psicolegal, enmarcándose dentro del ámbito jurídico. Este consiste en obtener la mayor cantidad de información posible de la situación referida al motivo de evaluación (por ejemplo: qué ocurrió; a quién señala la víctima como agresor, y si pudiesen existir otros agresores; cuándo habría ocurrido, dónde y cómo; si hubo utilización de fuerza, intimidación, amenazas, coacción o coerción; si se fue incrementando o variando el contacto sexual, entre otros). Lo anterior, sin sesgar o influir en las respuestas del niño(a) mediante preguntas sugestivas.

La entrevista forense se caracteriza por ser semiestructurada, dado que busca obtener un relato respecto del hecho investigado, produciendo en un comienzo una narración libre, que contemple la evitación de una posible interrupción por parte del entrevistador. No obstante, posterior al relato es recomendable ir realizando preguntas abiertas y focalizadas (esta última se refiere a preguntas orientadas a un aspecto concreto del relato) tendientes a indagar en mayores detalles que el niño(a) ya ha proporcionado, y en ciertos casos finalizar la entrevista con preguntas cerradas, en la medida que se hace necesario establecer alguna información que no haya sido explicitada adecuadamente o que el niño(a) haya entrado en *aparente* contradicción con algún contenido.

En este contexto, tal como plantea la Lista de Validez, mientras menos interferencias realice el entrevistador, mayor valoración va a tener el resultado final de la evaluación en su globalidad, más aún cuando la entrevista es la primera parte del proceso del SVA, y es la fase que dará la pauta al análisis de los criterios y posteriormente a la lista de validez.

Dado que no todos los niño(a)s presentan una misma capacidad narrativa, ya sea por variables tales como la edad cronológica, destrezas cognitivas, comunicativas o simplemente por determinados rasgos de personalidad en formación, así como vinculados a aspectos contextuales y de relación con el entrevistador entre otros; es preciso señalar que la obtención de un relato inicial libre y extenso puede verse dificultada. En ese sentido, es posible (y no menos frecuente) que se obtenga inicialmente un relato escueto, en cuyo caso la narración debe facilitarse a través de la realización de preguntas u otros medios (juego o dibujo) como parte de un proceso indagatorio. En este contexto cobra particular relevancia la experticia del evaluador.

Para manejar todas las variables que influyen en la construcción de un testimonio se han generado una serie de guías o protocolos de entrevistas para casos de delitos sexuales de niños. Las más conocidas son la entrevista cognitiva²¹⁹ (Fisher, R. 1994), la entrevista paso a paso²²⁰ (Yullie, J. 1993) y el protocolo de Nichd²²¹ (Lamb, M. 1998).

Como se mencionó anteriormente, el modelo de entrevista recomendable para la realización de una pericia de credibilidad del testimonio es la entrevista semiestructurada, dado que mediante esta se obtienen relatos con mayor validez y exactitud. Es importante también señalar que el éxito de la entrevista se relaciona con las habilidades y el grado de motivación de la víctima para colaborar, el tiempo que ha transcurrido desde el delito y el grado de victimización asociado al mismo; no pudiendo establecerse conclusiones categóricas en un caso particular tomando en cuenta sólo uno de estos factores.

Como principio general debemos considerar que las entrevistas en estas materias deben seguir una **secuencia** predeterminada, con pasos que no pueden saltarse. Como se ha demostrado en diversas investigaciones la **narración libre** de los hechos es la forma en que el testimonio es más exacto, con menos contaminación y, por tanto, más válido. Para lograr esta instancia comunicativa debe preceder al interrogatorio actos que principalmente sientan una base de confianza y de interacción entre el entrevistador y la víctima denominada *rapport*²²².

219 Ver Raskin (1994), capítulo 6, pp. 169-188.

220 Ver Cantón y Cortés (2000), pp. 131-132.

221 Ver Salgado et al. (2005), anexo3, pp. 105-108.

222 El *rapport* se refiere a la relación armoniosa entre el informante y el entrevistador. Significa desarrollar un sentido básico de confianza lo cual permite el flujo de información desde el informante a su interlocutor. Podría decirse que es un espacio que hay entre la indiferencia y la intimidad.

Como sugerencia, los pasos a seguir en este tipo de entrevistas se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Generación de Rapport y establecimiento de encuadre de trabajo.

Es fundamental que la víctima experimente confianza y cierto nivel de seguridad con el entrevistador, a esto se le llama *Rapport*. Esto incide directamente en la cantidad y calidad de información que vamos levantando de los hechos denunciados y evita fenómenos como la sugestión, los falsos recuerdos y la contaminación en el material evocado.

El *encuadre de trabajo* se refiere a generar ciertas circunstancias invariantes en la entrevista que garantizan que un proceso de evaluación recoja aquellos aspectos que se ha propuesto hacer. En el caso de las entrevistas en delitos sexuales es importante:

- Pedir a la víctima-niño/a tratar de diferenciar los conceptos entre verdad o mentira, y entre hechos imaginados y reales. Hay que instar al niño a decir la verdad²²³.
- Se aclara que el evaluador puede hacer varias veces la misma pregunta, y se aclara que eso no significa que uno no le cree o que no ha respondido adecuadamente. Esta consigna debe ser hecha de manera explícita.
- Decirle al niño que nos puede corregir en aquellos enunciados que vamos realizando de los hechos.
- Explicar que pueden haber preguntas difíciles y otras fáciles, y que no se espera que se recuerde de todo. Esto evita que la víctima responda aspectos inexistentes por el fenómeno de deseabilidad social, fenómeno en el cual el entrevistado contesta aquello que cree los otros esperan de él.
- Favorecer la complejidad; es decir se le pide a la víctima que trate de recordar la mayor cantidad de detalles: (por ejemplo: “*Por favor no elimines nada aunque parezca obvio o no relevante*”). Esto es potenciar datos específicos de información (por ejemplo apariencia física del agresor, nombres que se vinculan a la agresión, características del habla, etc).
- Seguidamente animar al niño a hablar de sus actividades escolares, familiares, sus amigos, hobbies o programas de televisión favoritos. Este es un buen momento para disipar la conversación con el niño y modular ciertos afectos como la alegría, la entretención, etc. Esto es conversar de temas neutros apropiados a la edad del niño.
- Mientras el niño conversa se puede solicitar que relate un determinado suceso neutro (año nuevo, fiestas patrias o cumpleaños) evaluando así su *capacidad narrativa*. Algunos de estos aspectos deberán ser resueltos posteriormente en la entrevista psicológica. Se sugiere por lo general que el niño relate dos hechos neutros. De la misma manera, se establece una *línea base*

223 Ver Protocolo NICHD 3.0 de Lamb y otros.

del funcionamiento del niño(a) en distintos ámbitos, tales como: capacidad lingüística, desarrollo cognitivo, estilo comunicacional y orientación temporo-espacial, además de posibles alteraciones del pensamiento, entre otros. El conocimiento de este nivel permitirá posteriormente contrastar la forma en que el niño(a) evoca y se refiere a eventos neutros en contraste con el evento que se pretende explorar.

- Lo ideal es vídeo-grabar la entrevista, o por lo menos registrarla en audio. Esto debe ser informado debidamente a los intervinientes y asegurarles que el registro será utilizado de manera confidencial.

2. Fase sustantiva.

La idea es que a través de la generación de Rapport se produzcan informes espontáneos sobre el abuso. Esto ha sido llamado **Narración Libre**, y ha demostrado ser la forma más exacta y válida de obtener la información.

Cuando es necesario precisar en los hechos las preguntas deben ir de las más generales a las más específicas. Las preguntas generales generalmente no cuestionan el relato pero puede generar pocos detalles; a su vez las preguntas cerradas o dirigidas pueden generar más detalles, pero existe mayor probabilidad de sugestionar el relato.

Puede ser necesario ir concentrándose poco a poco en ciertos aspectos de la situación central relatada. Esto se llama *focalización progresiva*, donde se centra la atención de la víctima en personas, sucesos y espacios que realzan o complementan el relato sustancial de la agresión. En general se puede introducir una posterior pregunta abierta, guiando la atención y memoria.

3. Clarificación.

En la clarificación se apunta a generar una organización en el desorden discursivo, a fin de resaltar o recortar los elementos significativos de este. La base de la clarificación está en la reformulación sintética del relato. La víctima aprende a observar selectivamente los acontecimientos de los hechos denunciados desde un punto de vista lógico consecuencial. Esto mejora el potencial cognitivo que existe del evento.

La forma más común de clarificar es haciendo *preguntas cerradas* directas en las que se hace referencia a conductas o acciones asociadas directamente al hecho abusivo. Son especialmente útiles cuando la narración se hace de una manera muy concreta y poco detallada, o se hace necesario aclarar ciertos puntos incoherentes o inconsistentes. Después de hacerlas se debe terminar su utilización haciendo una pregunta abierta.

Una forma más extrema de especificar detalles es a través de preguntas de respuestas sí/no. Ellas entregan una información exacta, pero pueden conducir fácilmente a error, especialmente por el fenómeno de deseabilidad social. Este tipo de preguntas deben utilizarse generalmente en la fase final y para corro-

borar la identificación del agresor y aspectos específicos de la agresión. No es recomendable utilizarlas en la fase inicial ya que son altamente sugestivas y afectan la validez del testimonio.

4. Cierre de la entrevista.

Es necesario realizar un cierre formal de la entrevista. Esto ayuda a disminuir los niveles de angustia que se pudieron haber generado durante la entrevista.

Hay que tener presente que en todo momento se debe considerar el desarrollo cognitivo del niño(a), por cuanto el solo hecho que sea capaz de relatar el evento en sí, no quiere decir que sea capaz de ubicar los sucesos en el tiempo, pues su vivencia de la temporalidad no tiene nada que ver con la de los adultos. Por lo general, los acontecimientos significativos suelen ayudar a los niños(as) a situar los sucesos en el eje temporal, como una fecha de cumpleaños o vacaciones, entre otros.

Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA).

La presente fase corresponde a la determinación de la presencia o ausencia de 19 criterios, los cuales fueron sistematizados en el año 1989 en Alemania, por Steller y Köehnken, argumentando que tales criterios podrían diferenciar narraciones producto de experiencias reales de las que no lo son. El procedimiento consiste en determinar si se constatan, y de qué modo, los 19 criterios de credibilidad en el relato.

Se sugiere que la entrevista sea grabada o registrada literalmente por escrito, por cuanto permitirá no sólo revisar de manera reiterada el testimonio en beneficio de un mejor análisis, sino que tal relato permitirá que sea sometido al análisis de un segundo perito, contribuyéndose así a una mayor objetividad y evitación de una posible revictimización en el niño(a).

Si bien hay autores (Lamers y Buffing; 1996) que consideran al análisis de Contenido (CBCA) como la parte más importante de la metodología del SVA, queremos destacar que la valoración de la presente metodología se realiza a nivel global considerando igualmente relevantes sus tres fases, encontrándose estas interrelacionadas para su posterior análisis.

Estos criterios se agrupan en cinco categorías de acuerdo a determinados aspectos. Corresponden a los siguientes, según la literatura especializada en el tema:

Características Generales.

Estructura Lógica: El objeto de este criterio se basa en examinar la coherencia contextual, consistencia lógica y la homogeneidad espacio temporal. Se determina su presencia cuando la narración entregada por el niño(a) tiene sentido global; es decir, presenta una lógica y coherencia interna, denotándose un hilo conductor a lo largo de todo el relato, siendo sus partes no contradictorias entre sí sino combinándose en una totalidad, la cual resulta comprensible al evaluador.

Elaboración no Estructurada: Este criterio se basa en cómo un relato basado en una experiencia real posee componentes desestructurados, con poca linealidad y con digresiones cronológicas, pero destacándose que pese a una desorganización aparente, los diferentes segmentos argumentales poseen una coherencia. Así, tal criterio se presenta cuando la narración se encuentra dispersa, desde el principio hasta el final, no obstante, manteniendo un eje temporal coherente.

Presencia de Detalles: De acuerdo a la literatura especializada, este criterio se cumple ante la abundancia de detalles, por cuanto los relatos basados en percepciones (estímulos externos) generalmente presentan mayor cantidad de detalles, apuntando aquello a la credibilidad de la narración, debido a que los relatos inventados difícilmente podrían manifestarse con muchos detalles. Sin embargo, un aspecto a destacar se refiere a que la presencia de determinados detalles adquiere mayor valoración que otros, especialmente los de origen sensorial (visual, auditivo y táctil, entre otros), los cuales otorgan mayor credibilidad, aun cuando no se presenten de manera abundante.

Referente a los criterios antes mencionados, Salgado, Chía, Fernández, Navarro y Valdés (2005) mencionan que la ausencia de los criterios “Estructura Lógica” y “Elaboración no Estructurada” indican falta de credibilidad y, por tanto, aconsejan no continuar con el análisis. No obstante, respecto del criterio “Elaboración Inestructurada”, la ausencia de tal criterio no adquiere la misma valoración que el primero, por cuanto si un evento se experimenta con cierta regularidad (abuso sexual crónico o sistemático²²⁴), la narración puede presentarse de manera estructurada ajustándose a lo que se menciona como memoria re-episódica. Del mismo modo, Vázquez (2004) cita un estudio de Yuille (1988), en el cual los criterios “estructura lógica” y “elaboración no estructurada” serían claves para determinar la credibilidad de la declaración.

Contenidos Específicos:

Adecuación Contextual: Este criterio se cumple cuando el evento que describe el niño(a) en su relato contiene información atinente a las coordenadas espacio-temporales en las que ocurrió el evento, de acuerdo a la capacidad cognitiva del niño(a). De esta manera, el suceso abusivo no es un evento aislado en la vida del niño(a), sino que se debe ajustar dentro de su cotidianidad en cuanto a horarios, actividades, espacios, hábitos y relaciones con su entorno, entre otros.

Descripción de Interacciones: Este criterio está presente cuando en la narración se hace referencia a las acciones y reacciones entre la víctima y el victimario, o bien con terceras personas, las cuales constituyen una cadena mutuamente dependiente que puede ser reproducida por el niño(a). Cabe mencionar que este criterio debe poseer la siguiente característica: debe darse una acción, reacción y otra reacción en respuesta a esta última.

224 Nota de los autores.

Reproducción de Conversaciones: Este criterio dice relación con la incorporación de una interacción verbal específica, en la que el niño(a) utiliza el mismo lenguaje y modo empleado por los hablantes, configurando un diálogo en el cual se expliciten los interlocutores. Lo anterior, independiente de la extensión de la misma, la cual podría estar determinada por el tipo de relación o abuso reseñado.

Complicaciones Inesperadas Durante el Incidente: Este criterio dice relación con la mención espontánea por parte de la presunta víctima, de situaciones imprevistas que complican o detienen el curso o finalización de la agresión descrita. En este sentido, en el transcurso del evento abusivo existe la posibilidad que se presenten ciertas situaciones que compliquen o detengan el curso o finalización del suceso mediante situaciones imprevistas, tales como una distracción del agresor, una llamada telefónica, entre otros. Por tanto, este criterio se cumple si en la declaración aparecen detalles relativos a situaciones imprevistas que surgieron en el momento del evento descrito.

Peculiaridades del Contenido:

Detalles Inusuales: Este criterio se refiere a la presencia de detalles poco comunes de consignar, salvo en una situación de agresión sexual, al considerársela muy por sobre la capacidad de invención del niño(a), particularmente en el caso de niños muy pequeños. Es decir, se refiere a la mención de aspectos concretos mencionados por el evaluado, ya sea en relación con el agresor, espacio físico o de la situación en sí, y que hace referencia, por ejemplo, a objetos que pueden resultar sorprendentes o extraños, aunque no irreales.

Detalles Superfluos: Este criterio se refiere a la mención de detalles recordados por el niño(a) que no forman parte del curso de los acontecimientos abusivos, o no se relacionan directamente con éste, sino que son periféricos y poco relevantes para apoyar la acusación. Lo anterior, en tanto que al mentir generalmente no se inventan detalles irrelevantes que no contribuyan a afirmar el evento, por su irrelevancia y grado de dificultad que implica para la memoria este ejercicio.

Incomprensión de Detalles Relatados con Precisión: Este criterio se refiere a la narración de detalles que por la experiencia del niño(a), o sus escasos conocimientos sexuales, no le resultan comprensibles, pero que no obstante, el adulto es capaz de entender de manera certera. Cabe destacar en este punto, la particular percepción del niño(a) en el desarrollo de la “vivencia”, además del especial énfasis que debe colocar el evaluador ante una posible motivación en el niño(a) por hacer cumplir tal criterio, adquiriendo mayor valoración en párvulos o niños(as) de edad cercana, aludiéndose a sus habilidades cognitivas para la incomprensión de tales eventos.

Asociaciones Externas Relacionadas: Corresponden a verbalizaciones en las que el niño(a) hace referencia a situaciones ajenas al evento abusivo en sí, pero vinculadas con éste; por ejemplo, conversaciones previas con el agresor que sean de connotación sexual. Cabe destacar que la asociación es externa al suceso, pero está relacionada con él por su contenido.

Alusiones al Estado Mental Subjetivo del niño(a): Este criterio dice relación con la referencia espontánea que el niño(a) efectúa respecto a sus emociones, temores o pensamientos experimentados por él o ella durante el episodio abusivo; así como los cambios experimentados de dichos estados subjetivos durante el transcurso del evento.

Atribuciones al Estado Mental del Agresor: Categoría que hace referencia a la verbalización que el niño(a) efectúa respecto de los pensamientos, sentimientos o motivos que el menor atribuye al agresor durante el episodio abusivo.

Contenidos Referentes a la Motivación:

Correcciones Espontáneas: Este criterio se refiere a las correcciones que el niño(a) realiza de manera espontánea a su relato, lo que alude a un relato flexible y que se contradice con un relato ficticio, el cual se apreciaría probablemente rígido y mecanizado, por cuanto, una persona que miente, generalmente no varía su testimonio ni siquiera para mejorarlo.

Admisión de Falta de Memoria: Este criterio se manifiesta en los segmentos del relato donde el niño(a) reconoce la incapacidad de evocar todos los aspectos que habría percibido, a través de verbalizaciones que expresan dicha dificultad. Esto es realizado libremente, en lugar de aferrarse de manera tenaz a un discurso aprendido, como suele ocurrir en relatos no basados en percepciones externas. Por tanto, si un niño(a) confiesa no recordar algún dato, apuntaría más a la credibilidad de la declaración que a otra de las hipótesis.

Plantear Dudas sobre el Propio Testimonio: Criterio que alude al planteamiento de la posibilidad de la existencia de imprecisiones sobre aspectos de su propio testimonio, constituyéndose como un índice de credibilidad, por cuanto se considera esperable que una persona que presenta un relato ficticio no vacilará acerca de lo que está queriendo afirmar.

Autodesaprobación: Este criterio se refiere a la incorporación de elementos autoincriminativos o desfavorables, siendo este un indicio de credibilidad, en tanto producto del estilo de razonamiento infantil y de la ambivalencia a la figura agresora, generalmente las víctimas de abuso sexual se refieren a sí mismas con algún grado de responsabilidad en el evento acontecido, señalando frases tales como por ejemplo: “no debí haber aceptado ir con él” o “si hubiese hecho caso a....”.

Perdón al Agresor: Este criterio se cumple cuando se presentan en la narración del niño(a), reacciones acerca de un sentido de perdón, disculpas o justificación al agresor. Este criterio se considera muy comprensible, primordialmente en la dinámica de abuso sexual intrafamiliar, en que el agresor es una figura significativa para el niño(a), pues de manera ambivalente se podría esperar preservar el vínculo a pesar de lo sucedido.

Elementos Específicos de la Ofensa:

Detalles Característicos de la Ofensa: Este criterio se refiere a la discriminación por parte del evaluador acerca de si el testimonio se corresponde y se enmarca con datos criminológicos y dinámicas psicológicas acerca de este tipo de delito

particular; o si más bien corresponde al estereotipo social que se maneja con respecto a una situación de abuso.

Análisis y valoración de los criterios de validez del procedimiento.

Si bien los autores describen la siguiente fase de análisis denominándola “*Listado de Chequeo de Validez*”, se estima más apropiada la designación de “*Análisis y valoración de los Criterios de Validez*”, dado que no se busca orientar la utilización de estos parámetros como lista dicotómica de chequeo adicional. Por tanto, tal metodología debe adecuarse a las características psíquicas del niño(a), debiendo ser aplicada por un experto en la materia, evitando así la aplicación de esta metodología como un check-list. Así, se considera que cada criterio debe ajustarse a un conjunto de requisitos y de variables influyentes considerados en los criterios de validez, para que de esta forma los resultados se presenten sobre la base de características personales del examinado, constituyéndose en una evaluación enmarcada en la valoración clínica.

Así, los puntos contemplados en la lista de chequeo corresponden a 11 aspectos diferenciados en cuatro categorías:

Características Psicológicas:

Lenguaje y Conocimientos Adecuados: Este punto se refiere a las habilidades cognitivas del niño(a), así como a su capacidad de expresión y el conocimiento que muestra en el ámbito sexual, encajándolo como esperable o no a su edad y experiencia. Destaca que para valorar adecuadamente este punto se debe considerar la evaluación previa de sus capacidades cognitivas, con el objeto de indagar si ha tenido acceso a información de naturaleza sexual.

Adecuación del Afecto: Este punto se refiere a si las expresiones emocionales durante la entrevista son las predecibles a este tipo de situaciones. Sin embargo, destaca que cada niño reacciona de forma particular de acuerdo a sus características de funcionamiento, por lo que en ocasiones las víctimas pueden presentar una alta expresividad emocional, o también podría ser esperable un estilo inhibido o disociado. Por tanto, de ahí radica la importancia de establecer la línea base de funcionamiento del entrevistado ante situaciones de su cotidianidad y la importancia de la experticia del evaluador, para poder discriminar expresiones emocionales genuinas de las simuladas.

Susceptibilidad a la Sugestión: Este punto da cuenta de la valoración que se realiza durante la entrevista respecto a si el niño(a) ha aceptado sugerencias del entrevistador o que tan susceptible puede ser ante algún tipo de influencia. No obstante, se menciona que el niño(a) al aceptar una sugestión durante la entrevista, no indica necesariamente que la alegación no sea válida, de la misma manera, si no es permeable al influjo externo no implica linealmente un relato válido.

Características de la Entrevista:

Preguntas Sugestivas o Coercitivas: Este punto se refiere a si durante la entrevista se realizaron preguntas sugestivas o que inciten o guíen al niño respecto

a las respuestas que debe o no debe dar. De ahí radica la importancia del tipo de preguntas que se realizan durante la entrevista, dando preponderancia a las preguntas abiertas que inciten al relato libre y espontáneo.

Adecuación Global de la Entrevista: Este punto se relaciona con el anterior respecto a si la entrevista ha seguido las directrices del Sistema de la Validez de las declaraciones. De la misma manera, se deben considerar las posibles hipótesis y si es que durante la entrevista no ha quedado información sin ser consultada, si se ha considerado también la capacidad testimonial del entrevistado, su estado mental, y el ambiente físico en el cual se desarrolla la entrevista.

Motivación para Informar en Falso:

Motivos para declarar: Este punto busca valorar si con la información que se tiene del caso pueda pensarse que hay razones que justifiquen una acusación legal.

Contexto de la Revelación: Este punto se considera importante, por cuanto si es el niño(a) el que revela la información a alguien de su entorno, la validez se ve reforzada, en contraste con situaciones en las que es el adulto el que revela el hecho, sobre todo si éste puede beneficiarse del evento. De la misma manera, se deben considerar variables tales como el entorno en el cual se hace la revelación, a quién se la realiza, vinculación con esta persona, si es tipo directa o indirecta, espontánea o accidental, tardía o temprana, entre otros.

Presiones para Informar en Falso: Se refiere a la valoración de una posible influencia ejercida sobre el menor para que realice la denuncia. En conjunto con lo anterior, se hace indispensable apreciar variables del contexto y de la revelación, entre otros.

Cuestiones de la Investigación:

Consistencia con las Leyes de la Naturaleza: Se refiere a si los acontecimientos descritos son realistas o contrarios a las leyes de la naturaleza, indicando este último punto la factibilidad de ser producto de una fantasía o producto de alguna alteración del pensamiento.

Consistencia con otras Declaraciones: Corresponde a la apreciación que realiza el perito acerca de la correspondencia o contradicción de las declaraciones previas, o si se contradice abiertamente en elementos relevantes con las declaraciones de otros intervinientes o testigos. Cabe resaltar que cuando un menor relata en varias ocasiones eventos que realmente ha vivido, se podría esperar que no haya una consistencia total entre declaraciones; sin embargo, se darán puntos en común en el acontecimiento central, el papel desempeñado por el ***niño(a) y el lugar de los hechos.***

Consistencia con Otras Pruebas: Este punto se refiere a lo necesario de contrastar la información obtenida en la entrevista con datos del caso (pruebas médicas, pruebas del que el presunto agresor no podía estar donde el niño dice, entre otros). De ahí la importancia del análisis del expediente como un elemento preponderante en la realización de la pericia, aspecto que da cuenta

del resultado de la contrastación de la información obtenida en el relato con otros antecedentes criminológicos y criminalísticos.

Categorías conclusivas.

En cuanto a las posibilidades de categorización de los resultados obtenidos, diversos autores proponen la asignación de rangos vinculados a puntajes obtenidos en la tabulación de los criterios del CBCA. Una de estas clasificaciones es la que hacen Alonso-Quecuty (1999) o Blanca Vázquez (2005) entre otros, quienes intentan generar tramos graduales de credibilidad en la cual se ubica una valoración particular.

Una limitación habitual para los profesionales que realizan valoraciones de credibilidad es considerar que la categoría cuantitativa obtenida según el análisis de los criterios de realidad del CBCA constituye o es equivalente a la conclusión final de la pericia, desvirtuándose con esto la metodología del SVA.

Sin perjuicio de las clasificaciones anteriormente referidas, y de los resultados específicos obtenidos en el CBCA, los participantes de la Mesa de Credibilidad, proponen para llegar a una conclusión la utilización del SVA (con sus tres elementos; es decir, entrevista semiestructurada, CBCA y listado de validez), llegando en definitiva a una **convicción pericial** que se expresa en una de las categorías aquí propuestas.

- **Creíble:** en aquellos casos en que la evaluación del testimonio cumple de manera coherente con los tres elementos del SVA; por ejemplo: un relato con suficientes criterios de realidad, según CBCA, con una entrevista realizada por un perito idóneo y con un testimonio válido.

- **No Creíble:** en aquellos casos en que la evaluación del testimonio no cumple, o lo hace de manera insuficiente, en al menos dos de los tres elementos del SVA. En este caso, cabe destacar que la cantidad insuficiente de criterios de realidad en el CBCA no es por sí mismo un indicador de no credibilidad, debiendo ser considerada en conjunto con otros elementos característicos del delito investigado y de ese niño(a) en particular (ver excepciones de la aplicación de credibilidad del relato).

- **Indeterminado:** en aquellos casos en que el testimonio no permite establecer la presencia de los criterios de realidad (no hay relato o existe un relato muy breve que no permite la aplicación del CBCA) o existiendo criterios orientadores de credibilidad en CBCA, está comprometida la validez del procedimiento. Esta categoría alude a que no es posible que el perito se pronuncie acerca de la credibilidad de acuerdo a la metodología aplicada (SVA). La conclusión pericial basada en la convicción del perito debe explicitar este aspecto.

En este sentido, la clasificación propuesta se establece sobre la base de múltiples consideraciones de tipo forense y procesal; y pretende arribar a una conclusión integradora y clarificadora -respecto de aspectos complejos evaluados en la pericia- que facilite a la tarea a aquellos encargados de administrar justicia. La propuesta entregada por los participantes de esta Mesa, invita a una mirada experta del profesional encargado de peritar al sujeto, que luego de su

pericia arriba a una convicción pericial de credibilidad o no credibilidad, o de imposibilidad de pronunciamiento acerca de credibilidad (categoría indeterminada) del hecho abusivo en investigación.

Por el contrario, las nomenclaturas que utilizan el concepto de “probabilidad” (probablemente creíble y probablemente increíble) en los autores anteriormente citados (ej.: Alonso-Quecuty, 1999), contenido en la conclusión pericial acerca de la credibilidad del testimonio, han sido materia de discusión en los tribunales, toda vez que se ha llegado a plantear que si se considera un relato como “probablemente creíble”, entonces dicha afirmación contendría en sí misma la “probabilidad de no-credibilidad”.

De hecho plantearlo en términos probabilísticos genera la posibilidad de sugerir que, por tanto, existe también algún grado de no-credibilidad. Lo anterior es relevante toda vez que ha dado lugar para sostener que al no tratarse de un “convencimiento pleno” por parte del perito, permitiría generar la duda razonable en el tribunal, la cual aún siendo leve, obligaría al juez a absolver al imputado. Por tanto, aún cuando se trate de un falso problema, y la conclusión probablemente creíble aluda a la credibilidad del relato analizado, creemos que es deseable asumir un lenguaje que no se preste a interpretaciones que se alejen de su real sentido.

Del mismo modo, las nomenclaturas que utilizan el concepto de veraz, en vez de credibilidad, exceden con mucho las posibilidades de un pronunciamiento pericial psicológico, ya que aseverar que un relato resulta veraz es sostenerlo como un referente absoluto e inequívoco de lo sucedido, lo cual se encuentra fuera del alcance de nuestra ciencia.

Lo anterior es una prueba más de lo riguroso y objetivo que pretende ser el sistema global de valoración de la credibilidad del testimonio, dando cuenta de las propias restricciones que le impone al perito los resultados de la aplicación sería y responsable de un procedimiento que posee sus propios filtros internos a la hora de la evaluación, del análisis de los resultados y de arribar a las conclusiones que de ello se derivan.

Por ello es que creemos firmemente que si bien el CBCA nos proporciona medidas objetivas y contrastables con el resto de la población, en la medida en que arroja puntuaciones sobre criterios de probado valor universal, la conclusión global del sistema de evaluación de credibilidad de testimonio debe hacerse necesariamente sobre la base de los resultados valorados a la luz del SVA.

Posibles variables influyentes en la realización de la pericia.

Cabe indicar que, en la conformación de la pericia psicológica en niño(a)s posibles víctimas de delitos sexuales, se interrelacionan variados factores, los cuales podrían influir beneficiando o limitando los resultados del proceso de evaluación, específicamente actuando sobre el testimonio por una posible contaminación de éste. Entre tales factores se mencionan primeramente la experticia del evaluador, la cual es considerada un requisito primordial, exigiendo en éste un adecuado conocimiento en áreas de psicología del testimonio, psico-

logía judicial (contemplando el área forense), psicología del desarrollo y abuso sexual infantil, entre otros.

Sin embargo, se destaca que considerando tal requisito como apropiado, se mencionan otros ajenos al evaluador y que de igual manera podrían interferir en los resultados de la pericia, entre los que se cuentan características de la develación (si es temprana o tardía), reacción negativa familiar o de su entorno cercano más influyente, número de entrevistas realizadas y características de éstas.

Referente a lo último señalado, se debe considerar que previo a la pericia es probable que el niño(a) deba prestar declaración en diversos organismos, ya sea con Carabineros, Fiscalía, posiblemente Servicio Médico Legal (en áreas distintas a la psicología/psiquiatría) así como en entrevistas a nivel familiar, que podrían mermar la motivación del niño(a) para declarar o contaminar el relato mediante preguntas sugestivas. De igual manera, y complementando lo anterior, se destaca lo señalado por Pilar de Paúl Velasco (2004), quien refiere: *“En la medida que las circunstancias lo permitan, es aconsejable que entre el momento de la entrevista y los hechos relatados transcurra el menor tiempo posible(...) cuanto mayor sea la demora, mayor será la probabilidad de que el menor haya sido entrevistado con anterioridad(...) y en consecuencia, será más posible que estos, con sus preguntas, hayan sesgado el recuerdo infantil”*.

Sin embargo, a pesar de lo antes señalado, la experticia del evaluador podría favorecer un adecuado conocimiento de tales variables y como se han interrelacionado, interfiriendo en la narración del evento denunciado, con el objeto de lograr contextualizarlas y valorarlas a la luz de esas variables.

Pericia y tratamiento psicológico.

Respecto a la discusión que se ha generado en torno a la evaluación pericial de la credibilidad del testimonio en niños víctimas que están recibiendo terapia reparatoria, es primordial destacar la importancia de ambos procesos dentro del sistema judicial. Ahora bien, la tarea que se nos propone es el abordar la interacción entre ambas condiciones durante la investigación de un delito, intentando definir los alcances, limitaciones y posibles consideraciones al intentar obtener información fidedigna durante el peritaje, sin interferir el proceso terapéutico del niño(a).

En condiciones óptimas, el peritaje debiese realizarse en fecha cercana a la develación, con el fin de no perturbar los procesos cognitivos y emocionales del niño(a). Es claro que, en general, en esas condiciones la reproducción de elementos sensoriales, fisiológicos y psicológicos se manifiestan con mayor riqueza. Sin embargo, no es menos cierto que el niño(a) que ha sido víctima de delito requiere ser contenido y apoyado en un proceso psicoterapéutico que resulte en la reparación del daño causado tan pronto como sea posible. Lo anterior, resulta particularmente relevante en nuestra realidad nacional, al existir una escasa oferta de evaluaciones periciales, que hacen que éstas se realicen varios meses después de denunciado el hecho delictivo.

En este sentido, nos referiremos a aquellos casos en los cuales se solicita la evaluación pericial en circunstancias en que el niño/a ya se encuentra en un proceso reparatorio o éste ya ha finalizado. En estos casos, la realización paralela de ambas intervenciones exige al perito el desarrollo de habilidades especiales en la comprensión de la elaboración que el niño(a) hace del suceso, o resignificación del evento y la expresión de los afectos involucrados.

Estas condiciones especiales las tomará en cuenta el perito al momento de valorar el relato y estado psicológico del evaluado. En ese sentido, hemos enfatizado que quien lleve a cabo este tipo de evaluaciones no sólo debe poseer sólidos conocimientos en psicología evolutiva (memoria, capacidades, lenguaje, etc.) sino que también debe estar atento a las especiales circunstancias en que se produce la develación de los hechos; el contexto en el que el niño(a) declara la existencia de un proceso reparatorio, todo lo cual le permitirá arribar a conclusiones objetivas e imparciales.

Por tanto, desde la perspectiva pericial, el profesional debiere considerar que los tratamientos médicos, psiquiátricos, psicológicos o similares tendientes a favorecer la recuperación del niño(a) son condiciones a valorar en la metodología empleada.

Si bien la evaluación psicológica puede estimarse por sí misma como terapéutica, en el ámbito forense, a diferencia del ámbito clínico, el sentido de la evaluación es dar respuesta a la demanda psicolegal. De este modo cabe destacar que, dado el elevado estándar de cuidado y consideración por el discurso del niño(a) en la evaluación pericial de credibilidad del testimonio, las intervenciones profesionales no deben ser invasivas o coercitivas, con el fin de preservar la calidad de la información que se recaba, resguardando la elaboración natural que el niño(a) logra de lo experimentado en su proceso terapéutico. Si el niño(a) no quiere, o no puede, proporcionar un relato acerca de lo vivenciado, no debe forzarse dicho relato, aún cuando fuese de forma indirecta o no amenazante.

A fin de mantener la objetividad requerida, es recomendable que los profesionales que tengan a cargo la evaluación pericial no sean los mismos que lleven a cabo la reparación, y que cada equipo evalúe y trabaje con los elementos vivenciales aportados por el niño(a) teniendo en consideración el proceso que se está llevando a cabo por otros profesionales.

Finalmente, estimamos que ambos procesos, terapia y pericia, pueden desarrollarse paralelamente, coexistiendo en la medida en que dichas intervenciones sean realizadas por profesionales cabalmente capacitados en delitos sexuales, quienes orientarán su trabajo respetando la integridad psicológica del niño(a) y sus derechos en el marco legal vigente.

Excepciones en la evaluación de la credibilidad.

Al plantearse la tarea de realizar una evaluación de credibilidad del testimonio en niño/as que develan una agresión sexual, es central clarificar si esta evaluación será realizable de acuerdo a la metodología del SVA, aplicando tanto

el CBCA como el Listado de Validez o, si por el contrario, dadas las características del niño/a peritado y los antecedentes recopilados -antes y durante la evaluación pericial-, se requerirá o no del apoyo de otras técnicas, como por ejemplo, las pruebas psicológicas.

Las excepciones a una evaluación de Credibilidad del Testimonio están referidas básicamente a alteraciones o deficiencias que afectan la capacidad narrativa del niño/a peritado. Estas deficiencias podrían perjudicar el discurso de los hechos en investigación y pueden llegar a invalidar la aplicación del CBCA y, en algunos casos, incluso la aplicación del Listado de Validez.

Las excepciones a la evaluación de credibilidad son las siguientes:

1.- Limitaciones cognitivas y simbólicas: Se refiere a las dificultades del peritado para organizar la experiencia como una vivencia emocional-relacional que proviene de la realidad, dándole un sentido que le permita elaborar un discurso o narrativa coherente en términos de tiempo, espacio y contenido. Este discurso referente a una experiencia no es posible cuando, por ejemplo, las funciones cognitivas de organización perceptiva (análisis y síntesis) y de organización témporo-espacial están deficitarias por factores madurativos o traumáticos. En este punto se incluyen también las alteraciones del juicio de realidad permanentes y los trastornos del espectro autista.

Cabe señalar que una deficiencia cognitiva per sé (rendimientos intelectuales que se encuentren bajo la norma) no impide la aplicación del SVA, pues niño(a)s con retardo mental (leves e incluso moderados) entregan un relato coherente que es posible analizar pericialmente.

2.- Limitaciones del lenguaje: Pueden ser tanto comprensivas como expresivas. En las expresivas nos referimos a trastornos del lenguaje fonológicos, sintácticos, pragmáticos y semánticos que interfieren de **manera significativa** la expresión de un testimonio coherente para el evaluador, llegando incluso a ser ininteligible.

3.- Alteraciones de la memoria: pueden ser de origen orgánicas, evolutivas, psicológicas u otras. En este punto nos referimos tanto a aquellos niño(a)s que por su corta edad, como los menores de tres años de edad, no han consolidado aún su memoria episódica y a largo plazo (Cantón y Cortés, 2000) como a los que sufren de una alteración orgánica de origen congénito o por agente externo que afecta su capacidad de retención, fijación y evocación de las experiencias. En el primer caso, en niño(a)s preescolares, es de suma importancia una evaluación inmediata -idealmente, una a tres semanas de la ocurrencia de los hechos en investigación (ob cit)-, dado que este resguardo permite recoger la información detallada antes del olvido y evitar el llamado "*efecto misleading*"²²⁵.

En los casos de las limitaciones de memoria de origen psicógeno, los mecanismos disociativos pueden impedir -ocasionalmente- la entrega de un rela-

225 Para mayor abundamiento sobre el punto revisar Juárez López (pp. 119-120, 2002).

to nítido y con detalles. Estos mecanismos de defensa actúan protegiendo al niño(a) de recuerdos dolorosos y/o tristes (Cantón y Cortés, 2000). Por otro lado, es posible que el olvido se refiera a detalles innecesarios (para el niño(a) recordando sólo aquellos que necesita recordar.

4.- Alteraciones significativas del nivel de conciencia al momento de ocurrir los hechos: se refiere a las alteraciones del estado conciencia que pudiesen haber afectado la percepción de los hechos vivenciados. Por ejemplo, estar bajo los efectos del alcohol u otras sustancias o bien haber sufrido un Traumatismo Encéfalo Craneano (TEC) con algún grado de pérdida de conciencia.

5.- Ausencia de relato de abuso sexual: Al margen de las situaciones en que no ha existido el abuso que se denuncia (falsa acusación), y salvaguardando las situaciones anteriores, es posible reconocer aspectos motivacionales para no dar un relato, que se podrían asociar al síndrome de acomodación (Summit, 1983). En estos casos, no existiría relato o testimonio susceptible de ser analizado con el sistema del SVA.

6.- Falta de relato espontáneo: se refiere a aquellos casos en que el niño(a) carece de conciencia de daño o vulneración, lo que podría impedir la aplicación del CBCA, en tanto no existe un discurso o testimonio espontáneo del peritado respecto a una situación de vulneración. En este sentido, la toma de conciencia social-familiar de la existencia de un delito y la inducción familiar-institucional pueden jugar un papel importante en la develación de un hecho que posteriormente sea consignado por el niño(a)/a como equívoco, “malo” o dañino. Lo anterior, sin embargo, debe considerar la posibilidad de que pierda credibilidad en el testimonio por la sugestión de terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ocasiones, en que aún no existiendo conciencia de daño, el niño(a)/a puede verbalizar la experiencia bastando con haberla distinguido nítidamente como tal (una gestalt completa) aunque le haya otorgado el valor de un juego o de una experiencia de afecto.

7.- Narrativa breve en contexto de episodio único extrafamiliar: este aspecto tiene relación con las características de la agresión sexual, en donde el supuesto hecho es fenomenológicamente limitado en tiempo y acción. De este modo, el testimonio del niño(a) -por las características intrínsecas del hecho en sí- configura un relato que “potencialmente” no puede entregar criterios suficientes de realidad para ser categorizado como “creíble”, no porque no logre expresar con detalle y riqueza su contenido, sino porque estos elementos no existen. Por ejemplo, en el siguiente relato: “Un hombre pasó por la calle en la tarde cuando iba donde mi abuelita y me pasó la mano por atrás y después salió corriendo...”. La aplicación de los criterios del CBCA habitualmente ubica el testimonio del niño(a)/a en la categoría de “no creíble” o “probablemente creíble”, no dando cuenta realmente del fenómeno que se está investigando. En narrativas no tan breves, que son de episodio único y extrafamiliar, se sugiere la aplicación de la puntuación dicotómica; esta es, aquella que evalúa la presencia del criterio, pero no su frecuencia.

iv. El diagnóstico evolutivo del desarrollo de la personalidad en evaluaciones de credibilidad.

La psicología del testimonio.

El testimonio sobre un hecho relevante en una investigación va a estar determinado por las peculiares características de quien lo proporciona. Nos hemos propuesto hacer sucintamente consideraciones sobre las características de personalidad del evaluado y su posible influencia en su testimonio.

El testimonio es uno de los medios de prueba más relevantes en las investigaciones de tipo penal, adquiriendo un mayor valor en la medida en que se encuentren ausentes otros medios de prueba o evidencias. Es a través de éste que se puede acceder de manera directa a lo más importante: *el relato de los hechos que se investigan*.

En este sentido, es el sujeto periciado quien finalmente percibe y relata; de esta manera, el testimonio se ha considerado como un medio probatorio muy importante, en la medida que tiene como núcleo central al sujeto.

Para la adecuada evaluación de la credibilidad, deben considerarse algunas variables del desarrollo de personalidad dentro de la valoración de validez del testimonio. La evaluación de personalidad debe ceñirse a parámetros clínicos, y puede o no complementarse con algunas pruebas psicométricas y/o proyectivas. Tal evaluación debe realizarse libre de todo tipo de prejuicios e ideas preconcebidas, tales como: el sujeto inteligente siempre es más creíble, los hombres son más precisos en sus relatos y se interfieren menos por los afectos, los mayores se encuentran más calificados para dar un relato creíble, etc.

La investigación contemporánea en torno a la detección de la mentira parte del supuesto de que quien vierte un relato falso tiene éxito sólo porque nadie dedica el tiempo y el esfuerzo suficiente para descubrirlo. Así, hablar de la mentira es hablar de dos actores: la persona que miente y la persona encargada de descubrirla.

Así, los trabajos en este campo se agrupan en dos grandes categorías según si refieren al sujeto emisor del mensaje falso o al receptor del mismo, que deberá decidir si éste lo es o no. En el primero de los casos, se alude a las claves del engaño (fisiológicas, comportamentales, entre otras) que pueden estar presentes en la persona que miente. En el segundo, se atiende a los problemas de la detección, tales como los falsos positivos y/o falsos negativos, errores por idiosincrasia, error de Otelo²²⁶, entre otros. Un perito suficientemente capacitado

226 “El error de Otelo toma su nombre de la tragedia de Shakespeare. Otelo acusa injustamente a su esposa Desdémona de adulterio. El miedo de Desdémona a no ser creída por Otelo la lleva a un arrebato emocional que el celoso Otelo identifica erróneamente con el comportamiento de una persona que miente. La confusión de Otelo le lleva a estrangular a Desdémona para, minutos más tarde, conocer su inocencia. Se comete un error de Otelo al considerar que una persona está mintiendo, cuando realmente está diciendo la verdad, sólo porque su comportamiento es muy alterado: identificando estrés con culpabilidad.” (Alonso-Quecuty, Campos, Hernández; 2000).

podrá evitar estos errores siguiendo la metodología de análisis de credibilidad y validez del testimonio. Por último, cabe incluir un tercer factor importante: las características propias de una declaración creíble, que la diferencian de una engañosa.

El procedimiento de análisis del testimonio sustentado en la hipótesis de Un-deutsch considera dos materias igualmente importantes: la entrevista y el análisis de la declaración obtenida en el marco de una evaluación forense.

Desarrollos posteriores han resaltado la relevancia de la evaluación psicológica en la entrevista forense del sujeto que proporciona un testimonio, basándose ésta en aspectos tales como:

- (a) El análisis de las características de la declaración;
- (b) El análisis de las características individuales del testigo (desarrollo de la personalidad);
- (c) Los posibles motivos del testigo para hacer una develación y/o denuncia,
- (d) La sugestibilidad del sujeto periciado.

El análisis de las características individuales y de los motivos del testigo permite al perito psicólogo o psiquiatra hacer una evaluación global de la persona, que incluye los atributos emocionales e intelectuales generales del testigo, para lo cual pueden apoyarse en la información proporcionada por los instrumentos psicométricos y/o proyectivos.

Respecto de este punto, antiguamente las evaluaciones se orientaban a determinar la “honradez general”, considerándola como un constructo que aportaba información respecto de la personalidad del testigo, pudiendo inferirse, desde las características psicológicas, la credibilidad del sujeto en un determinado caso.

En oposición a este enfoque, el análisis de las declaraciones pretende evaluar la credibilidad de un testimonio concreto, específico. Esto, dado que una persona habitualmente honesta puede tener motivos para engañar en un caso particular y una persona que usualmente engaña puede también ser sincera respecto a un tema determinado. Por tanto, en la evaluación pericial lo que interesa no es la credibilidad general de la persona, sino la credibilidad de la declaración en el caso concreto investigado.

En este sentido, el análisis de credibilidad de una declaración se realiza según criterios aplicados al contenido, los llamados criterios de realidad. El análisis de la calidad de una declaración mediante criterios de realidad se hace en función de la personalidad y las habilidades cognitivas y verbales del individuo. Por tanto, complementando el análisis de la declaración del sujeto periciado, se incluye la valoración del desarrollo de su personalidad (características particulares del emisor) como un elemento a considerar en el de abordaje de la validez de su relato.

Alonso Quecuty (1997) plantea que el examen psicológico de la declaración de un testigo y/o víctima, debe incluir:

- Las condiciones físicas del testigo;
- Sus condiciones psicológicas (las generales y las propias del momento de la percepción);
- Sus (características²²⁷) de personalidad;
- Su moralidad (antecedentes, condiciones sociales, educación)
- Contenido del testimonio: forma de respuestas, estado de ánimo, uniformidad, precisión, lenguaje utilizado.

Respecto de lo anterior, la importancia de evaluar a la persona en su totalidad y, en especial, su funcionamiento psicológico, radica en que su modo particular de ver el mundo será importante a la hora de comprender la forma en que habría apreciado y significado los hechos de los que da cuenta a través de sus dichos.

Undeutsch (1989) plantea que para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

A los *aspectos cognitivos* de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).

Al *componente motivacional* que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

Ambos aspectos informan y justifican el por qué resulta pertinente el considerar aspectos del desarrollo de la personalidad de quienes relatan un hecho determinado, en el sentido que rescatan elementos propios del sujeto que se ponen en juego a la hora de emitir una declaración.

En la valoración de los aspectos cognitivos de la persona -asociados a la precisión y la exactitud con la que son vertidos los relatos- surge la necesidad de considerar la existencia de psicopatología que por su cualidad, inhabilite o dificulte al sujeto de emitir una declaración ajustada a la realidad y al consenso. La inhabilitación desde un punto de vista psicológico estaría dada por una alteración del juicio de realidad (enmarcado dentro de un espectro psicopatológico definido por las clasificaciones internacionales de enfermedades mentales).

227 Agregado por los autores del presente documento.

¿ES LA VÍCTIMA UN “OBJETO PERICIALE” A LA LUZ DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL?

Francisco Soto Donoso²²⁸

Al momento de implementarse el actual proceso penal en Chile nunca se presagió la relevancia que tendría, en el marco de las investigaciones por delitos sexuales en contra de menores de edad, la norma contenida en el artículo 320 del Código Procesal Penal. En efecto, al revisar la escasa literatura producida al respecto casi no hay referencias interpretativas que asienten su sentido y alcance. El quehacer investigativo y judicial, sin embargo, ha ido develando su importancia práctica y, particularmente, los problemas de victimización secundaria derivados de una interpretación surgida de un sector de la jurisprudencia que a nuestro juicio no se condice, ni gramatical ni sistemáticamente, con el genuino contenido de la institución regulada en su texto.

La norma señalada, albergada en el Párrafo 6° del Código Procesal Penal, relativo al informe de peritos, luego del tratamiento que se hace, en general, de la procedencia del mismo, su contenido y admisibilidad; señala bajo el epígrafe “Instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos” lo siguiente: *“Durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta”*. Concretamente, la defensa de los imputados por delitos sexuales cometidos contra menores de edad ha recurrido a esta institución cuando, enfrentada a la realización de pericias de daño o credibilidad sobre la víctima por parte del Ministerio Público, pretende confrontarlas con informes realizados por peritos propios, para lo cual se solicita directamente al juez de garantía que se dicten instrucciones en orden a que aquellos puedan acceder a entrevistarla con ese objetivo.

Ahora bien, el fuego discursivo cruzado que se ha verificado en estrados, particularmente en los Juzgados de Garantía, ha dado cuenta de una serie de argumentos lingüísticos, sistemáticos y de principios que han servido a ambos bandos para sustentar sus respectivas tesis. Sin embargo, no se ha logrado todavía una mirada global que involucre y concatene todos los aspectos mencionados, lográndose imponer en algunos tribunales la posición de no admisibilidad de la aplicación del artículo 320 en los casos de víctimas de delitos sexuales, sosteniéndose en otros la posición absolutamente contraria. El punto es que en uno y otro caso se han esgrimido argumentos que, por un lado, van en la línea de defender ciertos principios consagrados en la propia Constitución Política

228 Abogado Asesor, Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

(integridad física y psíquica de la persona, por parte de la víctima; derecho a defensa, por parte del imputado), y, por otro, se afirman en la literalidad del propio artículo 320 (interpretación restrictiva de su texto, en el caso del fiscal; interpretación extensiva que desborda sus márgenes, en el caso de la defensa).

Partiendo de la regla de interpretación más básica que contempla nuestro ordenamiento jurídico, que rescata el valor del tenor literal de la norma, de la sola lectura del artículo 320 se desprendería que el ámbito en que los demás intervinientes distintos al fiscal pueden solicitar la dictación de instrucciones para poder acceder a los elementos periciables sólo estaría restringido al de los *objetos, documentos o lugares*, quedando claramente excluida la persona. En este plano hermenéutico, la defensa ha pretendido incluirla en la expresión para *cualquier otro fin pertinente*, señalando que con esa expresión genérica la ley pretendió abarcar a todos aquellos *objetos periciables* no enumerados anteriormente, incluyéndose, por cierto, la persona de la víctima. Desde ya, y sin el ánimo de sortear una visión argumentativa más global e integradora, podemos decir que esta antojadiza lectura de la norma ni siquiera respeta reglas gramaticales básicas, pues al referirse la ley a otros fines pertinentes no puede sino hacer una alusión distintiva del verbo *examinar*, entendido éste como el fin primario y general de la actividad pericial. Pues bien, el artículo 320 permite a los demás intervinientes, previa intervención del juez de garantía, acceder a objetos, documentos o lugares que hayan sido periciados por el fiscal, para examinarlos o bien para la realización de otras actividades distintas a ese *examen*, estableciéndose sólo como límite que aquellas sean pertinentes; esto es, que estén vinculadas a los fines propios de la investigación. Por lo tanto, no puede vincularse lógicamente este otro *fin pertinente* con los sustantivos señalados en la norma, puesto que propiamente se relaciona con la práctica de alguna otra actividad realizable en los objetos periciables asentados en ella.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es imposible agotar esta discusión en los aspectos lingüísticos y de interpretación gramatical de la norma. Como ya ha sido constatado en la discusión en estrado, la problemática detrás de este asunto supone la colisión de los principios a los que ya hicimos mención y que se concretan en ciertas garantías de las cuales son titulares tanto la víctima como el imputado. Podemos hacer el ejercicio de indagar en un plano más bien abstracto, desconectado de la sistemática de las normas procesales, cuál es el principio que prima en este choque. Pero también podemos ciertamente conectar el discurso de los principios y garantías con lo preceptuado en el propio artículo 320. Es esto último precisamente lo que han realizado las Cortes de Apelaciones que se han pronunciado respecto de recursos de protección presentados tanto a favor de la víctima como del imputado persiguiendo, a la luz de las garantías constitucionales correspondientes, revertir las decisiones concernientes a la aplicación del artículo 320. En efecto, la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 4 de diciembre de 2003, causa Rol N° 16.763-2003, sostiene lo siguiente: “*Se quiere demostrar que los dichos de los menores no son coincidentes ni veraces, mediante exámenes que indudablemente importan someterlos a pruebas a interrogatorios cuyos resultados se contrastarían con*

la prueba que, eventualmente, rendiría la fiscalía. Surge así la interrogante privilegiar? (sic) Si el derecho a la defensa como lo sostiene la juez recurrida o el respeto y las consideraciones que merecen niños que habrían sido víctimas de abusos que indudablemente han provocado trastornos que la diligencia solicitada agudizaría o, al menos, contribuiría a prolongar en el tiempo. Es indudable que la respuesta no puede ser sino que el bienestar de los menores tiene mucha mayor relevancia que una estrategia de defensa que por otros medios se puede lograr. Por otra parte, se sostuvo que la pericia ordenada la autoriza el artículo 320 del Código Procesal Penal, y ello no es así. El texto literal se refiere al examen de los objetos, documentos o lugares, carácter que ciertamente los menores no tienen, como la propia juez recurrida la reconoce, por lo que mal pudo fundarse su resolución en esta norma. Alude la misma juez a la libertad de prueba, pero en nada se afecta tal derecho porque no se autorice una diligencia legalmente impropia. Tampoco el argumento de que igualmente se producirá la revictimización de los niños resulta suficiente para justificar la medida adoptada, máxime cuando, como se dijo, carece de sustento en la ley. En todo caso, siempre será necesario que el tribunal la evite en cuanto ello sea posible.”

Otro tanto ocurre con la Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 16 de junio de 2004, causa Rol N° 2985-2004, al señalar lo siguiente: *“La resolución recurrida no sólo carece de fundamento legal sino que desconoce, el que la dictó, las normas que le impiden ordenar la práctica de la diligencia decretada, o sea, adolece de una especie de ilegalidad, que traerá como consecuencia que se perturbe la integridad emocional de la menor, más aún si ya fue sometida al mismo examen con anterioridad, la que se encuentra garantizada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, lo que conduce a dar lugar a la protección pedida”.*

En fin, a favor de las garantías del imputado y rechazando la argumentación en torno a que la realización de nuevas pericias de credibilidad en la víctima no suponen un menoscabo de su integridad, se pronunció la Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 20 de septiembre de 2005, causa Rol N° 5052-2005, aduciendo lo siguiente: *“8°) Que, en principio, someter a los menores a un examen psicológico de veracidad, no puede considerarse como un acto que los menoscabe; la circunstancia de haber sido evaluados con anterioridad, reiteradamente, por el ente persecutor y por organismos de apoyo, no es causal para impedir, per se, que la defensa del imputado pueda requerir un peritaje con idéntico propósito, pues lo contrario importaría romper el principio de objetividad que constituye uno de los fundamentos del debido proceso. 9°) Que, con todo, es indudable que en el ejercicio de dicho trámite debe velarse por el interés superior de los niños, por lo que debe efectuarse bajo las condiciones profesionales y materiales que así lo aseguren y que el juez debe orientar. 10°) Que, dentro de la óptima (sic) antes referida, no es un desatino sustentarse en el artículo 320 del Código Procesal Penal, porque él permite al juez dar instrucciones para el trabajo de los peritos, no sólo para examinar objetos, documentos o lugares sino también para cualquier otro fin pertinente. Por otra parte, no se han allegado a estos autos datos ciertos que permitan demostrar que la diligencia no se cumplió por negligencia o por un hecho imputable a la parte solicitante”.*

En la jurisprudencia citada se demuestra, sin embargo, que la solución centrada en el análisis del artículo 320 en función de los principios y garantías establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile deja abierta la posibilidad de construir argumentos con la misma materia prima pero dirigidos a sostener la tesis opuesta: que la norma señalada es aplicable también a la víctima, porque de no ser así se vulneraría el debido proceso y, particularmente, el derecho del imputado de tener una defensa técnica efectiva.

Es aquí en donde el asunto se torna circular y sin salida. Se hace indispensable, entonces, encontrar un punto de argumentación jurídica que evite este paralelismo y que replantee la discusión. En este sentido, creemos que hay un salto lógico en todas las argumentaciones precedentes y que consiste en no abordar el tópico de los principios y garantías desde una perspectiva sistemática. Lo que no se aborda en ellas es el hecho que el sistema normativo que conforma nuestro Código Procesal Penal ha tomado partido por ciertos principios al establecer y regular sus instituciones, salvaguardando no obstante, aquellos otros que entran en colisión al consagrar paralelamente instituciones de igual importancia. En otras palabras, y en referencia a lo que nos atañe, la forma en que se configuró el mecanismo del artículo 320 supuso el respeto de ciertas garantías, de lo que no puede deducirse sin más que la garantía que aparece como su contrapunto haya quedado sin protección, pues el propio ordenamiento se encarga de establecer otras instituciones encargadas de hacerla valer.

En efecto, de acuerdo a la conformación del sistema creemos que la garantía relativa a la integridad física y psíquica de la víctima es la que debe primar a la hora de establecer el sentido y alcance del artículo 320. Bajo estos parámetros cobra importancia el hecho de que no se haga referencia alguna a la persona en ese precepto, pues el tratamiento que el legislador hace de este mecanismo extraordinario implicó una limitación en cuanto a los *objetos periciables* que pueden ser examinados por los demás intervinientes del proceso con la venia del juez de garantía. No se trata, claro está, de negar la posibilidad general de que se puedan realizar pericias en la persona de la víctima. El propio legislador procesal penal, en todo el articulado del Código, autoriza la realización de pericias tanto en el imputado como en la víctima. Así, el artículo 197 del Código Procesal Penal señala que *“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”*, norma que se ve refrendada en el mismo sentido con una regulación más pormenorizada en relación con los exámenes médicos y pruebas relacionados con la comisión de delitos sexuales y que se encuentra consagrada en el artículo 198. Incluso el legislador permite recurrir al juez de garantía en caso de negativa, siempre que se verifique que no se produce con la realización de la pericia *“un menoscabo para la salud o dignidad del interesado”*. El artículo 315, por su parte, al regular el contenido del informe de peritos, señala, entre otros requisitos, que éste debe contener *“la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare”*.

Entonces, ¿por qué nuestro legislador excluyó del artículo 320 a la persona, siendo que es, en general, un *objeto periciable*? La respuesta a esta interrogante está precisamente en la articulación de este precepto con otros del Código Procesal Penal en función de los principios y garantías involucrados. Si analizamos con detención el sistema de reglas relativo a la realización de pericias en personas, regulado en dicho cuerpo normativo, no tardaremos en darnos cuenta que para la ley es importante que tanto la víctima como el imputado puedan estar disponibles para la obtención de elementos susceptibles de ser periciados (fluidos, sangre, etc.), cuestión que, por cierto, es extensible, aunque no se señala expresamente, a los exámenes psicológicos o psiquiátricos. El propio legislador, eso sí, pone una cortapisa explícita importante, la que se supone de toda lógica en un Estado Democrático de Derecho, en que la persecución penal no es absoluta. Aquella limitación no podía ser otra que la salud y la dignidad de la persona, y no contenta con ello, la ley encarga al juez de garantía verificar si se cumple con este presupuesto a la hora de pronunciarse respecto de la procedencia del examen ante la negativa de la víctima o del imputado. Ahora, sin perjuicio de este régimen general, aplicable a las pericias encargadas por el Ministerio Público, cuando existe la pretensión por parte de los demás intervinientes del proceso de realizar actividad pericial en él, el propio Código regula esa posibilidad a través del artículo 320, pero deja expresamente fuera a la persona, poniendo un contrapunto con el régimen general. Y lo hace precisamente porque el legislador entiende que habría un menoscabo de la persona o una victimización innecesaria si se permitiese que los demás intervinientes pudieran acceder a periciarla, cuestión a la que ya hizo mención la ley respecto de las pericias realizadas directamente por el Ministerio Público, pero consagrándolo como una limitación que deberá ponderar el juez de garantía. En el caso del artículo 320, en cambio, el tema no admite ponderación. Si se lee bien, la intervención del juez de garantía en dicha regla queda reducida a una mera dictación de instrucciones para que los demás intervinientes puedan acceder a los objetos o lugares, pero no regula una autorización al tenor de la establecida en el inciso final del artículo 197. Por lo tanto, si entendiéramos que el artículo 320 también abarca a las personas se daría el siguiente absurdo: si el Ministerio Público, con sus facultades investigativas, pretende realizar una pericia en la víctima y ésta se niega, debe pedir una autorización judicial con el riesgo de que ésta sea denegada, en circunstancias que los demás intervinientes, para la realización de sus propias pericias, tienen el camino pavimentado hasta la víctima, quedando sólo pendiente la dictación de algunas instrucciones por parte del juez de garantía para que los peritos correspondientes puedan acceder a ella, no importando siquiera su voluntad para la realización de la diligencia. Esta interpretación del sistema no es admisible a la luz de los principios que gobiernan el proceso penal en Chile. Por todo ello resulta claro que, desde una perspectiva sistemática, el artículo 320 no puede ser extendido a la persona por cuanto se optó en esa institución por su dignidad e integridad, en desmedro del derecho de defensa del imputado.

Mirando el tema desde otro punto de vista, pero en la línea de reforzamiento de lo ya sostenido, la voluntad de la víctima para la realización de la pericia es un tema insoslayable. Esto cobra particular relevancia en el caso de las pericias de credibilidad y daño, las que han sido el principal punto de discordia en esta temática. Teóricamente, de acuerdo a lo preceptuado en el ya citado inciso final del artículo 197, mediando autorización del juez de garantía, la víctima podría ser compelida a la realización de exámenes corporales. Sin embargo, considerando el estatus que tiene la víctima en el actual proceso penal y el deber de protección de ella que pesa sobre el Ministerio Público, consagrado en el artículo 6° del Código Procesal Penal, sería al menos dudosa la utilización por parte del fiscal de esa institución, máxime si la propia ley señala los límites vinculados a su integridad psíquica. El punto es que si extremamos la situación y entendemos procedente la vía del inciso final del artículo 197 para la realización de pericias psicológicas o psiquiátricas, no sólo emerge el problema del menoscabo que se produciría en la víctima, sino que en los hechos el forzamiento sería absolutamente inútil, por cuanto la realización de aquel tipo de pericias supone la obtención de un relato por parte de ella, lo que sería inconcebible en un contexto de utilización de fuerza para cumplir con el mandato judicial. A mayor abundamiento, en un plano estrictamente metodológico, el forzar a una persona a participar compulsivamente en la realización de una pericia psicológica o psiquiátrica socava la propia *lex artis* de la disciplina correspondiente y, por cierto, incide negativamente en los resultados de dicha actividad.²²⁹ Estas razones de fondo son aplicables plenamente a la labor pericial que lleva a cabo el Ministerio Público, por lo que metodológicamente un fiscal no podría someter a una víctima a la realización de una pericia no deseada por ella. Bajo este mismo prisma, ¿pueden los demás intervinientes, entonces, solicitar *autorización* para acceder a la víctima y, con sus peritos, entrevistarla y realizar el informe pericial respectivo? Nosotros creemos que esta posibilidad está vedada en la legislación chilena; pero en el peor de los casos,

229 A este respecto elocuente resulta lo señalado por el Código Deontológico del Psicólogo de España, el cual, si bien no tiene aplicación formal en el contexto pericial chileno, sí es una guía autorizada que fija los parámetros éticos y metodológicos en la entrevista de personas y en la realización de pericias: “Artículo 25° Al hacerse cargo de una intervención sobre personas, grupos, instituciones o comunidades, el/la Psicólogo/a ofrecerá la información adecuada sobre las características esenciales de la relación establecida, los problemas que está abordando, los objetivos que se propone y el método utilizado. En caso de menores de edad o legalmente incapacitados, se hará saber a sus padres o tutores. En cualquier caso, se evitará la manipulación de las personas y se tenderá hacia el logro de su desarrollo y autonomía. (...) Artículo 27° Por ninguna razón se restringirá la libertad de abandonar la intervención y acudir a otro psicólogo o profesional; antes bien, se favorecerá al máximo la capacidad de decisión bien informada del cliente. El/la Psicólogo/a puede negarse a simultanear su intervención con otra diferente realizada por otro profesional. (...) Artículo 47° Para la presencia, manifiesta o reservada de terceras personas, innecesarias para el acto profesional, tales como alumnos en prácticas o profesionales en formación, se requiere el previo consentimiento del cliente”.

si se logra obtener dicha *autorización*, por las razones ya expresadas ella sería absolutamente inocua.²³⁰

A la luz de lo señalado anteriormente se podría sostener que, en contraste, las garantías vinculadas a la defensa técnica y la igualdad de armas quedarían reducidas al mínimo, al punto de desaparecer. Sin embargo, tal como lo adelantamos, al revisar el sistema nos encontramos con una serie de normas que apuntan a garantizar que la defensa del imputado se desarrolle de la forma más acorde al principio de igualdad de armas. Por cierto, la defensa tiene la posibilidad de acceder a la investigación y de contradecir la prueba presentada por el Ministerio Público en el juicio oral. Además, al tenor del artículo 184 del Código Procesal Penal puede solicitar al fiscal presenciarse la pericia que se realiza a la víctima, solicitud que resolverá el fiscal atendiendo, por cierto, a la voluntad de la víctima o de sus representantes y los efectos nocivos que pudieren producirse. Ahora, si bien existe en el sistema un cierto equilibrio en el respeto de los derechos y garantías tanto de la víctima como del imputado, no es menos cierto también que en algunas instituciones particulares esa simetría se pierde por cuanto el propio legislador pretende, en aquellos casos, privilegiar unos derechos antes que otros. Eso ocurre, por ejemplo, en el caso de la facultad de contradecir la prueba del Ministerio Público, cuando se permite a la defensa conainterrogar a la víctima en el juicio oral, situación que de manera palmaria provoca en ella un menoscabo, y, en la antítesis, cuando la ley privilegia los

230 En este mismo sentido, el juez de garantía no tendría herramientas para que compulsivamente asista la víctima a la realización de la pericia. En un caso concreto, en que se intentó compeler a un menor de edad a asistir a dicha diligencia, se interpuso un recurso de amparo a su favor, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones respectiva. En dicha decisión, de la sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 13 de noviembre de 2006, causa Rol N° 609-2006, se señaló lo siguiente: “Que de lo expuesto fluye que en la especie lo que preocupa al Ministerio Público y lo lleva a interponer esta acción constitucional, es la imposición a la menor ofendida de una medida de apremio como consecuencia de su negativa a comparecer a la audiencia decretada. El Sr. Juez de Garantía señala que es procedente hacer aplicación del artículo 33 del Código Procesal Penal en cuanto a la comparecencia obligada atendida la calidad de víctima y testigo de la menor, pero sin perjuicio de ello en su informe hace presente al referirse a la comparecencia de la menor en cuestión que se hará mediante su representante, toda vez que aquella permanece interna en el Hogar Santa Teresita de Liseaux, como medida de protección. Tercero: Que dado lo antes señalado quien pudiera ser objeto de apremio, dándose los supuestos del artículo 33 ya aludido, es precisamente la encargada del Hogar en el que permanece la menor, que para estos efectos tiene la calidad de representante legal de la misma, quien no ha reclamado con respecto a esta situación, toda vez que si bien las declaraciones de la víctima se regulan por las normas previstas para la declaración de testigos, el legislador ha privilegiado la calidad de los testigos menores al señalar en el artículo 310 del Código Procesal Penal que el testigo menor de edad sólo será interrogado por el Presidente de la Sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio, de manera entonces que el apremio, medida compulsiva, no es procedente contra los testigos menores de edad, sino en contra de quienes los tengan a su cargo”.

derechos de la víctima al impedir que se convierta en un *objeto periciable* por los otros intervinientes del proceso penal.

De esta manera, con una mirada global de nuestro sistema procesal penal, se puede comprender de mejor forma este fenómeno surgido en la práctica investigativa. Pero lo que es aún más importante, se puede resolver esta colisión de principios con criterios sustentados en el respeto a la persona humana, base de todo orden procesal que se diga democrático.

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

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE INVESTIGACIONES POR LAVADO DE DINERO.

Marcelo Contreras Rojas²³¹

1. Introducción:

Hace unos pocos días atrás, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena se pronunció respecto de un recurso de nulidad que había interpuesto la defensa del imputado en el caso por lavado de activos de mayor envergadura que ha sido investigado en el nuevo sistema procesal penal. En consideración a que dicho recurso de nulidad fue rechazado de forma unánime, ha quedado firme y ejecutoriada la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle que condenaba al imputado a cumplir la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y ordenaba decomisar una serie de bienes respecto de los cuales se había logrado establecer que provenían directa o indirectamente de diversas operaciones de tráfico de drogas que había realizado en Europa y otros países el hermano del condenado, quedando pendiente el respectivo monitoreo y control del proceso de ejecución de la sentencia, en lo referido al efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad, como al proceso de realización de los bienes decomisados.

Evidentemente, el presente fallo como también otros que se han dictado en diversos procedimientos abreviados e incluso el primer fallo de Tribunal Oral en lo Penal en estas materias, que determinó condenar a los imputados sólo por el delito de tráfico de drogas y los absolvió por el delito de lavado de dinero, han ido sentando las bases de una nueva visión en cuanto a la investigación de este tipo de ilícitos, cuestión de notoria relevancia al momento de considerar la intrínseca complejidad que lleva aparejada la acreditación de los mismos.

Es así como se han podido ir subsanando mediante diversas fórmulas e interpretaciones una serie de dificultades o incertidumbres que se presentaban a la hora de investigar este tipo de ilícitos, posibilitando su adecuada persecución penal. Dentro de los puntos controvertidos sobre los cuales se ha logrado establecer algunas luces, encontramos por ejemplo: i) Criterios para determinar la competencia del Ministerio Público al momento de investigar esta clase de hechos; ii) la forma de acreditación de los delitos base; iii) la utilización de la prueba indiciaria, principalmente en lo que respecta a probar el tipo subjetivo del delito; iv) la forma de incorporar la prueba producida con motivo de un requerimiento de asistencia penal internacional; v) la incorporación y manejo de abundante prueba documental y la vi) forma de razonar al momento de decretar una pena de comiso.

231 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Las sentencias definitivas en casos de lavado de dinero son relativamente escasas, aunque desde que se dictó la primera sentencia en el nuevo sistema procesal penal, se ha producido un efecto multiplicador en cuanto a las investigaciones que se han logrado judicializar. En efecto, sólo en estos primeros meses del presente año se han judicializado tres investigaciones, habiéndose incautado o cautelado una considerable cantidad de bienes.

2. Desarrollo.

A partir de lo que se señaló en el apartado anterior, de la enorme investigación por lavado de dinero cuyo proceso penal finalmente culminó hace unos pocos días, así como del resto de las investigaciones que en relación con este delito ha desarrollado hasta la fecha el Ministerio Público, ha podido recogerse una valiosa experiencia acerca de los puntos que se detallarán a continuación.

a) Competencia del Ministerio Público para investigar estos hechos.

Aunque pueda parecer extraño, esta es una de las discusiones que habitualmente se plantea en las investigaciones por lavado de dinero, dado que es sumamente complejo determinar el momento exacto en que se da comienzo a la ejecución del delito, ya que se suele entender que aquél está compuesto por una serie de etapas que en su conjunto conforman un proceso de lavado, pero no se entregan mayores precisiones respecto de cuando entendemos que estamos en presencia del mismo. Si a lo anterior le agregamos que la conducta sancionada normalmente comprende una serie de actos que se han ido desarrollando en el tiempo, siendo varios de ellos de naturaleza absolutamente equívoca, como puede ser la apertura de una cuenta corriente, la creación de una sociedad o la adquisición de determinados bienes, nos damos cuenta que precisar el límite entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos no es tarea fácil.

Por otro lado, debemos tener presente que en nuestro país todavía operan dos sistemas procesales, y no resulta muy complejo intentar retrotraer todos los casos por lavado de dinero a un período anterior a la reforma procesal penal. Imaginemos el caso de una empresa que sólo desde el año 2005 es utilizada para lavar dinero, pero esta había sido constituida en el año 1990. En este caso una primera defensa del imputado, aunque muy débil, podría señalar que la empresa se constituyó en una fecha cuando no existía el tipo penal de lavado de dinero. Naturalmente, esta defensa no tiene mayor fundamento, ya que lo que nos interesa es desde cuando se comenzó a cometer el delito; perfectamente la sociedad puede ser creada con anterioridad y luego variar su objeto social hacia la comisión de delitos. Pero el imputado en este caso también nos podría plantear que para poder cometerse el lavado mediante diversos actos en la empresa, ese dinero llegó desde el exterior, por lo cual su principio de ejecución no está en Chile; o también podría argumentar que efectivamente los actos se cometieron el 2005, pero con dineros recibidos el 2004, por lo cual no le corresponde al Ministerio Público investigar estos hechos.

Desde nuestra perspectiva los jueces han comprendido que la realidad comercial o financiera para realizar transacciones, ya sea personalmente o vía remota (Internet), supera con creces la lógica territorial, pudiéndose presentar casos en donde existen determinados actos que se cometieron fuera del territorio nacional, pero que no pueden ser considerados como actos ejecutivos que dan comienzo a la ejecución del delito. En caso contrario, dadas las facilidades tecnológicas que se nos ofrecen hoy en día sería sumamente sencillo burlar la persecución penal en este tipo de delitos.²³²

En efecto, en el Juicio Oral que se desarrolló en la ciudad de Ovalle una de las líneas de argumentación de la defensa se refería precisamente a que dicho Tribunal era incompetente para conocer del juicio, ya que de este debió haber conocido un Juez del Crimen de la ciudad de Santiago. A este respecto la defensa del imputado planteó en la audiencia de preparación del Juicio Oral una excepción de previo y especial pronunciamiento que fue rechazada tanto por el juez de garantía como posteriormente por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena. Lo interesante del caso es que posteriormente se presentó un recurso de nulidad en el cual nuevamente se esgrimía como causal de nulidad la incompetencia del Tribunal Oral en lo penal, del juez de garantía y del propio Ministerio Público. Este recurso de nulidad fue rechazado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena fundamentando su razonamiento en que el recurso de nulidad sólo permite invalidar el juicio oral y la sentencia en los casos que esta haya sido dictada por un Tribunal Oral incompetente, pero no se puede pronunciar respecto de la incompetencia del Juez de Garantía y el propio Ministerio Público, dado que al momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento la Corte ya se había pronunciado respecto del Juez de Garantía competente, resolución que estaba ejecutoriada (en el mismo sentido habían fallado previamente los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle).

b) Acreditación del delito base.

Dentro de la estructura básica del tipo penal de lavado se distingue claramente la necesidad de establecer un delito base (subyacente – precedente – antecedente), desde el cual se generan los bienes que posteriormente serán lavados. En el contexto de la Ley N° 19.366²³³, sólo los delitos que establecía la misma

232 Por ejemplo, imaginemos que el dinero proveniente del tráfico de drogas que se envía a Chile proviene de un paraíso fiscal en donde no es sancionado el delito de lavado, y en dicho país se reunieron los traficantes y lo lavadores chilenos para acordar la forma en que enviarían a Chile el dinero y como este se utilizaría, cuestión que se materializa y se adquieren en Chile propiedades, empresas, etc. En este caso, no parecería sensato argumentar que Chile no puede perseguir el delito de lavado de dinero que se está cometiendo, porque su principio de ejecución está en otro país.

233 Esta ley seguía el modelo propuesto en la Convención de Viena, que se denomina de “Categoría de Delitos”; es decir, sólo los delitos de determinado tipo o clase pueden ser considerados como delitos base de lavado de dinero. Actualmente, este modelo ha dejado de ser

ley podían ser considerados como delitos base de lavado de dinero, a diferencia de lo que establece la actual ley de lavado (N° 19.913), en la cual existe un catálogo de delitos base²³⁴.

Por otro lado, también resulta importante considerar que la propia ley establece que respecto de este delito sólo se debe acreditar la realización de un hecho típico y antijurídico; es decir, no se requiere acreditar la existencia de un delito (en su concepción de hecho típico, antijurídico y culpable) sino sólo de una serie de elementos de éste, como son la tipicidad y antijuridicidad de determinadas conductas, las cuales se pueden establecer en la misma investigación por lavado de dinero²³⁵.

Para acreditar estos elementos, lo primero que se establece es el período de tiempo dentro del cual consideramos que se realizaron dichas conductas, teniendo absolutamente claro que en la mayoría de los casos estaremos intentando acreditar determinados hechos típicos y antijurídicos que efectivamente se pudieron realizar. Por ejemplo, si hoy se detectara una operación de tráfico ilícito de estupefacientes y se detuviera a tres sujetos, quienes en el último año han adquirido cuantiosas inversiones en bienes raíces y fondos mutuos, cualquiera podría pensar que dicha operación de tráfico que se encuentra plenamente acreditada sirve como delito base de lavado de dinero. Esta interpre-

utilizado, dado que la mayoría de los países han optado ya sea por un modelo de “Catálogo de Delitos” (Caso Chileno, sólo los delitos mencionados en dicho catálogo o lista), o bien de “Delitos Graves” (Caso Español, cualquier delito que por su penalidad sea considerado grave).

234 El catálogo de delitos base según lo señala el artículo 27 de la ley 19.913 se compone de los delitos sancionados en la ley N° 19.366 (hoy ley 20.000), que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; el artículo 10 de la ley N° 17.798 sobre control de armas (tráfico de armas); en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores (referido a las sanciones); en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4 (prevaricación), 5 (Malversación de causales públicos), 6 (fraudes y exacciones ilegales) y 9 (cohecho) del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141 (secuestro), 142 (sustracción de menores), 366 quáter (abuso sexual infantil impropio), 367 (promoción o facilitación de la prostitución de menores) y 367 bis (trata de personas para ejercer prostitución) del Código Penal.

Respecto de este catálogo, se tramita actualmente en el Congreso un proyecto de ley (Boletín 4426-07) que entre otras modificaciones pretende ampliarlo, incorporando figuras delictivas como las mencionadas en la ordenanza de aduanas, en las leyes de propiedad intelectual e industrial, en los artículos 59 y 64 de la Ley Orgánica del Banco Central, la asociación ilícita del Código Penal, los fraudes y otros engaños, la producción de material pornográfico y su comercialización, distribución, importación y exportación.

235 La propia ley 19.913 señala que: “la circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo”.

tación resulta ser falaz e ilógica, dado que resulta imposible que de la operación de tráfico que fue detectada -por lo tanto frustrada como la mayoría de las operaciones en este ámbito- se hayan podido producir los recursos que le permitieron a los imputados adquirir las inversiones dentro del último año. En este caso el hecho típico y antijurídico que se requiere acreditar deberá ser anterior a la adquisición de dichas inversiones. En este orden de ideas, podría pensarse que resulta imposible acreditar fehacientemente determinados hechos que en su momento la autoridad no logró detectar, pero la verdad es que nuestro ordenamiento jurídico nos provee de mecanismos probatorios para realizar este tipo de acreditación. Este mecanismo lo constituye la denominada prueba indiciaria, que no es otra cosa que un juicio de inferencia basado en la lógica y máximas de experiencia que tiene como base la unión de una serie de indicios (establecidos por prueba directa), que permitirá establecer el delito base de lavado de dinero, como también los otros elementos que conforman el tipo penal²³⁶.

En este contexto, otro punto que resulta interesante clarificar se refiere a la vinculación que se deberá acreditar entre los bienes producidos en el delito base y los bienes adquiridos con posterioridad. A este respecto ha ido quedando demostrado en los fallos que se han pronunciado que basta probar que el sujeto se dedicaba a una actividad ilícita en un determinado período de tiempo, lo cual le permitió generar un patrimonio ilícito que posteriormente invirtió. Asimismo, el lavador no tiene por qué conocer específicamente la actividad ilícita que le produjo el dinero, sino sólo conocer que los dineros provienen de esta actividad²³⁷.

236 Los indicios mediante los cuales el Tribunal Supremo Español normalmente estructura sus sentencias en materia de lavado de dinero son los siguientes: Incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de transmisiones o por tratarse de dinero en efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias;

Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias;

Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas.

237 Por ejemplo, en la sentencia dictada (procedimiento abreviado) en la investigación Ruc 0700177992-8, que se refería a una traficante que le pedía a otros sujetos que pusieran a su nombre los vehículos que ella adquiría con el producto de su actividad ilícita, no fue necesario establecer que los terceros tenían pleno conocimiento de todos los tráficos que ella realizaba a diario, sólo se debía establecer que ellos tenían conocimiento que los dineros provenían de una actividad ilícita. Similar argumentación se ha sostenido en determinadas sentencias del Tribunal Supremo Español, por ejemplo, en la sentencia N°1637/1999, se señalaba: "Ciertamente que en la sentencia de instancia se afirma desconocer las concretas operaciones de tráfico de drogas de las que procedía el dinero, simplemente se afirma que ese era el origen del dinero y que era conocido por el recurrente, sin que el conocimiento del autor exija, ni por lo tanto sea precisa prueba al respecto, el cumplimiento y completo de las an-

En el caso que resolvió el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, una de las particularidades que tenía esa investigación se refería al lugar en donde se cometieron los delitos base de lavado de dinero (en el extranjero). En este sentido, resulta importante destacar -aún cuando la propia ley lo señala- que el delito base de lavado puede ser cometido en cualquier lugar, ya sea en el territorio nacional o en el extranjero. En este caso, no fue necesario probar que el hermano en Chile había tenido un conocimiento detallado de las actividades de tráfico que desarrollaba su hermano en Europa, sino sólo un conocimiento general de que el dinero provenía de una actividad ilícita como es el tráfico de drogas.

Por último, respecto de los delitos base existe un punto en el cual no estamos de acuerdo con el razonamiento expuesto en la sentencia y que se refiere a lo mencionado en el inciso final del considerando noveno, en donde se señala que no se consideró como delitos base los que decían relación con un tráfico en Hungría y otro en Colombia-Holanda, dado que no existía *“una sentencia condenatoria que avale tal apreciación, es decir el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional que hubiese sopesado los antecedentes que se presentaron emitiendo un veredicto de condena...”*. Efectivamente, una sentencia condenatoria que acredite previamente determinados delitos base de lavado será un antecedente sumamente poderoso para posteriormente poder establecer que los bienes tienen un origen ilícito, pero en ningún caso resulta ser un elemento imprescindible para acreditar el delito subyacente en una investigación de lavado de dinero. De hecho, nuestro legislador zanjó claramente la discusión respecto a si era necesaria una condena previa por el delito base, señalando expresamente que no se requiere sentencia condenatoria previa (artículo 27 de la Ley Nº 19.913).

En este sentido, también se puede observar lo señalado por Jean Pierre Matus²³⁸ y Héctor Hernández²³⁹ en los respectivos informes en derecho que

teriores operaciones de droga generadoras de tal beneficio, pues ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución”.

238 Informe en derecho referido a algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366. “...no resulta exigible en modo alguno la existencia de una sentencia por el delito previo para condenar por lavado de dinero a un acusado respecto del cual la existencia de ese delito previo y su conocimiento ha sido legítimamente probada en el juicio oral. Es más, a similar conclusión se llegaba entre nosotros incluso desde la perspectiva del sistema del Código de Procedimiento Penal de 1906. Así, sostenía Politoff que, “no es preciso que se haya establecido por sentencia ejecutoriada la existencia del delito anterior que le sirve de presupuesto ... ya que, de otro modo, si la entera pesquisa del delito de “lavado de dinero” estuviera subordinada a la sentencia ejecutoriada en el proceso por el delito anterior presupuesto de éste (particularmente si se trata de una sentencia extranjera), la disposición que nos ocupa se haría en buena parte ilusoria”. Importante es destacar, además, que bajo sistemas procesales disímiles, la misma solución se afirma en la doctrina alemana y española”.

239 Informe en derecho referido entre otros puntos a la exigibilidad de una sentencia condenatoria o un pronunciamiento jurisdiccional previo “En principio son imaginables dos alternativas de interpretación y solución al respecto: conforme a la primera se debe exigir una

emitieron respecto de esta investigación y lo estipulado en las convenciones internacionales que regulan estas materias; principalmente, la Convención de Viena de 1988 y la Convención de Palermo del año 2000, que dejan claramente establecido que no se requiere una sentencia condenatoria para la acreditación del delito subyacente de lavado de dinero.

c) La utilización de la prueba indiciaria en la acreditación del tipo subjetivo.

sentencia condenatoria firme sobre el delito previo del cual provienen los bienes en cuestión; conforme a la segunda tanto la existencia del delito previo como la circunstancia de tener en él su origen los bienes pueden ser acreditadas en el propio procedimiento por lavado de dinero, con independencia de la eventual tramitación de un procedimiento por el delito previo y, consecuentemente, con independencia (en principio, como más abajo se aclara) de sus posibles resultados.

Sólo la segunda interpretación parece adecuada, por las razones que se pasan a exponer:

a) Desde un punto de vista procesal, la primera tesis importaría el establecimiento de una suerte de cuestión prejudicial, mecanismo prácticamente desconocido por nuestro ordenamiento jurídico. En los pocos casos en los que el derecho chileno hace excepción a esta regla siempre lo hace de modo expreso, como ocurre con las cuestiones prejudiciales civiles reguladas en los artículos 171 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) y 173 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), o bien, en materia penal, con casos como aquél del artículo 426 del Código Penal (en adelante CP), referido a las injurias o calumnias vertidas en juicio, en cuanto se supedita el ejercicio de la acción penal correspondiente a que el respectivo proceso “haya concluido”. En otras palabras, fuera de los casos expresamente reconocidos, todas las cuestiones previas -civiles o penales- cuya resolución sea presupuesto para la imposición de una sanción penal en un determinado proceso, deben ser resueltas por el tribunal penal que conoce del mismo.

b) Tanto o más importante que lo anterior, la primera tesis es insostenible por un imperativo elemental de sentido común: la supuesta exigencia de sentencia condenatoria firme por el delito previo tornaría en buena medida impracticable el tipo penal de lavado de dinero, toda vez que las razones por las cuales puede llegar a ser imposible que se arribe a una sentencia de ese tipo son innumerables, sin que por eso se justifique prescindir de la persecución y castigo del lavado de dinero asociado. En efecto, las razones en cuestión son tan variadas, tan azarosas y, las más de las veces, tan ajenas e irrelevantes para la justificación de una pena por el posterior lavado de dinero, que no resulta de modo alguno racional supeditar esta última a dicha exigencia de sentencia previa. Así, por ejemplo, en el caso de un tráfico de drogas fehacientemente acreditado, las razones por las cuales puede resultar imposible condenar al autor o a los partícipes del delito son, entre otras: por ser éstos menores de 16 años, o bien por ser mayores de esa edad pero menores de 18 años y haber obrado sin discernimiento, por ser locos o dementes, por haber muerto (¡incluso en vísperas de su condena!), por su rebeldía, por su enajenación sobreviniente, etc. Lo mismo puede ocurrir cuando el delito consta de modo inequívoco y simplemente no se ha logrado esclarecer quién lo ha cometido.

Pues bien, en todo estos casos resulta evidente que la imposibilidad de imponer una condena, en la medida en que, no obstante, el hecho previo se encuentra absolutamente acreditado, no puede servir de impedimento para que se sancione a quien se le ha probado de forma fehaciente que ha incurrido en las conductas de lavado de dinero respecto de los bienes provenientes de aquel delito previo. La conclusión contraria simplemente no admite análisis”.

Tal como lo señalan algunos autores, una de las principales dificultades para establecer el dolo en el delito de lavado de dinero se refiere a que las conductas que desarrollan los imputados son normalmente conductas neutras o equívocas, razón por la cual resulta más complejo determinar si efectivamente los sujetos tenían o no conocimiento²⁴⁰.

Por otro lado, se destaca que la única forma de probar determinados elementos subjetivos será mediante la utilización de prueba indiciaria, que consiste en deducir de un hecho base demostrado por prueba directa un hecho consecuencia, teniendo como límite los principios de la lógica y las reglas de las máximas de experiencias. Asimismo, se puede advertir que las diversas convenciones internacionales que se refieren a estas materias (Convención de Viena / Convención de Palermo) recalcan la importancia de esta clase de prueba en el contexto de la criminalidad actual.

En este sentido, el razonamiento desarrollado en la sentencia resulta valioso desde una doble perspectiva; en primer lugar porque establece mediante prueba directa una serie de indicios que posteriormente le permiten construir la

240 OB. Cit Nota N°8: “La principal dificultad que enfrenta la prueba del dolo respecto del delito de lavado de dinero radica en las características objetivas de la conducta típica, específicamente en su carácter relativamente neutral, aparentemente lícito. Como se ha dicho, el dolo se colige de las circunstancias objetivas del hecho, lo que no importa mayores dificultades cuando la conducta misma, por su apariencia más o menos vehemente de ilicitud, sugiere el dolo...” No debe, sin embargo, dramatizarse la situación, pues las dificultades no son en absoluto insalvables. La prueba del dolo en el delito de lavado de dinero no es, pese a la dificultad objetiva, más difícil que la de un gran número de delitos tradicionales, en la medida en que se preste debida atención a los factores concomitantes de la conducta que, tamizados por las máximas de la experiencia, pueden sugerir -al punto de demostrar- lo que la conducta en sí misma no hace. A título meramente ejemplar, pueden destacarse los factores (indicios) que en la práctica de otros países se han considerado relevantes a la hora de acreditar indirectamente los extremos del delito, particularmente el conocimiento de la procedencia de los bienes en cuestión. Así, por ejemplo, a partir de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores españoles, Zaragoza Aguado ha destacado el carácter indiciario del conocimiento del origen ilícito de los bienes que la práctica le atribuye a elementos como la utilización de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la utilización de testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, la vinculación con sociedades ficticias carentes de actividad económica efectiva -particularmente si tienen su domicilio en “paraísos fiscales”-, la realización de alteraciones documentales, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido, la simulación en general de negocios o actividades que no son reales, la percepción de elevadas comisiones por parte de intermediarios y, en general, cualquier otra circunstancia de la actividad que la haga susceptible de ser calificada como irregular o atípica desde un punto de vista financiero o comercial, pues esto sugiere fuertemente un propósito de encubrimiento y, con ello, el cumplimiento de las exigencias subjetivas del tipo”.

prueba indiciaria adecuada para arribar a la conclusión que el acusado conocía el origen ilícito del dinero, y en segundo lugar, porque analiza los antecedentes del caso desde la lógica propia que presentan los casos de lavado de dinero, que se diferencia de la lógica de un delito común. En este sentido, se puede señalar que el lavador de dinero no busca esconderse o sustraerse de la sociedad o institucionalidad; por el contrario, su objetivo principal es justificar el dinero, para lo cual deberá dar la cara y enfrentar a quienes pretenden cuestionarlo.

Esta forma de razonamiento -desde la lógica del lavado- está plasmada en la sentencia dado que el tribunal descarta lo argüido por la defensa en cuanto a justificar la falta de conocimiento de su defendido en razones de orden criminológico, tales como que aún cuando tuvo la oportunidad de haberse fugado del país -cuando detuvieron a su hermano en Alemania- éste continuó con la empresa, y que habiendo tenido la oportunidad de destruir las pruebas y evidencias que permitieron incriminarlo, no lo hizo. El razonamiento del tribunal deja claramente establecido que este sujeto actuó en base a la lógica propia de las personas que pretenden lavar dinero, señalando que continuó con el funcionamiento de la empresa ya que ésta se encontraba revestida de la legalidad suficiente para enfrentar la persecución penal.

Posteriormente, en el considerando N°15 de la sentencia se establecen claramente los indicios que se tuvieron en consideración por parte del tribunal, los cuales derivan de conductas objetivas desplegadas por el acusado, que se pueden resumir de la siguiente forma:

- i) Relación estrecha con su hermano manteniendo una comunicación fluida. Se logró establecer una fluida comunicación telefónica, electrónica y física.
- ii) Conocimiento detallado de sus negocios en Chile e incluso de algunos en otros países como Argentina.
- iii) Participación directa en los negocios de su hermano ya sea representándolo o cumpliendo encargos relativos a estos. El acusado tenía el cargo de gerente general de un grupo de empresas en Chile. Asimismo, figuraba como el vicepresidente de la empresa en Argentina y representante para América Latina.
- iv) Conocimiento de la mala marcha de los negocios en Chile, según quedó establecido en base a las pericias encargadas, como también a la propia declaración del contador. La empresa en Chile sólo tuvo pérdidas, sin perjuicio de lo cual se efectuaban retiros por parte del acusado.
- v) Conocimiento de los pagos que se hacían en forma directa a los proveedores de su empresa. Es decir, los gastos generados en la empresa chilena no eran pagados por ella, sino por parte del hermano del acusado directamente desde Alemania.
- vi) Conocimiento de la existencia de una sobre valoración en función de una doble facturación. La perito de la Aduana estableció claramente que existía un proceso de doble facturación mediante el cual se sobre valoraban

las mercancías que entraban a nuestro país. Esto permitía que la empresa chilena quedara cada vez más endeudada con la casa matriz.

vii) Conocimiento del ingreso de dinero en efectivo (divisas), en forma regular y que posteriormente procedía a cambiarlas en una casa de cambio en donde él era cliente conocido.

viii) Conocimiento de la empresa en Alemania. El acusado viajó a este país y conoció en terreno que la pretendida empresa multinacional que poseía su hermano, tenía sus oficinas principales en una buhardilla de la casa en donde éste vivía.

ix) La conciencia que debía tener, referida a que sus gastos personales eran muy superiores a los declarados ante el SII y que su financiamiento provenía en parte de los retiros de su empresa, a sabiendas que esta generaba pérdidas.

x) Utilización de dos tarjetas de créditos financiadas por su hermano desde Alemania y de otras divisas cuyos cambios no fueron declarados en su contabilidad.

xi) Sostenido aumento en el nivel de gastos, en un período no superior a los tres años, sin que objetivamente su empresa generara utilidades, la cual era la única fuente adicional de ingresos que pudiere animarle a aumentar sus gastos.

xii) Comportamiento del acusado en relación a que no demostraba un real interés en el crecimiento de la empresa y en la salida en el más breve plazo de la situación de generación de pérdidas.

xiii) Además, confirmatorio de este conocimiento son aquellas acciones realizadas con posterioridad a la detención de su hermano, tales como el envío de dinero utilizando como intermediario a su cuñado, la confección del llamado flujo de cajas con antecedentes falsos relativos al funcionamiento de la empresa, la predisposición del imputado a participar en las diligencias necesarias para lavar unos dinares libios y la compra de un teléfono celular a petición de su hermano cuando éste se encontraba privado de libertad en Alemania.

d) Cooperación internacional.

Teniendo en consideración la compleja naturaleza de este tipo de delitos, en que su ejecución o el delito base pueden ser realizados en un país distinto a donde se producen sus consecuencias, las normas sobre cooperación internacional son imprescindibles para enfrentar de manera eficiente la investigación y juzgamiento de este tipo de conductas. Sin perjuicio de las Convenciones Internacionales que han sido suscritas por nuestro país y que resultan aplicables a este tipo de materias (esencialmente Convención ONU de Viena y Palermo),

las normas sobre cooperación internacional están siendo constantemente revisadas con el objeto de dotarlas de mayor operatividad²⁴¹.

No obstante lo anterior, en la sentencia dictada por el Tribunal Oral de Ovalle, en donde la cooperación internacional se solicitó al alero de las normas consagradas en la Convención de Viena, se pudo constatar de forma empírica las posibilidades de utilización y aplicación de las mismas. En efecto, este es el primer Juicio Oral en el cual se incorporan tantos elementos de prueba obtenidos en el extranjero, requiriéndose la participación de una serie de peritos traductores de diversa documentación que constaba en otros idiomas (alemán, holandés, flamenco, húngaro, inglés), como también de varios intérpretes que fueron necesarios para que pudiesen declarar policías alemanes y holandeses que habían participado de la investigación internacional que se había desarrollado en sus respectivos países y que se encontraba relacionada con la investigación seguida en nuestro país.

Por regla general, la prueba obtenida en el extranjero fue introducida con los policías chilenos que viajaron a los respectivos países, incorporándose en el idioma original en que fueron entregados. Posteriormente, varios de estos documentos fueron traducidos por peritos traductores que emitieron su informe y declararon en el Juicio Oral.

Una de las mayores complicaciones en esta materia se refiere a la dificultad que implica coordinar la disponibilidad de tiempo de los policías extranjeros y las fechas que se fijan para el desarrollo del Juicio Oral.

e) Prueba documental.

Las normas que se establecen en el Código Procesal Penal para la introducción de este tipo de prueba (lectura) al parecer no estuvieron pensadas para grandes investigaciones en donde la prueba documental es sumamente amplia. Por otro lado, es sumamente complejo y engorroso para el propio personal del tribunal mantener ordenada y disponible este tipo de prueba a lo largo del juicio. Sin perjuicio de lo anterior, normalmente tanto las defensas como el Ministerio Público están de acuerdo en buscar fórmulas que hagan menos tediosa la introducción de este tipo de prueba, ya que generalmente en los casos por lavado no se discute la efectividad de las operaciones (generalmente éstas se recono-

241 Por ejemplo, algunas de las normas que se están proponiendo en el actual proyecto de ley que modifica la ley de lavado (Boletín 4426-07) se refieren a mejorar la asistencia penal internacional en materia de tráfico de drogas y lavado de dinero, haciendo obligatoria la entrega de antecedentes sujetos a secreto o reserva que requieran los países extranjeros para sus investigaciones en estas materias. Asimismo, se propone incorporar una norma que tenga por objeto que el juez de garantía pueda decretar en investigaciones nacionales o extranjeras por el delito de lavado de dinero, una incautación por valor equivalente. En todo caso existen otro tipo de normas que todavía se encuentran pendientes como por ejemplo las referidas a posibilitar que los Estados que participen de un investigación conjunta puedan compartir bienes decomisados.

cen), sino que la discusión se plantea en cuanto al conocimiento del origen de los bienes.

Por otro lado, respecto de este tipo de prueba se produjo un punto polémico en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, ya que la defensa del imputado señaló en su recurso de nulidad que los jueces no se habían pronunciado respecto de toda la prueba rendida en el juicio, infringiendo el artículo 297 en relación con el artículo 342 del Código Procesal Penal. A este respecto podemos señalar que efectivamente los jueces señalaron en uno de sus considerandos que determinada prueba incorporada al juicio no sería considerada, pero por razones absolutamente plausibles y que en ningún caso infringen los artículos mencionados anteriormente. De hecho, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena señaló en el considerando sexto de la sentencia que rechazó el recurso de nulidad: *“Que la ausencia que pudiera hacerse notar en el fallo recurrido a la referencia respecto de algunos de los muchos medios de prueba rendidos, como documentos, testigos y otros y a su valoración, no puede ser estimada como suficiente fundamento para constituir infracción a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal y que haga a la vez que no se cumpla con lo señalado en el artículo 342 letra c) del mismo Código, a menos que la omisión sea de tal gravedad o incidencia que de haberse considerado dichos antecedentes, la conclusión de los sentenciadores habría tenido que ser necesariamente distinta, lo que de ninguna manera ha ocurrido en el caso de autos, como se ha señalado. No se puede dar al citado artículo 297 una interpretación literal extrema y absoluta, que exigiera a los jueces de la instancia referirse hasta en sus detalles más mínimos a todo antecedente hecho valer en el juicio, sin tomar en cuenta la ninguna trascendencia que pueda tener respecto de los hechos que interesa acreditar. En todo caso un vicio de tan escasa relevancia debe ser comprendido dentro de aquellos defectos no esenciales que no influyen en la parte dispositiva del fallo, a que se refiere el artículo 375 del Código Procesal Penal”²⁴².*

242 Por lo demás, la Excelentísima Corte Suprema, en reiteradas jurisprudencias ha señalado que la exigencia a que se refiere el artículo 297 no implica que toda la prueba debe ser valorada, ya que lo que el art. 342 letra c) del Código Procesal Penal expresamente requiere es que el Tribunal haga una valoración de los medios de prueba que fundamentan sus conclusiones, lo que conforma el artículo 297 del mismo cuerpo legal cuando señala que la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados.

Por lo mismo, no toda la prueba es objeto de valoración, sino sólo aquella que se sirve de fundamentación a las conclusiones que llega el Tribunal. Respecto de la demás prueba rendida en autos, y que no es objeto de valoración, lo que el art. 297 del Código Procesal Penal establece es que el Tribunal debe señalar las razones por las cuales la desestima.

Corte Suprema, Rol 1989-02 “que a juicio del recurrente el fallo impugnado no se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba producida durante la audiencia de juicio oral como lo exige el inciso 2 del artículo 297 del Código Procesal Penal. Este reproche es inexacto. Si se leen los considerandos quinto y sexto del fallo atacado, se verá que si se hace cargo de la prueba rendida en el juicio oral, de manera sucinta, pero coherente y racional.

f) Comiso de Bienes.

En relación con este punto nos parece importante destacar el análisis y razonamiento pormenorizado que realiza el tribunal para determinar qué bienes serán decomisados en virtud de lo dispuesto en los artículos 31 del Código Penal y 27 de la Ley N° 19.366. En efecto, el tribunal analiza cada uno de los bienes respecto de los cuales el Ministerio Público solicitó la pena de comiso y concluye que sí existen antecedentes suficientes que justifiquen tal medida.

El razonamiento del tribunal comienza con el análisis de la procedencia de los dineros que fueron invertidos en nuestro país, concluyendo que estos provenían de la actividad ilícita desarrollada por el hermano del acusado. Posteriormente, aclara cómo esos dineros fueron traspasados a nuestro país para realizar las respectivas inversiones a nombre del acusado, de su hermano o de la empresa de ambos. En este punto el tribunal verifica si los bienes pudieron haber sido adquiridos con dineros provenientes de fuente lícita, concluyendo que por las pericias presentadas esta situación no resulta plausible.

No obstante lo anterior, existieron algunos bienes respecto de los cuales no se decretó el comiso, dado que según razona el tribunal no se acreditó de forma fehaciente que éstos fueron adquiridos con dinero de origen ilícito. En éste caso se encuentra por ejemplo un notebook que se incautó al acusado y un automóvil que se encontraba a nombre de la señora del mismo. En este último caso el tribunal estimó que existía una duda razonable, ya que la señora del imputado mantenía una actividad económica que le podría haber permitido obtener dicho vehículo. Desde nuestra perspectiva, no concordamos con lo razonado por el tribunal, dado que los peritos habían señalado que la señora del imputado si bien es cierto poseía un trabajo remunerado, no presentaba declaraciones de ingresos que le permitieran justificar razonablemente la adquisición de dicho bien. Además, su marido era quien había participado en la adquisición del mismo.

Sus argumentos pueden no ser convincentes para el recurrente, pero eso no los invalida”.

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Andrés Grunewaldt Cabrera²⁴³

1. Antecedentes.

Con fecha 23 de abril de 2007, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso el Mensaje N° 130-355, con el cual se inicia la tramitación de un proyecto de ley cuyo objetivo es modificar la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual.

En cuanto a los fundamentos del proyecto, se destaca la existencia de diversos tratados de libre comercio firmados por nuestro país y acuerdos internacionales multilaterales ratificados por Chile, los cuales imponen el cumplimiento de estándares de protección que conjuguen por un lado un adecuado resguardo de los derechos de autor y conexos y por otro un acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas y del intelecto.

Se manifiesta además en el mensaje del proyecto, la necesidad de contar con una efectiva protección a nivel civil y penal para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, poniendo énfasis en el delito que comúnmente se conoce como “piratería” de productos falsificados. Además, en este mismo sentido, se tratan los desarrollos tecnológicos de las últimas décadas, los que si bien han generado aspectos sumamente positivos para la población, originan a su vez nuevas formas de infracción a los derechos de propiedad intelectual, los cuales no sólo atentan contra los derechos de los autores y los titulares de derechos conexos, sino que también afectan el normal funcionamiento del mercado, generando una evasión tributaria importante.

Es así como recogiendo algunos aspectos de iniciativas legislativas anteriores que no habían logrado materializarse en ley, se presenta este proyecto²⁴⁴, el cual actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional, contemplando la actual redacción algunas importantes modificaciones en relación con el mensaje originariamente presentado.

243 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

244 En relación con este proyecto, es importante hacer presente que el pasado 18 de abril de 2007 se presentó al Congreso el Mensaje N° 128-355, por medio del cual se pretende reforzar la persecución y sanción del comercio ilegal, comúnmente conocido como “piratería”, consagrando la posibilidad de aplicar el delito de asociación ilícita respecto de los delitos establecidos en los artículos 79, letra c) y 80, letra b) de la ley N° 17.336; 11, letra a) de la ley N° 19.227; 456 bis A del Código Penal, y 97 números 8 y 9 del Código Tributario. Además, posibilita la aplicación de técnicas especiales para la investigación de este delito y refuerza las facultades de fiscalización de ciertos órganos públicos y sanciona el comercio ambulante.

2. Contenido.

Conforme a lo señalado en el mensaje, en términos generales este proyecto pretende introducir tres grandes modificaciones a la ley N° 17.336:

- a) Eliminación de los actuales párrafos III y IV del Capítulo V del Título I de la ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, intercalando un nuevo Título III, pasando éste a ser Título IV, sobre Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos;
- b) Sustitución del actual Capítulo II del Título III de la Ley, por un nuevo Capítulo II, el cual establece un nuevo marco de sanciones civiles y penales respecto de las infracciones a los derechos de autor y derechos conexos, introduciendo nuevos mecanismos y herramientas procesales aplicables a los casos de utilidades realizadas fuera del marco legal; e,
- c) Incorporación de un nuevo Capítulo en el Título IV, que establece un régimen de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

De los tres grandes temas planteados, nos detendremos únicamente en las modificaciones relacionadas con los aspectos penales y procesales penales que se pretenden incorporar a la ley, tomando como referencia la redacción del proyecto de ley que contiene el Informe de la Comisión de Economía del H. Senado, de fecha 16 de enero de 2008. En este sentido, todos los pie de página contienen las normas que el proyecto de ley propone en su actual redacción, extraída del citado informe.

3. Modificaciones penales más relevantes.

3.1. Infracciones a derechos de autor y conexos.

En primer lugar, llama la atención la inclusión en el artículo 79²⁴⁵ del proyecto

245 Artículo 79: “Comete delito contra la propiedad intelectual”:

- a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.
- b) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II.
- c) El que falsificare o adulterare una planilla de ejecución.
- d) El que falseare datos en las rendiciones de cuentas a que se refiere el artículo 50.
- e) El que, careciendo de autorización del titular de los derechos o de la ley, cobrarse derechos u otorgase licencias respecto de obras o de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas que se encontraren protegidos.

de prácticamente todas las hipótesis del actual artículo 79, agregando una figura nueva en la actual letra e).

Las letras a) y b) sancionan las conductas de utilización de obras de dominio ajeno (letra a) y de interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de derechos conexos (letra b). Ambas normas existen ya en la actual Ley de Propiedad Intelectual y sólo se modifican aspectos menores, como por ejemplo la enunciación en singular y no en plural del sujeto activo, el cual en todo caso no requiere poseer alguna calidad especial, pudiendo ser cualquier persona.²⁴⁶

La letra c) contiene la actual letra e) del artículo 79, modificándose únicamente su ubicación. Resulta importante relacionar esta norma con el artículo 80 letra c)²⁴⁷ del proyecto, el cual sanciona con pena de multa la omisión de la confección de la planilla de ejecución, dando cabida a la figura que actualmente se encuentra contemplada en la letra d) del artículo 79. Esta estructura denota el criterio utilizado al elaborar el proyecto de ley, en orden a considerar un mayor desvalor en la conducta de falsificación (que se sanciona con pena privativa) versus la omisión (que se sanciona sólo con multa).

La conducta descrita en la letra d) se encuentra tipificada en el artículo 80 letra a), pero en términos más restringidos, ya que en la actualidad sólo sanciona la falsificación respecto del número de ejemplares vendidos en la rendición de cuentas del editor al autor que contempla el artículo 50. Con la norma propuesta se amplía el objeto de la falsificación ya que se refiere a “datos”, lo cual parece correcto.

Por último, la letra e) contempla una figura que no se encuentra actualmente comprendida en la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que constituye una novedad importante.

Las conductas señaladas serán sancionadas de la siguiente forma:

1. Cuando el monto del perjuicio causado sea inferior a las 4 unidades tributarias mensuales, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de 5 a 100 unidades tributarias mensuales.
 2. Cuando el monto del perjuicio causado sea igual o superior a 4 unidades tributarias mensuales y sea inferior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 unidades tributarias mensuales.
 3. Cuando el monto del perjuicio sea igual o superior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1.000 unidades tributarias mensuales”.
- 246 ETCHEBERRY, Alfredo, en VII Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (Del autor, el artista y el productor). Editado por OMPI y otras instituciones, año 1992, p. 515.
- 247 Artículo 80. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales:

(...) c) El que obligado al pago en retribución por la ejecución o comunicación al público de obras protegidas, omitiere la confección de las planillas de ejecución correspondientes.

Otra de las grandes modificaciones a nuestra legislación actual²⁴⁸ se encuentra en el nuevo inciso segundo, el cual incorpora un nuevo sistema para la determinación de la pena de tipo gradual en atención al monto del perjuicio para todas las figuras que la norma contempla, en los siguientes términos:

- Perjuicio inferior a 4 UTM: prisión en cualquiera de sus grados o multa de 5 a 100 UTM;
- Perjuicio igual o superior a 4 UTM e inferior a 40 UTM: la pena es de presidio menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 UTM;
- Perjuicio igual o superior a 40 UTM: la pena es de presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1000 UTM.

Conforme al artículo 85 A del proyecto²⁴⁹, el monto del perjuicio se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos, expresión utilizada en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica al referirse a los procedimientos judiciales civiles y a los procedimientos y recursos penales. Como se puede observar, si bien se utiliza esta expresión en el TLC, no se define ni se explica su alcance, siendo su contenido un tema sobre el cual sería conveniente pronunciarse en la discusión parlamentaria. En todo caso, a primera vista al parecer se acercaría al concepto de precio del mercado legalmente establecido.

En cuanto a la pena propuesta, las observaciones apuntan por un lado a la procedencia de este sistema de determinación respecto de todas las figuras que este artículo contempla, y por otro respecto de las penas en particular que se pretenden aplicar.

Si bien para algunas hipótesis el establecimiento de una pena gradual puede llegar a constituir una herramienta importante desde una perspectiva de política criminal, de persecución y de procedimiento aplicable, hay algunas figuras en el artículo 79 del proyecto que por su naturaleza se adecuan de mejor forma al establecimiento de una pena que contemple un solo grado. En este sentido, hay figuras como las contenidas en la letras c), d) y e) que se vinculan de manera directa a una afectación de tipo patrimonial, las cuales además presentan elementos que las acercan a las hipótesis de defraudación que contempla nuestro Código Penal. Teniendo en cuenta lo anterior, parece adecuado el establecimiento de una pena gradual, sugiriendo además que se contemplen en un artículo distinto.

Sin embargo, hay otras hipótesis, como las contempladas en las letras a) y b), en las cuales se protege no solamente el patrimonio sino también el derecho

248 Cabe señalar que la actual ley consagra en su artículo 79 una pena de presidio menor en su grado mínimo y multa que va de 5 a 50 UTM.

249 Artículo 85 A: “El monto de los perjuicios que se refieren en este Título se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos.

Cuando se trate de objetos protegidos que no tengan valor de venta legítimo, el juez deberá prudencialmente determinar el monto de los perjuicios para efectos de aplicar la pena”.

moral del autor, donde el ámbito patrimonial si bien es importante no presenta la relevancia que tiene por ejemplo en las figuras señaladas en el párrafo anterior. Por lo demás, existen ciertas situaciones en las cuales el derecho de propiedad se cede a título gratuito, siendo la determinación del perjuicio un tema complejo.

Teniendo presente lo anterior, se podrían dejar en este artículo solamente las dos primeras figuras, estableciendo una pena concreta, acorde con el bien jurídico protegido y la lesividad de las conductas descritas.

Por otro lado, en cuanto a las penas aplicables, se aprecia un significativo aumento de su cuantía, lo cual si bien fue levemente morigerado en relación con el mensaje, disminuyendo los tramos mínimos de las multas, es significativo. En este sentido, penas de esta naturaleza deben ser apreciadas teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 70 inciso primero del Código Penal, el cual dispone que respecto de la aplicación de las multas que *“el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la Ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia”*.

En base a lo anterior, aunque la intención plasmada en el mensaje implique castigar con mayor severidad conductas mediante la implementación de sanciones pecuniarias de mayor cuantía, esta medida podría tener una escasa aplicación frente a un número importante de infractores que tengan una situación socioeconómica baja y no presenten circunstancias agravantes. En estos casos, es muy probable que sean beneficiados por la aplicación de esta norma por parte del juez de garantía.

Por otro lado, es importante hacer presente que el perjuicio en las hipótesis del nuevo artículo 79 no se establece ni como un elemento del tipo ni como una condición objetiva de punibilidad, sino simplemente como una regla de determinación de la pena, cuestión sumamente relevante para efectos de la acreditación del delito y el iter criminis, entre otros puntos.

Por último, no está de más señalar que en el caso de aplicar una pena de multa, igualmente la naturaleza de la conducta obedece a la de un simple delito, cuestión importante a la hora de determinar el procedimiento aplicable.

3.2. Falsificación.

La hipótesis de falsificación más importante se encuentra en el actual artículo 79 bis²⁵⁰ del proyecto, el cual recoge a su vez el actual artículo 79 letra c)

250 Artículo 79 bis: “El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cam-

de la Ley N° 17.336 con algunas adecuaciones. En este punto, se observa un importante cambio en relación con el proyecto original, ya que esta hipótesis en principio formaba parte del artículo 79, y por ende contemplaba una pena gradual en atención al monto del perjuicio causado. En la actual redacción del proyecto esta figura se incluye en un artículo diferente, contemplando una pena fija de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1000 UTM, lo cual desde luego facilita su aplicación al no depender de la acreditación del perjuicio sufrido por titulares del derecho de autor o conexo.

Otra simple pero correcta y efectiva modificación se encuentra en la introducción de la expresión “el que” entre la letra “o” y la palabra “edite”, con lo cual se deja bastante claro que se trata de dos hipótesis distintas.

3.3. Piratería.

El artículo 81²⁵¹ del proyecto consagra el delito que comúnmente se conoce como “piratería”, el cual concentra prácticamente todos los ingresos del Ministerio Público en esta materia, siendo el delito de mayor importancia en materia de vulneraciones a la propiedad intelectual.

En el inciso primero, se observan positivas modificaciones en relación con el proyecto original, siendo la primera de ellas la sanción de la tenencia con fines de comercialización, situación que actualmente se encuentra tipificada en el artículo 80 letra b) de la Ley N° 17.336²⁵² y que el proyecto originario no contenía. Resulta sumamente positiva esta modificación, ya que frente a este tipo de investigaciones, no obstante estar en presencia de un imputado que comercializa productos falsificados, estos sujetos cada día toman mayores pre-

biando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto, serán sancionados con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales”.

251 Artículo 81. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.

El que con ánimo de lucro fabrique, importe, interne al país, tenga o adquiera para su distribución comercial las copias a que se refiere el inciso anterior, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

252 Artículo 80. Cometten, asimismo, delitos contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso:

(...) b) Los que, en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassettes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales.

cauciones, y en varias ocasiones solamente es posible acreditar la tenencia con fines de venta de los productos falsificados, lo cual con la redacción del proyecto originario sólo constituía un indicio de la comercialización.

Otra modificación respecto del mensaje es la eliminación del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo penal, lo cual desde luego facilita su acreditación, constituyendo un importante avance para la efectiva persecución de los delitos contra la propiedad intelectual.

Respecto de los verbos rectores, se incorpora al inciso primero el alquilar directamente al público, lo cual constituye otra importante y necesaria modificación que también había sido observada por el Ministerio Público en atención a los crecientes casos de establecimientos comerciales que se dedican al arriendo de obras falsificadas.

En cuanto a la pena reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 UTM, si bien se morigeran los tramos mínimos y máximos de la multa, igualmente se constata un aumento significativo de la sanción pecuniaria en relación con las multas que en la actualidad contempla la Ley Nº 17.336.²⁵³ Sobre este punto, recogiendo las observaciones ya realizadas sobre el incremento de las multas, y teniendo en cuenta que prácticamente todas las sentencias definitivas que se han dictado en materia de propiedad intelectual estando vigente el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal han condenado por este delito a imputados que por lo general tienen una condición socioeconómica baja, la imposición de una multa que como mínimo asciende a 50 UTM (\$1.740.350²⁵⁴) se podría transformar en la práctica en una sanción de muy poca aplicación, limitándose los tribunales a aplicar la norma contenida en el artículo 70 de Código Penal, rebajando significativamente este elevado mínimo.

El inciso segundo de la norma en comento sanciona al que con ánimo de lucro fabrique, importe, tenga o adquiera para su distribución comercial o alquiler las copias a que se refiere el inciso anterior, introduciendo una trascendental modificación que actualmente carece la actual legislación; esto es, realizar una diferenciación entre el sujeto que vende obras falsificadas directamente al público en una escala menor y la persona que se dedica en mayor escala a obtención de un lucro producto de la comercialización ilícita de las obras protegidas por esta ley, que muchas veces es el “proveedor” de la persona que vende al público estos productos.

Sin perjuicio de celebrar la inclusión de esta diferenciación, la redacción de la norma propuesta podría generar algunos inconvenientes a la hora de distinguir ambas hipótesis. En efecto, el inciso segundo utiliza la expresión “*distribución comercial*”, la cual debe relacionarse con la voz “*distribución*”, definida en el artículo 5º letra q) de la ley en estudio como “*la puesta a disposición del público del*

253 El actual artículo 80 letra b) de la Ley 17.336 contempla solamente una pena privativa de libertad. Si bien parece adecuado incluir una multa, se debe tener especial cuidado en fijar las cuantías.

254 Referencia: UTM de abril de 2008.

original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia". De la lectura de esta definición surgen las primeras dudas, ya que por un lado la comercialización al público se sanciona en el inciso primero, pero el inciso segundo, que pretende sancionar al "mayorista", utiliza la expresión distribución, la cual es definida por la propia ley como la puesta a disposición del público, confundiendo con la hipótesis del inciso primero.

Para efectos de diferenciar ambas hipótesis se podría dejar expresa constancia en la historia de la ley que el inciso segundo pretende sancionar a los proveedores de los comerciantes callejeros o bien a los sujetos que tienen montado un verdadero "laboratorio" de falsificación de obras protegidas, y no a los que venden dichos productos en la calles, los cuales debieran ser sancionados en base al inciso primero.

Por otro lado, en cuanto a los verbos rectores, se incluye al sujeto que interne al país estos objetos, lo cual resulta positivo, evitando interpretaciones restringidas de la voz importación, en el sentido de sancionar sólo a los que cumplan con la importación conforme a la normativa vigente. Además, se elimina la expresión alquiler, ubicándola en el inciso primero, lo cual si bien es positivo por el hecho de incluir este verbo rector en la primera figura de este artículo, podría interpretarse como una eliminación en el inciso segundo. Sobre este punto, se podría dejar expresa constancia en la historia de la ley o bien en una eventual inclusión de una definición en la ley que esta expresión se refiere a la distribución en un sentido amplio, abarcando la transferencia del dominio o bien solamente su uso o goce.

Esta figura requiere de ánimo de lucro, lo cual desde luego implica la acreditación de un factor adicional a la hora de acreditar este ilícito.

Por último, en cuanto a la penalidad, se establece derechamente la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1000 UTM. Si bien la situación que pretende sancionar el inciso segundo merece mayor reproche y por ende mayor penalidad, nuevamente nos encontramos con sanciones pecuniarias elevadas, remitiéndonos a los comentarios ya realizados sobre este tema.

3.4. Reincidencia.

El proyecto contempla una norma que regula en forma especial la reincidencia para todos los delitos previstos en la Ley N° 17.336, lo que desde luego es un importante avance. En relación con la redacción actual de la norma propuesta, se valora el hecho de simplificar la redacción del artículo 82 originario, el cual contemplaba varias exigencias (como por ejemplo una limitación temporal de cinco años) y no resultaba claro en cuanto a su aplicación.

Sin perjuicio de lo anterior, en el actual artículo 82²⁵⁵ del proyecto se habla

255 Artículo 82: "En caso de reincidencia de los delitos previstos en esta ley, se aplicarán las

de la reincidencia en los delitos previstos en la Ley N° 17.336, propuesta que debiera armonizarse con la reciente modificación que sufrió el Código Penal con la publicación de la Ley N° 20.253 (denominada agenda corta), la cual entre otras materias modificó el artículo 12 circunstancia 16a del Código Penal, sustituyéndose la expresión “reincidente” por “haber sido condenado el culpable por delitos de la misma especie”.

Pareciera recomendable hacer coincidir los mismos términos que emplea el actual artículo 12 circunstancia 16a con el tenor del artículo 82 del proyecto de ley, ya que de esta manera se salvarían todos los problemas prácticos que motivaron la modificación al Código Penal.

3.5. Asociación ilícita.

Al igual que en el proyecto del año 2004, se propone incorporar una figura especial de asociación ilícita en el artículo 83²⁵⁶, haciendo una remisión expresa a las normas sobre este delito consagradas en el Código Penal.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible sostener que para la persecución y sanción de este tipo penal deberán acreditarse previamente los elementos que la doctrina y jurisprudencia exigen para la configuración del delito contemplado en el Código Penal; esto es: la existencia de una colectividad de individuos con una finalidad común, la cual estará dada por el programa criminal de la asociación que, además, debe contar con cierta estructura jerárquica en su interior y con el carácter de permanente, todo lo cual requiere un alto estándar probatorio por parte de los tribunales de justicia, con escasa acogida a nivel jurisprudencial.

Cabe observar que el citado artículo 292 ya contempla la situación de una eventual asociación ilícita de esta naturaleza, específicamente en la parte que la propia norma señala que la asociación puede tener como finalidad atentar contra **las propiedades**, concepto en el que debiera entenderse incluida la propiedad intelectual.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que el hecho de actuar en grupo podría ser efectivamente sancionado si se estableciera como agravante de los delitos contra la propiedad intelectual. En este sentido, además de la figura anterior, podría contemplarse una agravante especial respecto de los sujetos que actuaran concertados para cometer el delito o bien respecto de los sujetos que hayan

penas máximas contempladas para cada uno de ellos. En estos casos, la multa no podrá ser inferior al doble de la anterior, y su monto máximo podrá llegar a 2.000 unidades tributarias mensuales”.

256 Artículo 83: “Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer los delitos contemplados en el artículo 81, serán sancionados en conformidad a los artículos 293 y siguientes del Código Penal.

En el caso del artículo 293 del Código Penal, se aplicará además una multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales; y de 50 a 500 unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 294 del Código Penal”.

tenido participación en los hechos como organizador, financista; o que hayan ejercido mando o influencia o suministrado los medios para cometerlo.

4. Aspectos procesales penales relevantes.

4.1. Destino de las especies.

El artículo 85 C²⁵⁷ del proyecto faculta al tribunal para ordenar la destrucción de la mercadería infractora o su apartamiento de los circuitos comerciales, previa solicitud del perjudicado, o bien destinarla a instituciones de beneficencia, previa autorización del perjudicado.

La actual redacción de la norma no contempla la posibilidad de que el Ministerio Público u otro interviniente solicite la destrucción de la mercadería infractora o su apartamiento de los circuitos comerciales, o bien la destinación benéfica, facultad que sí estaba incluida en el proyecto originario y que estimamos debiera reincorporarse. Lo anterior, teniendo en cuenta las normas contempladas en el Código Procesal Penal, específicamente los artículos 187 y 188, según los cuales los ejemplares infractores deben ser objeto de incautación, correspondiendo la conservación y custodia al Ministerio Público, sin tener el afectado un poder de disposición o administración de estas especies. Luego, si posteriormente caen en comiso, el artículo 469 del CPP es claro al señalar que el tribunal tiene la posibilidad de proceder a destruir las especies o bien poner las especies a disposición de la Dirección General de Crédito Prendario. Si no se decretara el comiso, el inciso final del artículo 470 del CPP señala que en el caso de especies de carácter ilícito, el fiscal solicitará al juez que le autorice proceder a su destrucción.

Si bien este marco general puede presentar normas de excepción como la propuesta en el proyecto, se podría dejar a salvo la facultad del tribunal para que en casos especiales de reproducciones con valor educativo o cultural o de especial interés para personas discapacitadas, sea el juez el que tome esta decisión sin estar supeditada a la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de que se lo escuche antes de tomar una decisión al respecto.

257 Artículo 85 C: “El tribunal, a solicitud del perjudicado, ordenará que los ejemplares que hubieren sido producto de alguna infracción o delito contenido en esta ley sean destruidos o apartados del comercio.

Estos ejemplares sólo podrán ser destinados a beneficencia por el tribunal cuando cuente con autorización del titular de los derechos. En este caso, el tribunal podrá decretar las medidas necesarias para garantizar que no reingresen al comercio, ordenando el marcado de los ejemplares y decretando la prohibición de enajenarlos por parte del beneficiario”.

4.2. Medidas precautorias.

El artículo 85 D²⁵⁸ del proyecto establece distintas medidas precautorias especiales, las cuales teniendo en cuenta su ubicación en el párrafo tercero, titulado “*De las normas aplicables al procedimiento civil y penal*”, debieran ser aplicables en sede penal, afirmación que sería conveniente dejar bien en claro en la discusión parlamentaria para evitar dudas interpretativas una vez que el proyecto se convierta en ley.

Se contemplan varias figuras, como por ejemplo la suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución, representación o cualquier otra forma de explotación presuntamente infractora; la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados; la retención de los ejemplares ilícitos y de los materiales, maquinarias e implementos que hayan sido destinados a la producción de ejemplares presuntamente ilícitos y el nombramiento de uno o

258 Artículo 85 D: “El tribunal podrá ordenar, en cualquier estado del juicio, las siguientes medidas precautorias:

- a) La suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución, representación o cualquier otra forma de explotación presuntamente infractora;
- b) La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados, incluyendo la prohibición de publicitar o promover los productos o servicios motivo de la presunta infracción;
- c) La retención de los ejemplares presuntamente ilícitos;
- d) La retención o secuestro de los materiales, maquinarias e implementos que hayan sido destinados a la producción de ejemplares presuntamente ilícitos, o de la actividad presuntamente infractora, cuando ello sea necesario para prevenir futuras infracciones;
- e) La remoción o retiro de los aparatos que hayan sido utilizados en la comunicación pública no autorizada, a menos que el presunto infractor garantice que no reanudará la actividad infractora;
- f) El nombramiento de uno o más interventores, y
- g) La incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución, hasta el monto correspondiente a los derechos de autor que establezca prudencialmente el tribunal.

En lo no regulado por el inciso precedente, la dictación de estas medidas se regirá por las normas generales contenidas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas establecidas en este artículo podrán solicitarse, sin perjuicio de las medidas prejudiciales de los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, como medidas prejudiciales, siempre que se acompañen antecedentes que permitan acreditar razonablemente la existencia del derecho que se reclama, el riesgo de una inminente infracción y se rinda caución suficiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil”.

más interventores, entre otros.²⁵⁹

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención la incorporación de una letra g), la cual no estaba contemplada en el mensaje, relativa a la incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución, hasta el monto correspondiente a los derechos de autor que establezca prudencialmente el tribunal.

Al respecto, es importante tener presente que el artículo 187 del Código Procesal Penal dispone que los objetos documentos e instrumentos que se encontraren en poder del imputado o de otra persona podrán ser objeto de incautación. A su vez, el artículo 217 del mismo cuerpo legal señala que los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación.

En ambas normas no existen limitaciones vinculadas a un determinado perjuicio causado. Luego, este nuevo inciso podría implicar una grave limitación en las posibilidades de sustraer al imputado de los efectos del delito, lo cual desde luego atenta contra una debida persecución y sanción de este tipo de conductas. En base a lo anterior, se propone eliminar la actual letra g) del artículo 85 D del proyecto, la cual ya se encuentra contemplada en sede penal en términos mucho más amplios.

Respecto del inciso final, resulta importante dejar expresamente señalado que en sede penal el Ministerio Público no está obligado a rendir caución, principalmente en base a los siguientes argumentos:

- El Ministerio Público carece de patrimonio propio sobre el cual se pueda hacer efectiva la fianza o la garantía y, de esta forma, responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.
- El Ministerio Público no puede ejercer la demanda civil.
- El artículo 63 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado señala expresamente que el Estado, el fisco, las municipalidades y los servicios de la administración descentralizada no están sujetos a las cauciones y consignaciones del Código de Procedimiento Civil y otras leyes especiales.

259 El proyecto originario contemplaba la figura del secuestro, la cual presenta varios problemas prácticos en sede penal, como por ejemplo, la necesidad de tener motivos para temer que la cosa se pierda o deteriore en manos del imputado (no procedería en todos los casos), requiriendo además la intervención de un tercero para que la conserve, lo cual es otro inconveniente. Además, en estos casos el dueño de la cosa no pierde su facultad de disposición jurídica, por lo que podría suceder que estos bienes sean enajenados por su dueño, debiendo necesariamente acompañar esta medida con otra, como por ejemplo, la prohibición de celebrar actos y contratos.

– Por otro lado, no está de más señalar que tradicionalmente en el proceso criminal chileno no se han exigido cauciones a quien solicita la imposición de medidas precautorias contra el sujeto pasivo del juicio penal.

5. REFERENCIA A LA LEY N° 19.227.

Por último, resulta importante referirse brevemente a los artículos 2 y 3 del proyecto, los cuales recogen y suprimen en su parte pertinente los artículos 11 y 12 de la Ley N° 19.227, conocida como Ley del Libro, que en la actualidad sanciona con la pena del artículo 79 de la Ley N° 17.336 a los que comercialicen libros de edición o impresión fraudulenta o reproducidos sin la autorización del titular; y a los que utilicen procedimientos engañosos o fraudulentos para acceder en forma indebida a los beneficios que consagra la citada ley.

El artículo 3 deroga el inciso segundo y tercero del artículo 11 de la Ley del Libro, ya que dichas conductas se encuentran contenidas en el proyecto de ley en estudio, dejando vigente solamente el inciso primero, el cual simplemente señala que las infracciones y delitos que se cometan en relación con el objeto de protección de la Ley N° 19.227 se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 17.336, de propiedad intelectual.

A su vez, se deroga el artículo 2 que en la actualidad establece que los libros materia del delito serán entregados al autor o al titular de los derechos patrimoniales, y si no fuere posible su ubicación, serán entregados en dominio a la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, la que dejará constancia de esta sanción en cada ejemplar. Al existir en el proyecto de ley normas especiales respecto del destino de las especies incautadas y decomisadas, se debieran aplicar dichas normas en este tipo de casos.

CASO FERMEX: LA “ESTAFA DE LOS QUESITOS”. UNA EXITOSA EXPERIENCIA DE PROTECCIÓN Y REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS PATRIMONIALES.

Alejandro Moreira Dueñas²⁶⁰

El sistema procesal penal chileno tiene como a uno de sus actores principales al Ministerio Público, protagonismo que no es casual, en la medida que tanto la Constitución Política de la República como el Código Procesal Penal y su propia Ley Orgánica le encargan dos misiones de gran importancia; la primera, como es sabido, dice relación con la investigación de los hechos constitutivos de delitos y la persecución de los presuntos responsables, y la segunda, en igual jerarquía que la primera función, impone al Ministerio Público el deber de dar protección a las víctimas de los delitos.

El cumplimiento de esta segunda función se asocia generalmente a la investigación de hechos punibles que afectan la integridad o seguridad individual de las personas, como en el caso de delitos violentos, de género o de connotación sexual; sin embargo, por algún motivo, se olvida que también la perpetración de ilícitos que afectan el patrimonio individual cometidos por medios inmateriales (siguiendo la clásica distinción formulada por Etcheberry) tienen una víctima que sufre los efectos del acto contrario al ordenamiento jurídico. En efecto, su calidad de afectado la hace sobrellevar las mismas penurias que el sistema causa; la doble victimización, la falta de soluciones concretas, la falta de una asesoría letrada, etc.

Probablemente se podrá replicar que la calidad de “víctima” difícilmente logrará aplicarse a empresas o personas jurídicas que ven menoscabado su patrimonio; piénsese por ejemplo en una institución financiera que es defraudada en cifras no importantes, por lo que en este caso se tiende a dudar de la real lesividad que este hecho podría haberle causado. No obstante lo controversial que puedan resultar este tipo de opiniones, tradicionalmente se omite como elemento a considerar al momento de analizar este tema, el hecho de que esta clase de ilícitos puede también afectar perfectamente a personas naturales de niveles socio económicos medios y bajos, y la circunstancia de que para estos grupos la “lesividad” del ilícito puede acrecentarse en atención al contenido, generalmente de pocas fuerzas, del patrimonio de la víctima. No debe tampoco olvidarse que la característica más relevante de las defraudaciones es que ellas van usualmente precedidas de un “engaño”, el que justamente tiene terreno fértil en personas de escasa instrucción y educación.

Si bien no es nuestra intención asimilar el daño que sufre una persona lesionada o violada con el que soporta una persona estafada, por cuanto nadie sería-

²⁶⁰ Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

mente podría sostener aquello, lo que se pretende en esta sede es simplemente resaltar que todas estas personas revisten una misma calidad jurídica: son víctimas de un hecho típico, antijurídico y culpable. Por lo tanto, no cabe duda que las personas afectadas por fraudes merecen también toda la protección que el Ministerio Público se encuentra obligado a proporcionar a las víctimas de un delito, con las diferencias que evidentemente la naturaleza de la “protección” requiera y que en esta clase de hechos punibles se aproxima más a la reparación, derecho que también universalmente se le reconoce a los afectados²⁶¹.

Sin embargo, tratándose de delitos contra el patrimonio individual a veces se escuchan frases como “El Ministerio Público sólo tiene como misión investigar y acusar a los responsables por los delitos que hayan cometido”, “El fiscal no es el abogado de la víctima” o “Siempre existe la vía civil para solucionar el problema”. Al amparo de estas concepciones se busca efectuar una ponderación de las necesidades que en relación con la investigación y las víctimas deben ser satisfechas de forma inmediata y primordial por las fiscalías, cayendo sin embargo con ello en una usual inactividad en cuanto a la realización de actuaciones concretas que busquen proteger y reparar patrimonialmente a los perjudicados, ignorando en ocasiones el contundente tenor literal del artículo 6° inciso segundo del Código Procesal Penal, que obliga al fiscal a promover acuerdos reparatorios, solicitar medidas cautelares o adoptar otros mecanismos que faciliten la *reparación* del daño sufrido, sin distinguir la clase de ilícitos de que se trate.

Es importante recordar que nuestro legislador optó por no permitir que el Ministerio Público interpusiera acciones civiles en representación de la víctima, siguiendo en esta materia el modelo del StPO Alemán²⁶², aún cuando mantuvo en el artículo 171 inciso final la posibilidad que la fiscalía, tratándose de cuestiones prejudiciales civiles previas, promueva la iniciación e intervenga hasta el término del proceso civil correspondiente, excepción que técnicamente pareciera inexplicable e incoherente con el principio general anteriormente señalado, pero probablemente demuestre que éste fue aceptado a regañadientes.

Una correcta interpretación del marco jurídico vigente nos lleva a concluir que es perfectamente posible aplicar armónicamente ambos principios sin que el fiscal se transforme de facto en patrocinante de la víctima, pero otorgando una protección eficaz y asegurando el éxito de la reparación mediante las herramientas que nuestra legislación otorga al Ministerio Público.

Al revisar en este punto el derecho comparado, podemos constatar que las alternativas son variadas pero todas ellas apuntan a asegurar que la víctima pueda instar por la aplicación de mecanismos de reparación, los que pueden estar o no en manos de la fiscalía. Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Cri-

261 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

262 Véase, ROXIN, CLAUS: “Derecho Procesal Penal”. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 538 y ss.

minal Española en su artículo 108 indica que: “La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”. En nuestra región el Código Procesal Peruano artículo 11 N° 1 señala que: “El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito”. En otras legislaciones, si bien es cierto que el organismo persecutor no tiene la obligación de representar a la víctima, como en Argentina, el Estado provee mecanismos efectivos de reparación, sin perjuicio que estos sean aplicables a ciertas categorías de ilícitos; por ejemplo, el caso de Inglaterra y Gales en donde operan de esta manera The Criminal Injuries Compensation Authority en coordinación con The Crown Prosecution Service.

Teniendo presentes las consideraciones anteriores, nos parece de la mayor relevancia destacar la actuación desarrollada por la fiscalía en el llamado “Caso Fermex” o “Caso de la Estafa de los Quesitos”, en la medida que ésta puede sin duda concebirse como la más contundente demostración de que el Ministerio Público sí puede adoptar e instar por la aplicación de medidas y providencias que estén orientadas a proteger y reparar el daño sufrido por víctimas de delitos patrimoniales, sin que esto signifique desfigurar su rol ni transformarse en apoderado de los afectados. Revisemos la historia de este caso.

A fines del año 2004 se constituyó en nuestro país la empresa “Fermex Chile S.A.”, integrada exclusivamente por dos chilenos, quienes compartían la representación de dicha sociedad. Fermex proponía un “negocio” muy sencillo y lucrativo: la exportación de materias primas para elaborar cosméticos a Europa. Para ello era necesario que los interesados en participar (las víctimas) compraran a Fermex un sobre que contenía fermentos, los que luego eran “cultivados” por las mismas personas en sus hogares. El resultado de este proceso eran los famosos “quesitos”. La empresa ofrecía adquirir los “quesitos” al doble del valor que las personas adquirirían los sobres; en otras palabras, se ofrecía el 100% de utilidad, por lo que la gran rentabilidad del negocio fue rápidamente propagándose entre la gente, sin que supieran que Fermex nunca realizó exportación alguna y que los pagos simplemente eran realizados con los fondos que los nuevos y entusiastas participantes aportaban al adquirir los sobres.

Luego de revisados los antecedentes que por medio de algunas denuncias fueron hechos llegar al Ministerio Público, al percatarse la Fiscalía que la empresa no tenía posibilidades de seguir funcionando de esta manera pues en algún momento cercano se produciría la imposibilidad financiera de pagar a los participantes y el eventual cierre de la empresa por parte de sus socios, quienes procederían a llevarse los fondos invertidos sin pagar a los participantes, se tomó la determinación de solicitar al Juez de Garantía la incautación de las cuentas corrientes y demás instrumentos representativos de dinero.

Fuera de lo ya expresado, la solicitud de incautación se basó en que ante la inexistencia de ventas al exterior efectuadas por Fermex S.A., era evidente que todo el dinero que poseía la empresa simplemente eran los fondos entregados

por los miles de participantes que engañados los habían cedido; es decir, y utilizando el vocabulario técnico, correspondían a “*efectos del delito*” por lo que se justificaba su incautación de acuerdo a nuestra legislación vigente. Estos argumentos fueron acogidos por el Juez, lográndose de esta manera la incautación de cerca de cinco millones de dólares, quedando la fiscalía como custodio de ellos.

La exposición mediática del caso, que principalmente se debió al importante número de víctimas (sobre las 4.000 personas), llevó al Ministerio Público a adoptar diversas medidas para recibir y tramitar rápidamente las miles de denuncias y querrelas presentadas en distintas partes del país, situación que para algunas fiscalías locales significó destinar parte importante de su personal a la recepción de las personas que concurrían a denunciar.

Una vez finalizado este proceso, el Ministerio Público decidió agrupar las denuncias para de esta manera determinar y manejar un universo total de víctimas. Con esta información era posible avanzar al siguiente paso: determinar el perjuicio individual de los afectados.

¿Y por qué el Ministerio Público se preocupó de acreditar cuál era el dinero defraudado a cada persona? ¿Por qué no se centró únicamente en cambio a investigar a los responsables y dejar que cada víctima iniciara las acciones legales que estimara pertinentes para recuperar su dinero?

La respuesta a estas interrogantes la encontramos en una idea que fue defendida por la Fiscalía y que fundamentalmente decía relación con sostener que una proporción del dinero estafado le pertenecía a cada una de las víctimas, pues los antecedentes del caso así lo demostraban, transformándose en una ineludible actuación de protección hacia los denunciados la determinación del perjuicio individual, ya que se habían incautado dineros y existía la posibilidad cierta para los miles de estafados de recuperar parte de los fondos defraudados.

En el cumplimiento de su obligación constitucional y legal de protección a las víctimas, la Fiscalía no sólo debió adoptar tales medidas, sino que además debió defender ante distintas instancias judiciales la permanencia de los dineros incautados bajo su custodia en sede penal, revistiendo una particular complejidad la declaración en quiebra de Fermex S.A., pues ello provocó que el Síndico designado intentara tomar los fondos incautados para proceder a pagar a los acreedores de la fallida en el marco del proceso civil de quiebra.

La dificultad que se planteaba era que los dineros incautados por orden del Tribunal de Garantía “*formalmente*” figuraban a nombre de Fermex S.A. (sin perjuicio que “*materialmente*” eran de propiedad de las víctimas, pues se trataba del dinero estafado), circunstancia que en apariencia hacía aplicable uno de los efectos de la sentencia declaratoria de bancarrota, nos referimos a la incautación que debe realizar el Síndico para conformar la masa de la quiebra que será repartida entre los acreedores. Esta situación, que podría describirse como una “*superposición*” de marcos jurídicos, fue de cierta manera resuelta por la Corte Suprema al rechazar una eventual contienda de competencia entre la Fiscalía y el Tribunal Civil, declarando que no existía contienda alguna

y que sólo el Tribunal de Garantía podía dejar sin efecto la incautación por él mismo decretada, decisión que debía relacionarse con la que anteriormente había tomado el Juez de Garantía en orden a rechazar la petición del Síndico de levantar la incautación penal.

Esta última resolución fue pronunciada en el marco de la audiencia que regula el artículo 189 del Código Procesal Penal, y entre las razones que en dicha oportunidad dio el Tribunal para no acceder a la petición del Síndico y mantener los dineros incautados en sede penal, encontramos la consideración de que el régimen concursal tiene aplicación en el caso de “empresas regulares” y no cuando esta fue utilizada para cometer delitos. Otro argumento que esbozó el Juez fue que en ese momento procesal, apenas tres meses después del inicio de la investigación, existían fundamentos para sostener que los dineros incautados por petición de la Fiscalía correspondían a efectos del delito.

Pero además, con miras a mejorar el “derecho a la reparación”, la fiscalía solicitó al Tribunal su autorización para que los dineros incautados fueran mantenidos en instrumentos para evitar su desvalorización, medida a la que accedió el Tribunal y que se materializó mediante la toma que el Ministerio Público efectuó a su nombre de depósitos a plazo en una institución bancaria.

En relación con esta importante medida que logró ser adoptada a instancias de la Fiscalía para asegurar la adecuada protección y reparación de las víctimas, resulta importante recordar que en muchas ocasiones se ha criticado al sistema judicial chileno en el sentido que las “medidas de protección” adoptadas son claramente insuficientes e ineficaces sin embargo, el beneficio de una medida como la que siguió la Fiscalía en este caso era tan evidente que probablemente ninguna persona hubiera cuestionado racionalmente esta decisión.

Desde otro punto de vista, cabe tener presente que al momento de incautar las cuentas corrientes y solicitar que los dineros pasaran a depósitos a plazo, no era necesario que se tuviera certeza respecto de si los hechos investigados realmente constituían un delito ni tampoco de la culpabilidad de los imputados, ni la podía haber en esa etapa del proceso, ya que estas medidas estaban orientadas a proteger a las víctimas y a asegurar su derecho de reparación; entonces, no caben aquí los típicos argumentos que se expresan por parte de algunos en el sentido de que para actuar de manera similar es necesario que no haya dudas respecto a la calificación delictual del hecho investigado, pues al momento de iniciar una investigación de estas características (como también la de la mayoría de los llamados delitos económicos) la Fiscalía no cuenta con dicha evidencia, sino que únicamente con indicios que demandan una actuación rápida.

Dentro de este proceso, gracias al apoyo prestado por diversos profesionales de la Policía de Investigaciones de Chile, se logró individualizar a las personas que tenían la calidad de víctimas (en términos monetarios, pues mucha gente ganó dinero); a cuánto ascendía el perjuicio sufrido por cada una de ellas y qué proporción del dinero incautado les sería devuelto. Con esta información la Fiscalía solicitó al Tribunal de Garantía que fijara una audiencia según lo previsto en el artículo 189 del Código Procesal Penal, para instar en ella por la devolución del dinero a las víctimas.

Cabe tener presente que el mencionado artículo 189 regula el mecanismo con que se tramitan las tercerías o reclamaciones de terceros o intervinientes que solicitan la restitución de los objetos incautados o recogidos durante la investigación. En el inciso segundo de dicha norma se indica que las cosas hurtadas, robadas o estafadas se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez que se compruebe su dominio o tenencia por cualquier medio y sea establecido su valor. En el caso de que no se hubiera optado por requerir la aplicación de este procedimiento, el destino de los dineros incautados era el comiso, solución que racionalmente no se acercaba a la realidad del caso concreto pues tanto el dominio individual como el valor de los bienes estafados se encontraba acreditado, por lo que no se apreciaban obstáculos para seguir la regulación del artículo 189.

La primera interrogante que se presentó fue si el Ministerio Público estaba legitimado en términos procesales para solicitar la celebración de este tipo de audiencias, pues es evidente que el principal interesado en ella será la víctima o un tercero. Además, cabe tener presente que la problemática en este caso radicó en que la gran mayoría de los afectados no habían contratado a abogados que los patrocinaran en esta audiencia y que hicieran valer su derecho a recuperar los dineros defraudados. Para encontrar una respuesta a estas inquietudes es necesario tener presente que la citada disposición utiliza la expresión “*intervinientes*” sin excluir al órgano persecutor, y también que en atención a la falta de asistencia judicial de muchos de los defraudados era necesario que el fiscal asumiera un rol más activo para instar por la concretización del derecho a la reparación que asiste a todas las víctimas y no solamente a quienes contrataron un profesional, sin que ello significara que el Ministerio Público asuma la representación de estas personas pues se trata del cumplimiento de una obligación legal. Luego, es claro que la fiscalía si se encontraba autorizada para intervenir en esta audiencia, ya sea por razones de texto o por las características de este caso.

Otro tipo de complicaciones que se presentó era si la mencionada disposición podía aplicarse a situaciones en que el objeto incautado no sea una especie o cuerpo cierto, sino cosas genéricas como el dinero. La respuesta la entrega el mismo artículo 189, que no distingue qué tipo de bienes fueron incautados o recogidos, por lo que formalmente no se apreciaban problemas para proceder a devolverlos a las víctimas una vez comprobado su dominio y establecido su valor. Más importante es el tenor del inciso segundo que habla de “*cosas estafadas*”, hipótesis que justamente era aplicable al dinero incautado por la fiscalía, pues se encontraba acreditado que todos los fondos de Fermex S.A. no eran otra cosa que los depósitos entregados por las víctimas.

Por último, había que considerar que la devolución del dinero a cada una de las víctimas denunciadas no podía ser íntegra; es decir, era imposible entregar la misma cantidad de dinero defraudado, pues simplemente éste no alcanzaba. Sobre este punto la ley procesal nada dice, por lo que para autorizar una devolución prorrateada fue necesario invocar, en primer lugar, el interés de la

víctima, pues siempre será preferible que se recupere algo de dinero en vez de nada, y en segundo lugar, la aplicación de los principios generales del derecho, entre los que se encuentra el derecho de prenda general que asiste a los acreedores en el caso de ejecuciones universales, regla que por analogía podía aplicarse a este caso, aunque pareciera que la solución que se aplicó se imponía por sentido común y por razones de “justicia material”. El Tribunal autorizó que la entrega fuera a prorrata, lo que en términos prácticos significó que cada una de las víctimas, independientemente del perjuicio sufrido, recibiera cerca del 60% del dinero que le fue defraudado.

Si a los anteriores hechos se suma la circunstancia de que los imputados de nacionalidad chilena fueron condenados y la imputada extranjera detenida en Europa, a la espera de ser juzgada en Francia en virtud de un proceso cuya apertura fue requerida por el propio Ministerio Público, no cabe otra cosa que concluir que este proceso alcanzó todos los objetivos que modernamente se le asignan al procedimiento penal: buscar responsables y también proteger y reparar a las víctimas; transformándose este caso en uno de los ejemplos que pueden invocarse a la hora de referirse al rol del Ministerio Público frente a las víctimas, dejando de lado formalismos y rigideces interpretativas que además de no respetar nuestro ordenamiento jurídico vigente, no acercan a la Fiscalía a las personas que sufren la perpetración de ilícitos.

VISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO ACERCA DEL PROYECTO DE LEY QUE BUSCA SANCIONAR Y REPRIMIR EL COMERCIO ILEGAL.

Verónica Rosenblut Gorodinsky²⁶³

1. Antecedentes.

Con fecha 22 de mayo de 2007, el Poder Ejecutivo presentó a la Honorable Cámara de Diputados el Mensaje N°128-355, que contenía el Proyecto de Ley por el cual se intentaba abordar y dar solución al problema del comercio ilegal. Tal objetivo pretendió ser alcanzado, según se advertía de la lectura del contenido del proyecto original, mediante la tipificación de una nueva figura delictiva por la cual pudieran sancionarse penalmente dichas conductas y la utilización de técnicas especiales de investigación hasta hoy restringidas, en los casos en que el comercio ilegal sea desarrollado por sujetos que se han asociado con tales fines.

El Proyecto constaba de cinco artículos. El primero de ellos contemplaba la nueva figura penal a que se ha hecho alusión; en el artículo segundo se efectuaba una remisión a las figuras de asociación ilícita de los artículos 293 y ss. del Código Penal, tratándose de sujetos que se asociaren para comerciar ilegalmente; en el tercero se facultaba expresamente la utilización de técnicas especiales de investigación como son las entregas vigiladas o controladas de mercancías en los casos en que el comercio ilegal es desarrollado por asociaciones delictivas; en el artículo cuarto se facultaba a las policías y autoridades públicas para fiscalizar la actividad de quienes ejercen el comercio ambulante; y por último, en el artículo quinto, se introducía una modificación al artículo 201 de la Ley de Tránsito N° 18.290, estableciéndose la forma en que debía ser sancionada la omisión a la prohibición prevista en el N°3 del artículo 165 de la misma Ley e imponiéndose la pena de comiso respecto de las especies comercializadas.

2. Observaciones formuladas por el Ministerio Público al Proyecto original.

Consultada en primer trámite constitucional la opinión del Ministerio Público en relación con el contenido y cuerpo de este proyecto, aproximadamente en el mes de junio del año pasado, el entonces Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena envió a la referida Cámara un informe por medio del cual se formulaban observaciones a dicho proyecto, dejando entrever así la visión que como institución se consideraba importante afirmar a la hora de legislar sobre este fenómeno delictivo.

263 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

En dicha oportunidad, el Ministerio Público señaló que si bien compartía la inquietud que había motivado la presentación de este Proyecto, principalmente por el carácter de foco delictivo que ostenta el cada vez más extendido y masificado comercio ilegal, pasando a constituir hoy en día un terreno fértil para la comercialización al margen de la ley de bienes de las más diversas clases y la corrupción del mercado, así como el canal propicio para poner en circulación especies provenientes de hechos delictuales, se consideraba en primer lugar importante recordar que con fecha 23 de abril de 2007, el Poder Ejecutivo había enviado al Congreso el Mensaje N°130-355, con el cual se inició la tramitación del Proyecto de Ley que busca modificar la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual.

Ello, por cuanto en el cuerpo de dicho Proyecto se proponen una serie de modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual que se topan o coinciden con lo señalado en los dos primeros artículos del primitivo Proyecto sobre comercio ilegal, como ocurría con el tipo penal que se proponía en el artículo 1°, uno de cuyos objetos eran los productos falsificados y cuya comercialización se sanciona en el nuevo artículo 81 que se propone en el Proyecto sobre Propiedad Intelectual; o con la remisión al tipo penal de la asociación ilícita que se proponía en el artículo 2° de este proyecto, vía de sanción que ya ha sido explorada por el Proyecto que modifica la Ley de Propiedad Intelectual al proponerse un nuevo artículo 83 por el cual también es posible sancionar la comisión por medio de asociaciones de los delitos que se regulan en dicha ley, entre los cuales está, al igual que en el Proyecto sobre comercio ilegal, la comercialización de obras protegidas falsificadas.

Por este motivo y a fin de evitar incongruencias entre uno y otro Proyecto, dada la íntima relación existente entre algunas de sus normas y los terrenos comunes que uno y otro abordaban, se señaló que se estimaba muy relevante tener presente las coincidencias durante la tramitación de ambos proyectos o tramitar estas iniciativas de forma conjunta, de modo que la nueva legislación que se relacione con la comercialización de especies ilícitas sea lo más armónica posible.

En lo que dice relación con el articulado del proyecto, las observaciones más importantes que se formularon se refirieron al texto de los artículos 1°, 2° y 3°.

En efecto, en cuanto al contenido del artículo 1°²⁶⁴, la principal crítica que se formuló en su oportunidad se refería a que el tipo penal propuesto invadía el campo de aplicación de otros delitos como aquellos establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual e Industrial, ciertos delitos tributarios y el delito de re-

264 Artículo 1°: “El que comercialice al público productos falsificados o que no tengan las autorizaciones sanitarias correspondientes o respecto de los cuales no pueda acreditar su origen, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 5 a 100 unidades tributarias mensuales.”

Inc. 2°: “El que provea al comerciante infractor los productos señalados en el inciso primero, será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo y con multa de 50 a 200 unidades tributarias mensuales.”

ceptación, sin que existiera ningún criterio que permitiera determinar por cuál tipo penal debía optarse, o cómo debían concurrir éstos, lo que en la práctica podría derivar en una aplicación arbitraria y poco uniforme de los tipos penales en cuestión, retrocediendo en aquello que se ha avanzado respecto de la procedencia de los delitos actualmente existentes. Lo anterior se estimaba aún más grave si se consideraba que actualmente y como se dijo, se está discutiendo en el Congreso Nacional un proyecto de ley iniciado también por mensaje presidencial²⁶⁵, el cual en su artículo 81 propone ampliar el llamado “delito de piratería” a todo tipo de obras protegidas.

En relación con esta misma figura, el Ministerio Público señaló que de la observación del primer acápite del Proyecto, en donde se relataba cómo el comercio ilegal afectaba el patrimonio fiscal al generar una millonaria evasión tributaria; cómo vulneraba además la Propiedad Intelectual y la Propiedad Industrial al no respetarse en la elaboración de los productos así comercializados los derechos de los titulares de las obras o sus privilegios; cómo generaba competencia desleal informalizando la economía y, finalmente, cómo ponía en riesgo la salud y seguridad de la población dada la falta de certificación y fiscalización sanitaria de alguno de los productos ilegalmente comercializados, haciendo alusión así a una serie de bienes jurídicos distintos, podía concluirse que se intentaba tipificar un delito pluriofensivo, lo cual podía plantear una serie de dificultades a la hora de querer aplicar el tipo penal propuesto al darse diversas situaciones concursales de difícil solución.

En relación con las sanciones propuestas, se hizo ver también que el Proyecto establecía penas privativas de libertad y pecuniarias más benignas que las establecidas por otros tipos penales en colisión, como el delito de receptación o el artículo 81 del proyecto de ley mencionado precedentemente, lo que eventualmente podría traducirse en la sucesiva desaplicación de tales figuras penales.

Por otra parte, se consideró también importante tener presente que mediante la tipificación de esta figura, podrían eventualmente ampliarse las atribuciones de persecución penal del Ministerio Público a conductas que al día de hoy se encuentran sancionadas con delitos de acción penal previa instancia de particular y por tanto ajenas a la discrecionalidad del órgano persecutor, como son los supuestos del delito de comercio clandestino previsto en el Código Tributario y las infracciones contra la Propiedad Industrial.

Por último, en relación con este artículo se señaló además que se echaba de menos la tipificación de la tenencia con fines de comercialización, teniendo en consideración que en la práctica muchas veces solamente era posible acreditar la tenencia con fines de venta de las especies falsificadas o de origen desconocido, y que tanto en el actual artículo 80 b) de la Ley N° 17.336 así como en el artículo 81 del proyecto que pretende modificar dicha ley, y en el artículo 456

265 Mensaje N° 130-355, con el cual se inicia un proyecto de ley cuyo objetivo es modificar la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, presentado al Congreso con fecha 23 de abril del presente año.

bis A, que sanciona el delito de receptación, se consideraba típica la tenencia con fines de comercialización, en el primer caso, y la simple tenencia en el segundo, respecto de los objetos a que cada tipo penal se refiere.

En cuanto a la norma propuesta por el artículo 2° del Proyecto²⁶⁶, el Ministerio Público hizo ver el hecho de que atendida la remisión que la misma norma efectuaba al artículo 293 del Código Penal, aquella podría interpretarse en el sentido de que para proceder a la persecución y sanción de los tipos penales establecidos en el artículo primero frente a una pluralidad de sujetos que han actuado concertadamente, debería acreditarse siempre previamente la existencia de una colectividad de individuos con una finalidad común dada por el programa criminal de la asociación, dotada de cierta estructura jerárquica en su interior y con el carácter de permanente, elementos que suponen un alto estándar probatorio.

En base a lo anterior, se señaló que si lo que se perseguía era sancionar con mayor eficacia a quienes actúan en grupos, este objetivo se conseguiría de mejor manera si además se estableciera una agravante especial, tal como se prevé para los delitos de tráfico de drogas en el artículo 19 a) de la Ley N° 20.000, según el cual: *“si el imputado en alguno de los delitos de esta ley formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de asociación ilícita”,* deberá elevarse la pena en un grado. De esta forma, podría agravarse la penalidad respecto de los sujetos que actuaren concertados para cometer el delito o bien respecto de los sujetos que hayan tenido participación en los hechos como organizador, financista, o que hayan ejercido mando o influencia o suministrado los medios para cometerlo.

En lo que respecta al contenido del artículo 3°²⁶⁷ del Proyecto, si bien se valoró

266 Artículo 2°: “Los que se asociaren para cometer alguno de los delitos de esta ley, serán sancionados en conformidad a los artículos 293 y siguientes del Código Penal.”

267 Artículo 3°: “Cuando se investigare la comisión de uno de los delitos sancionados en esta ley, bajo los supuestos contemplados en los artículos 293 y 294 del Código Penal, el juez de garantía previa solicitud del Ministerio Público, podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de los productos objeto del comercio ilegal, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.”

Inc. 2°: “Se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, alguno de los fines descritos en el inciso anterior. Cuando los productos objeto del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación”.

Inc. 3° “El Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro

que mediante el mismo se permitiera al Ministerio Público emplear técnicas especiales para la investigación de estos delitos, se hizo ver, en lo fundamental, la inconveniencia de que dicha facultad se restringiera sin razón aparente a los supuestos en que los delitos regulados en el artículo primero se realizaran en el marco de una asociación ilícita; de que su utilización se supeditara a la obtención previa de una autorización del juez de garantía, a todas luces innecesaria dado el tenor del artículo 9° del Código Procesal Penal; y el hecho de que pese a que el Proyecto se hubiera inspirado en este punto en lo señalado por el legislador en los artículos 23 y 24 de la Ley N° 20.000, se facultara únicamente el uso como técnica de la entrega vigilada o controlada, dejando fuera la utilización de otras técnicas como la intervención de toda clase de comunicaciones.²⁶⁸

3. Observaciones formuladas por el Ministerio Público a las indicaciones propuestas por el Ejecutivo.

Continuando con la tramitación de este Proyecto en primer trámite constitucional, se solicitó también al Ministerio Público a fines del año pasado la remisión a la Honorable Cámara de las observaciones que institucionalmente le merecían las indicaciones sustitutivas propuestas por el Ejecutivo al texto original del Proyecto.

Estas indicaciones se refirieron fundamentalmente²⁶⁹ a eliminar la tipificación de

la vida o integridad de los funcionarios que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior, es sin perjuicio que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios encargados de la entrega vigilada o controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia”.

Inc. 4°: “El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, para proteger a todos los que participen en la operación. En el plano internacional la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.”

268 Se señaló además que la elección de esta técnica de investigación difiere de la opción tomada por el Ejecutivo en la elaboración del Proyecto actualmente en trámite que modifica la Ley de Propiedad Intelectual, en la medida que en aquél se autoriza la utilización del agente encubierto, revelador y del informante y no la de entregas vigiladas, diferencia que no aparece fundada en el texto del Proyecto en comentario.

269 Artículo 1°: “Para la investigación y juzgamiento de los ilícitos comprendidos en los artículos 79 letra c) y 80 letra b) de la Ley 17.336, el artículo 11 letra a) de la Ley 19.227, el artículo 456 Bis A del Código Penal y el artículo 97 N° 8 y 9 del Código Tributario, se aplicarán además de las normas establecidas en ellos, las de la presente ley.”

Artículo 2°: “Los que se asociaren para cometer alguno de los delitos señalados en el artículo precedente, serán sancionados en conformidad a los artículos 292 y siguientes del Código Penal.”

Inc. 2° “En el caso del artículo 293 se aplicará, además, una multa de 200 a 800 unidades tributarias mensuales.”

Artículo 3°: “Cuando se investigare la asociación ilícita a que diere lugar alguno de los delitos señalados en el artículo 1°, el juez de garantía, previa solicitud del Ministerio Público, podrá

una nueva figura penal como la que se proponía en el artículo 1° del texto original del Proyecto, para establecer en su reemplazo una disposición que señalara

autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de los productos objeto de comercio ilegal, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.”

Inc. 2°: “Se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior. Cuando los productos objeto del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.”

Inc. 3° “El Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las especies y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior es sin perjuicio que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada o controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia.”

Inc. 4° “El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, para proteger a todos los que participen en la operación. En el plano internacional, la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.”

Artículo 4°: “Las policías, los inspectores municipales y fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos, podrán fiscalizar el cumplimiento de la normativa vigente respecto de quienes ejercen el comercio, sea ambulante o establecido. Al efecto estarán facultados para requerir la exhibición de los permisos municipales respectivos, así como los documentos que acrediten el origen de las especies que comercializan.”

Inc. 2°: “No obstante lo establecido en el artículo 162 del Código Tributario, las policías y los fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos podrán denunciar los delitos sancionados en los números 8 y 9 del artículo 97 de dicho código, que conocieren con ocasión de la fiscalización a que se refiere el inciso anterior.”

Artículo 5°: “Las municipalidades deberán establecer, en sus respectivas ordenanzas, los lugares donde se podrá ejercer el comercio ambulante.”

Inc. 2°: “Los comerciantes ambulantes autorizados estarán obligados a contar con carros u otros medios adecuados para la exhibición de sus productos y de los permisos municipales respectivos.”

Artículo 6°: “Agréganse en el artículo 201 de la ley N° 18.290, los siguientes incisos octavo y noveno nuevos: “La infracción de la prohibición establecida en el número 3) del artículo 165 será sancionada con multa de un tercio de unidad tributaria mensual a una unidad tributaria mensual. La reincidencia será sancionada con multa de una a tres unidades tributarias mensuales.” “En los casos señalados en el inciso anterior, la mercadería será decomisada y destruida en la forma y lugares que señalen las ordenanzas municipales respectivas.”

que las normas contenidas en los demás artículos se aplicarían a la investigación y juzgamiento de determinados delitos contra la propiedad intelectual, la recepción y los delitos de comercio ilegal y clandestino; a realizar pequeñas precisiones terminológicas; y a agregar al artículo 4° del proyecto una norma en virtud de la cual se confería legitimación activa tanto a la policía como a los fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos, para denunciar los delitos de comercio ilegal y clandestino de que conocieren con ocasión de la fiscalización que practicaran. El resto del proyecto no sufrió modificación alguna.

En relación con estas indicaciones, el Ministerio Público señaló que si bien valoraba la eliminación de la figura penal que pretendía tipificar el texto original del Proyecto en su artículo primero, evitando así la colisión de normas y situaciones concursales de difícil solución, creía conveniente realizar una alusión genérica a los delitos contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual como parte de las figuras a que le serían aplicables las normas procesales y penológicas establecidas por el resto del articulado, en la medida que estando en trámite el Proyecto por el cual se pretendía modificarla, una referencia a artículos determinados quedaría prontamente obsoleta, además de hacer notar que en la enumeración de los delitos que se realizaba en el nuevo artículo 1° del Proyecto se preterían gravemente los delitos contemplados en el artículo 28 de la Ley de Propiedad Industrial, por lo que urgía su incorporación.

En relación con el resto del articulado, al no variar significativamente su contenido, se insistió nuevamente en varias de las observaciones formuladas al texto original del proyecto, colocando un particular acento en el texto del artículo 3°, al sostener la necesidad de ampliar al tenor del artículo 24 de la Ley de Drogas las técnicas de investigación susceptibles de ser utilizadas por el Ministerio Público en el marco de la investigación de los delitos indicados en el artículo 1°, y eliminar la restricción de que tal empleo se circunscriba a los casos en que aquellos delitos sean cometidos en el marco de una asociación ilícita, así como la exigencia que para dicha utilización deba requerirse previamente de la autorización judicial entregada por el juez de garantía.

4. Visión institucional acerca del texto del Proyecto actualmente en trámite.

Con fecha 4 de marzo de 2008²⁷⁰, el texto del Proyecto que con modificaciones fue finalmente aprobado por la Honorable Cámara de Diputados pasó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en segundo trámite constitucional.

Desgraciadamente, según el punto de vista que sostuvo el Ministerio Público a propósito de las observaciones que le fueron solicitadas tanto respecto del Proyecto original como de las Indicaciones sustitutivas propuestas por el Ejecutivo, el texto que fue aprobado por la Cámara adolece de las mismas deficiencias que fueron identificadas a propósito del examen de los textos anteriores, en la

270 Oficio N° 7269 de 2008 de la H. Cámara de Diputados.

medida que en su artículo 1° se siguen individualizando bajo la nomenclatura actual, y próxima a quedar obsoleta, los delitos contra la Propiedad Intelectual a los que debieran aplicarse sus disposiciones; continúan excluyéndose de esta reglamentación delitos que tanto se relacionan con el comercio ilegal, como son los delitos contra la Propiedad Industrial, y en su artículo 2°, al continuarse con la remisión de la norma al artículo 293 del Código Penal, se insiste en elevar el estándar para sancionar a aquellos que colectivamente perpetren uno o más de los delitos contemplados en el artículo 1°.

De la misma forma, el artículo 3° del actual proyecto continúa restringiendo el uso por parte del Ministerio Público de técnicas especiales de investigación sólo a la entrega vigilada y sólo en cuanto alguno de los delitos sindicados en el artículo 1° se estén cometiendo en el marco de una asociación ilícita, lo que junto al mantenimiento de la exigencia de que el Fiscal obtenga autorización judicial previa para emplear dicha técnica, en circunstancias que como se dijo, no se ve de qué manera una entrega vigilada pudiera afectar derechos del imputado o de terceras personas garantizados por la Constitución, torna ineficaz el empleo de una facultad que con otro contenido y bajo otros términos resultaría enormemente significativa a la hora de reprimir y controlar la delincuencia asociada al comercio ilegal.

Debe insistirse además en la enorme sobrecarga de trabajo que para los Fiscales de todo el país pudiera representar la norma que el actual Proyecto, como consecuencia de una de las indicaciones propuestas por el Ejecutivo, prevé en el inciso segundo del artículo 4°, en la medida que mediante la misma se amplía la legitimación activa para proceder a la denuncia de los delitos contemplados en los números 8 y 9 del artículo 97 del Código tributario, a sujetos tales como la policía y los fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos, dejando así de ser facultad privativa y discrecional del Director de la mencionada repartición el proceder a la denuncia de tales ilícitos.

Por último, y sin perjuicio de las deficiencias mencionadas precedentemente, resulta importante destacar que el actual Proyecto presenta como novedad un nuevo artículo 7° por medio del cual se introducen modificaciones al artículo 97 del Código Tributario²⁷¹, las que aún refiriéndose exclusivamente al aumento del monto de las multas a imponer como parte de la pena que el Código Tributario asocia a la comisión de los delitos de comercio ilegal y comercio clandestino, desde el punto de vista de prevención general dicha medida pudiera considerarse como una herramienta útil para los efectos de reprimir la efectiva comisión de estos delitos.

271 Artículo 7°: “Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 97 del Código Tributario, contenido en el artículo 1° del decreto ley N° 830, de 1974:1. En el número 8°, sustitúyese la expresión “trescientos por ciento” por: “cuatrocientos por ciento”. 2. En el número 9°, sustitúyense los términos “con multa del treinta por ciento de una unidad tributaria anual a cinco unidades tributarias anuales” por los siguientes: “con multa de una unidad tributaria anual a diez unidades tributarias anuales”.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

FEMICIDIO EN CHILE. PROYECTOS DE REFORMA LEGISLATIVA: SU RELACIÓN CON EL FENÓMENO.

Iván Fuenzalida Suárez²⁷²

La muerte violenta de mujeres a manos de sus parejas ha sido materia de especial preocupación del aparato público en el último tiempo. Una serie de iniciativas de reforma legal surgidas para hacer frente al fenómeno hablan de la necesidad de crear el tipo penal de “femicidio”, junto con endurecer el tratamiento jurídico penal de los causantes de esas muertes. Los casos conocidos por el sistema de persecución penal arrojan datos que no necesariamente coinciden con las cifras que maneja la opinión pública, al tiempo que revelan que la protección de las víctimas de la violencia de pareja demanda esfuerzos sistémicos, en muchos casos anteriores a la actuación del sistema penal.

El concepto de *“femicidio”*, acuñado a mediados de la década de los setenta, alude, en términos generales, al asesinato de una mujer por el sólo hecho de serlo. Se trata de la expresión más brutal de la violencia de género, no limitada, por ende, a la sola violencia de pareja.

La evolución de este concepto ha dado lugar a diversas clasificaciones, que distinguen varios tipos de femicidio según las circunstancias o motivaciones que rodean la muerte de la mujer (íntimo, no íntimo, social, sexual, ritualista, etc). En Chile, las orientaciones técnicas del Servicio Nacional de la Mujer distinguen los tres tipos más relevantes de femicidio: Íntimo, No Íntimo y Por Conexión. El primero de ellos se refiere a la muerte de una mujer causada por quien tiene o tuvo con ella una relación de pareja; el segundo, a los casos en que tal relación no ha existido; y el tercero, a los casos de mujeres que mueren al defender a otra mujer que estaba siendo atacada por un hombre.

Si bien la muerte violenta de una persona es un hecho de suma gravedad que importa al derecho penal cualquiera sea la circunstancia en que se produzca, la existencia o inexistencia de una relación previa entre la víctima y su victimario no es un factor que resulte indiferente a las estrategias y políticas públicas destinadas a la prevención o persecución de este tipo de delitos, como tampoco lo es para la evaluación que se haga de la actuación del sistema de justicia criminal.

Las iniciativas que conocemos hasta ahora en el terreno legislativo se han centrado en radicar en el sistema penal la mayor cantidad posible de casos de violencia intrafamiliar, ampliar el listado de sujetos susceptibles de ejercer o sufrir este tipo de violencia, elevar las penas asignadas a estas conductas y dar reconocimiento normativo al delito de femicidio. Además, proponen normas para evitar el reconocimiento de determinadas circunstancias atenuantes a favor

272 Abogado, Director Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

de los agresores, al tiempo que pretenden establecer circunstancias atenuantes específicas, de excepcional eficacia, a favor de las mujeres que matan a su pareja luego de haber sido víctimas de episodios de violencia intrafamiliar. En la mayor parte de los casos, las iniciativas se vinculan más a la violencia de pareja que a la violencia de género, a pesar de que en su planteamiento se citen cifras y datos estadísticos que no distinguen los casos de violencia de pareja de otros en que no habido ningún tipo de relación entre la víctima y su victimario. Este manejo global de los datos, sin distinción entre casos de naturaleza diversa, se observa también en las informaciones que entregan los medios de prensa y algunos organismos públicos.

En este trabajo veremos cuál es la información relevante que nos entregan los casos de muertes de mujeres a manos de sus parejas, conocidos por el sistema penal durante el año 2007, analizando como influyen -o deberían influir- en la toma de decisiones de política pública.

1. Número de casos.

Hasta el año 2006 las cifras sobre casos de muertes de mujeres a manos de sus parejas no eran recogidas, ni oficial ni sistemáticamente, ni de acuerdo a parámetros consensuados, por ningún organismo público.

Sin embargo, según Carabineros de Chile, durante el 2006, los homicidios de mujeres alcanzaron a 51 casos.²⁷³ Esa cifra -que pretende dar cuenta de la violencia intrafamiliar- incluye casos de violencia de pareja que exceden el marco de la Ley N° 20.066 y casos de mujeres menores de edad muertas a manos de sus ascendientes.

Por su parte, cifras extraoficiales del Servicio Nacional de la Mujer, también correspondientes al año 2006²⁷⁴, contienen alrededor de 48 casos de muertes violentas de mujeres, de los cuales sólo 43 han podido ser confirmados, puesto que los restantes obedecen a circunstancias diversas que no se inscriben en el fenómeno.

A partir del año 2007, el “femicidio” se erige en tema de mayor interés de la opinión pública y los medios de comunicación señalan que durante ese año las muertes violentas de mujeres sumaron 63 casos. Sin embargo, los registros del Ministerio Público dan cuenta de que las mujeres muertas por sus parejas durante el año 2007 sumaron 50 casos. Los 13 casos restantes corresponderían a “femicidios no íntimos” y, por ende, no se produjeron en el contexto de una relación de pareja.

La disparidad de criterios para registrar la información de este tipo de casos en años anteriores no permite dimensionar con total certeza la tasa de crecimen-

273 Cifras entregadas en “Seminario Nacional sobre Violencia Intrafamiliar, Femicidio en Chile”; organizado por Carabineros de Chile, Santiago, mayo 2007.

274 Se trata de cifras no oficiales que han formado parte del intercambio de información y coordinaciones entre el Servicio Nacional de la Mujer y el Ministerio Público.

to del fenómeno, aunque, a pesar de ello, la información parece dar cuenta de un incremento.

2. Denuncias anteriores y protección de las víctimas.

La violencia de pareja, aunque más amplia, es también una de las formas de expresión de la violencia doméstica, y comparte con esta última ciertas características, como la de ser fenómenos relacionales que con frecuencia tienen largos ciclos de desarrollo antes de que la víctima presente la primera denuncia -aunque no necesariamente es así en todos los casos-. En ese entendido, es perfectamente válido indagar, frente a un caso de femicidio íntimo, si la víctima había denunciado con anterioridad otros actos de violencia de parte de su pareja. Consecuencialmente, en caso de verificarse la existencia de denuncias anteriores, parece comprensible cuestionar al sistema de justicia por la aparente desprotección en que se encontraba la víctima al momento de su muerte. Si esta acusación es sustentable en los hechos, el sistema de justicia debiera asumir su responsabilidad y adoptar las medidas que conduzcan a evitar que nuevos hechos de ese carácter se produzcan, con lo cual buena parte del problema estaría resuelta. Sin embargo, nuevamente el examen de las cifras entrega información que hace que las soluciones no sean tan sencillas.

Como ya se ha dicho, entre los 63 casos de femicidios que los medios de prensa afirman haber ocurrido el año 2007, figuran 13 casos que no responden al fenómeno de violencia de pareja. En todos ellos, como es obvio, la inexistencia de un vínculo o relación entre la víctima y quien le dio muerte hace imposible una denuncia anterior que alertara al sistema para dar protección a esa víctima respecto de ese potencial agresor.

En este entendido, el examen de los casos sólo es útil en las 50 muertes de mujeres en contexto de pareja ocurridas durante el año 2007. Pues bien, sólo 16 de esos 50 casos registraban una denuncia presentada con anterioridad, por lo que en los 34 casos restantes el sistema de justicia penal no recibió señal alguna que permitiera detectar el riesgo en que estaba la futura víctima y, por ende, estaba impedido de otorgarle protección.

Dado que algunos de esos 16 casos presentaban más de una denuncia anterior y otros registraban una denuncia previa respecto de más de un delito, en total las denuncias anteriores ascendían a 19 y daban cuenta de 23 delitos que fueron puestos en conocimiento del sistema. 20 de estos delitos correspondían a ilícitos de escasa gravedad como lesiones leves, amenazas o maltrato habitual; dos a lesiones menos graves; y sólo uno caso a lesiones graves.

Por otra parte, 15 de las 19 denuncias anteriores se encontraban totalmente tramitadas y terminadas al momento de producirse la muerte.

En general, las denuncias anteriores motivaron, en su oportunidad, la adopción de medidas de protección o la investigación de rigor. Incluso en dos casos el imputado resultó condenado por el delito que se denunció. Sin embargo, el tiempo transcurrido entre la denuncia anterior y la muerte de la víctima había

provocado el cese de las medidas de protección y no se habían producido nuevos eventos que ameritaran su renovación o la reapertura de los casos.

Resulta importante destacar que uno de los casos había terminado por sentencia condenatoria que impuso al imputado una pena de 900 días de presidio menor en su grado medio, por el delito de lesiones, pena que debió cumplir sin beneficios es decir, efectivamente privado de libertad. Sin embargo, cumplidos los requisitos legales, le fue concedido el beneficio penitenciario de salida dominical, lo que el condenado aprovechó para acercarse a la víctima y quitarle la vida.

Un segundo caso terminado por sentencia condenatoria en contra del mismo imputado, se encontraba finalizado seis meses antes y el imputado había cumplido su condena.

Estos datos dan cuenta de que la existencia de denuncias sobre hechos constitutivos de delito entre los miembros de la pareja, motivan la actuación del sistema de persecución penal, el que puede otorgar protección a la víctima durante la investigación y llegar hasta la imposición de una condena al agresor. Sin embargo, los delitos que motivan estas denuncias son, normalmente, de escasa gravedad y, por ende, hacen merecedor a su autor de penas de corta duración que muchas veces son cumplidas en libertad. En estas circunstancias adquieren relevancia las sanciones accesorias de la Ley N° 20.066 que se sustentan en la necesidad de protección de las víctimas. No obstante, atendido el principio de proporcionalidad penal, tanto las medidas cautelares adoptadas durante la investigación como las sanciones principales y accesorias tienen una duración limitada en el tiempo, de modo que aunque el sistema penal haga el trabajo que le es propio, llegará un momento en que la protección institucional cese.

Lo anterior evidencia que la intervención penal en conflictos de esta naturaleza, siendo necesaria, resulta insuficiente para precaver la repetición de eventos similares, por lo que la preocupación del aparato público necesariamente debe traducirse en políticas y acciones concretas, más allá del mensaje punitivo.

3. Suicidio del agresor.

Otro dato relevante que se desprende del registro de los casos en el Ministerio Público, es aquel que se relaciona con el elevado número de agresores que, luego de dar muerte a su pareja, se quita la vida o intenta hacerlo.

De los 50 casos de muerte de mujeres a manos de su pareja ocurridos durante el año 2007, en 25 de ellos el agresor intentó quitarse la vida luego de dar muerte a su pareja. 20 de ellos concretaron el suicidio.

Con seguridad, el homicidio o parricidio de la pareja es el delito que presenta el más alto índice de suicidios del autor. Como hemos visto, al menos en los casos registrados durante el año 2007, el 50% de los hombres que matan a sus parejas se suicidó o intentó hacerlo.²⁷⁵

275 Al cierre de este artículo, a mayo del año en curso, las muertes de mujeres causadas por sus

Resultaría muy relevante contar con información que diera cuenta de las motivaciones que asisten al agresor para suicidarse después de dar muerte a su pareja o ex pareja, pero para ello hacen falta estudios que no se encuentran disponibles. Por ahora, sólo podemos especular al respecto. Algunas hipótesis razonables podrían apuntar a la imposibilidad del agresor de superar la carga de culpabilidad que conlleva la comisión de un hecho de gravedad extrema como el homicidio o parricidio de alguien con quien ha estado vinculado por fuertes lazos afectivos; una segunda posibilidad puede consistir en que el suicidio es una consecuencia más del mismo conflicto cuyo dramatismo llevó al agresor a quitar la vida a su pareja o ex pareja; una tercera hipótesis -tal vez más aventurada- puede radicar en la conciencia que el autor tenga de las consecuencias que un delito de tal gravedad pueda depararle, al punto que prefiere poner término a su vida antes que enfrentarlas.

De cualquier modo, lo que parece estar más o menos claro es que este tipo de comportamiento delictivo es aún más complejo que lo que ya es el comportamiento criminal en general, y que en él influyen una serie de factores propios del sujeto activo del delito y de su interacción con la víctima, que inciden en la escasa eficacia del ya debilitado efecto intimidatorio de la reacción penal.

Puesto en clave criminológica, podríamos decir que los homicidios o parricidios de mujeres en contexto de pareja obligan a profundizar, con un enfoque específico, el conocimiento científico disponible sobre el delito, sobre la persona del delincuente que lo comete, sobre la víctima y sobre su interacción con el victimario, a objeto de identificar los mecanismos más idóneos de control social para enfrentar el fenómeno.

4. Vínculo de pareja.

La información registrada por el Ministerio Público respecto de las muertes de mujeres en contexto de pareja da cuenta de que los hechos no siempre se encuadran en un mismo tipo penal ni, contrariamente a lo que parecen entender las iniciativas de reformas legales conocidas en el último tiempo, corresponden íntegramente a situaciones reguladas por la Ley de Violencia Intrafamiliar.

El cuadro siguiente muestra la diversidad del carácter del vínculo existente entre víctima y victimario al momento de producirse la muerte:

parejas durante el 2008 ascendían a 28. Por su parte, 12 agresores se habían suicidado y 4 lo habían intentado, lo que equivale al 57,1% del total de agresores, manteniendo e, incluso, acentuando la tendencia observada durante el 2007. Las cifras de nuestro país difieren de las observadas en España que durante el 2007 registra un 21% de agresores que se suicida o intenta hacerlo. Para los casos registrados en lo que va del 2008 esa cifra alcanza en eses país un 22%, mientras que en los datos acumulados entre los años 2002 y 2006, el porcentaje alcanza el 28%.

Vínculo entre Víctima e Imputado	N°
Cónyuges	13
Ex – cónyuges	4
Convivientes	19
Ex – convivientes	6
Pololos	5
Ex – pololos o Ex – parejas	2
Novios	1
Total	50

De estos datos se desprende que el 84% de los casos (que es el resultado de la suma de casos de cónyuges, ex cónyuges, convivientes y ex convivientes) corresponde a vínculos contemplados en el artículo 5° de la Ley N° 20.066, por lo que quedan cubiertos por la normativa de la violencia intrafamiliar. Por ende, el 16% de los casos corresponde a relaciones no cubiertas por ese cuerpo legal.²⁷⁶

Por otra parte, el 72% de los casos corresponde al delito de parricidio (se excluye de la suma anterior a los ex convivientes, no contemplados en el tipo penal del artículo 390 del Código Penal), mientras que el 28% restante se encuadra en el tipo penal de homicidio.²⁷⁷

Luego, efectivamente existe una vinculación estrecha de este tipo de casos con los supuestos reglados por la Ley de Violencia Intrafamiliar, pero sus alcances se extienden más allá de esta regulación, por lo que las iniciativas de reforma legal que se relacionan con la Ley N° 20.066 podrían producir algún efecto respecto de buena parte de estos casos -siempre que se orienten correctamente-, pero no alcanzan a un segmento no despreciable del fenómeno que, como puede apreciarse, parece desarrollarse con independencia de los vínculos parentales o de convivencia propios de una unidad familiar o doméstica de que se ocupa la Ley N° 20.066.

5. Algunas consideraciones generales.

Las distinciones entre los casos que se verifican en un contexto de pareja y

276 El dato se relaciona con las iniciativas que apuntan a ampliar el artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, a objeto de incluir en esa norma las relaciones afectivas o de pareja en general. No parece pertinente cuestionar el objetivo de dar mayor protección a las víctimas, pero parece necesario discutir si las relaciones de pololeo u otras menos estables que la convivencia deben incluirse en el concepto de familia o unidad doméstica o debieran dar lugar a una regulación independiente de la violencia de género o de pareja.

277 En este caso, el dato se relaciona con las iniciativas que pretenden crear el tipo penal de “femicidio”, para castigar con la misma pena del parricidio el causar la muerte de la mujer con quien se tiene o ha tenido una relación de pareja o de carácter afectivo.

aquellos que se producen en un escenario distinto, los datos sobre el carácter diverso de la relación de pareja entre víctima y victimario, la existencia de denuncias previas que pudieran alertar al sistema de justicia para actuar en protección de potenciales víctimas de un atentado en contra de sus vidas, así como el elevado número de agresores que se suicidan después de cometer el delito, motivan algunas reflexiones de cara a los objetivos declarados o implícitos de las iniciativas de reforma legislativa relacionadas con el fenómeno y aportan información que debiera considerarse en la construcción de las políticas públicas.

5.1. Agravar la sanción penal no ayuda a combatir el fenómeno.

El delito de parricidio tiene asignada una pena que se extiende entre los 15 años y un día y el presidio perpetuo calificado; es decir, un parricida al que no favorece ninguna circunstancia atenuante puede recibir hoy la pena más alta que establece nuestro ordenamiento jurídico.

En este entendido, la tipificación de la figura de femicidio tiene como único efecto jurídico elevar la sanción penal para aquellas relaciones de pareja que no se encuentran incluidas en el parricidio, como los ex convivientes o los pololos que hoy se sancionan como homicidas.

De acuerdo con la exposición de motivos de la moción parlamentaria que propone crear el tipo penal de femicidio, el objetivo inmediato es constituir *“una señal mediática y cultural que apunte decididamente a evitar su ocurrencia”*(sic).²⁷⁸

Debemos suponer que la señal mediática estaría constituida por el mensaje enviado a la comunidad acerca del severo reproche social que merece el delito, la preocupación que genera en las autoridades y la decisión de asignarle una pena muy elevada; es decir, se trata de explicitar o enfatizar el mensaje de prevención general destinado a que los miembros de la comunidad se abstengan de desarrollar esta conducta, bajo la amenaza de una pena, en este caso, muy grave.

Sin duda, el objetivo de prevención general descansa, fundamentalmente, en la capacidad de la sanción penal de intimidar al potencial sujeto activo del delito. Sin embargo, más allá de la discusión que puede darse respecto de la eficacia de la sanción penal como inhibidor de la conducta punible en general, en el caso puntual de los femicidios el elevado índice de suicidios o de intentos de suicidios del actor revelan que la sola existencia de la sanción, independientemente de su gravedad, carece de toda relevancia.

Además, la complejidad de los factores emocionales presentes en uno de estos casos hace concluir que el sujeto que atenta en contra de la vida de su pareja, difícilmente va tener el espacio de reflexión suficiente para inhibirse de la conducta, en razón de que su acción hasta ayer era constitutiva de homicidio y hoy lo es de parricidio o femicidio y, por ende, lo hace merecedor de una pena más elevada.

278 Boletín N° 4937-18, moción parlamentaria que propone crear la figura penal de femicidio.

En síntesis, la experiencia parece evidenciar que el acento del carácter penal en los casos de muerte de mujeres por sus parejas podrá satisfacer la demanda de mayor rigor punitivo -lo que es eventualmente adecuado si el reproche social de la conducta así lo exige-, y constituir una señal mediática de la preocupación ciudadana al respecto, pero es poco probable que tenga alguna eficacia como aporte a la disminución del fenómeno.

5.2. Es necesario reconocer los avances experimentados en esta materia y ser prudentes a la hora de proponer el reconocimiento normativo de la autotutela de las víctimas.

Uno de los aspectos más llamativos de las iniciativas de reforma legal a que aludimos, apunta a incluir en el párrafo 1, del Título VIII del Libro II del Código Penal, esto es, en las normas sobre el homicidio, una circunstancia de atenuación específica que favorezca a quien da muerte a su pareja, obligando al juez a bajar la pena hasta en tres grados desde el mínimo asignado al delito, si es que el sujeto activo del delito ha sido víctima de violencia física o psíquica con anterioridad.

Más allá de las numerosas observaciones que la redacción de esta indicación merece ²⁷⁹, llama la atención que la norma que se propone parece más adecuada al escenario previo a la Ley N° 20.066.

En efecto, sin perjuicio del avance que significó la Ley N° 19.325²⁸⁰ para la visibilidad de la violencia intrafamiliar y de pareja y como punto de partida del cambio sociocultural de necesidad imperiosa a este respecto, a partir de octubre de 2005, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.066, se han producido aceleradamente una serie de eventos que permiten afirmar que, en general, las víctimas que denuncian actos de maltrato reciben hoy, de parte de todos los agentes y operadores del sistema de justicia, una atención significativamente más adecuada que antes de esta ley, lo cual es fruto del esfuerzo que cada institución ha hecho por separado y del trabajo que coordinadamente se ha venido desarrollando.

279 La indicación referida señala, en lo pertinente, lo siguiente: *“Para agregar, en el artículo 390 del Código Penal, los siguientes incisos: (...) Si el agente del ilícito fue víctima de violencia física o psíquica con anterioridad, el juez deberá rebajar la pena a partir del mínimo, pudiendo hacerlo en uno, dos o tres grados”*. Puede apreciarse que la redacción no hace exigible que la violencia que sufrió el autor de la muerte con anterioridad haya sido ejercida por quien resultó muerto; se prescinde, también, de cualquier consideración acerca de la proximidad temporal entre la violencia sufrida con anterioridad y el momento en que se provoca la muerte del eventual agresor, permitiendo que la atenuación proceda aunque la violencia previa se haya producido con años de antelación, con lo cual la justificación material de una supuesta acción de defensa desaparece por completo; además, la redacción propuesta hace obligatorio al juez aplicar la rebaja de la pena, restando espacio a la función jurisdiccional; entre otras observaciones.

280 La ley 19.325, de 1995, fue la primera regulación específica de nuestro país en materia de violencia intrafamiliar, y entrega su conocimiento a los tribunales civiles.

La indicación legislativa que se comenta propone, en concreto, que una mujer que mata a su marido pueda recibir una pena de 3 años y un día en circunstancias que, por el mismo delito, sin esta rebaja, su pena podría llegar a presidio perpetuo calificado. La rebaja procedería por el solo hecho de haber sufrido la mujer violencia física o psíquica con anterioridad.

En la práctica, lo que se pretende es consagrar un estatuto especial para la mujer, que reconoce ciertos privilegios a la hora de enfrentar al sistema de justicia, que debe reconocer su necesidad de autoprotegerse; es decir, esta norma constituye la consagración de la eficacia jurídica de la autotutela de quienes han sido víctimas de este tipo de violencia.

Sin embargo, es imprescindible tener presente que la autotutela puede ser jurídicamente admisible cuando los mecanismos sociales de protección o de justicia son ineficaces o inexistentes, de modo que el ciudadano carece de otras alternativas que no sean el hacer justicia por mano propia, lo que en nuestra realidad actual no se justifica.

En efecto, como adelantamos, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.066, se han producido una serie de cambios en la materia. A vía ejemplar, podemos citar que el Ministerio Público ha implementado la persecución penal especializada de la violencia intrafamiliar, para cuyo efecto creó una Unidad Especializada en la materia, además de generar planes y programas de capacitación de fiscales, abogados asistentes y personal de apoyo que se realizan permanentemente. Por su parte, los organismos policiales han asumido igual preocupación capacitando a sus agentes, impartiendo instrucciones específicas y generando procedimientos especiales de atención a las víctimas. A su vez, el Servicio Nacional de la Mujer ha promovido estrategias comunicacionales y de difusión de la problemática y destinado recursos para la asistencia y representación judicial de las víctimas y creado una red de casas de acogida para los casos de mayor riesgo. Al mismo tiempo, el Ministerio Público y Carabineros de Chile han venido desarrollando actividades conjuntas y coordinadas que han permitido consensuar protocolos de trabajo que permiten recoger la información necesaria para la adopción adecuada y oportuna de medidas de protección, al tiempo de facilitar los flujos de información entre policías y fiscales; además, también el Ministerio Público ha trabajado conjuntamente con el Servicio Nacional de la Mujer, organismo que ha participado de los programas de capacitación de los fiscales, y juntos pusieron en operación el sistema de casas de acogida y lo han evaluado para perfeccionar su operación.

A partir de estos esfuerzos, o como fruto de ellos, es una realidad que no puede desconocerse que hoy las víctimas reciben una mejor atención de parte del sistema de justicia, el que brinda la protección que cada caso aconseja; que se han disminuido notablemente las resistencias culturales que impedían o dificultaban tomar en serio a la víctima maltratada por su pareja; que se han hecho esfuerzos por mejorar la calidad de la respuesta del sistema y de los sistemas de atención e información, de modo de reducir los factores que contribuyen a la retractación de la víctima que denuncia, etc. Al mismo tiempo, los agentes del sistema reconocemos que todo esto forma parte de un proceso de cambio que

está lejos de concluir y, por ende, incorporamos a nuestros objetivos de gestión nuevos y más ambiciosos desafíos, todo lo cual da cuenta de una realidad significativamente más favorable a la adecuada atención del fenómeno.

Esta nueva realidad no es compatible con el establecimiento de figuras normativas que validen jurídicamente la justicia privada, más allá de las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que gozan de largo reconocimiento en nuestro Código Penal.

5.3. El abordaje de la violencia de pareja precisa de medidas adicionales a la intervención penal.

Según se aprecia de la agenda legislativa del último tiempo, la gran mayoría de las iniciativas conocidas apuntan -como se ha dicho- a acentuar el carácter penal de las medidas destinadas a combatir la violencia de pareja y de la violencia intrafamiliar.

Sin embargo, debe tenerse presente a este respecto que al sistema penal sólo le es permitido intervenir después de que un delito se ha cometido y que la forma de intervención que le es propia se materializa, únicamente, a través de la imposición de una sanción. De este modo, a no ser que los hechos respecto de los cuales se pretende una intervención del sistema penal tengan forma de un delito, no hay manera de justificar la reacción penal. En la práctica, esto se traduce en una mínima exigencia de manifestaciones concretas, pudiendo provocarse la reacción penal sin que necesariamente se produzca un resultado delictivo dañoso, como ocurre con la persecución de la manifestación expresa de las intenciones de atacar contra una persona, que constituye el delito de amenazas. Dicho de otro modo, para motivar y justificar la actuación del sistema penal se requiere, al menos, que se exteriorice la intención delictiva en la forma de una amenaza. En el terreno de la violencia contra la mujer, si la amenaza u otro delito se denuncian, corresponderá actuar al sistema penal para comprobar la existencia del ilícito y la participación culpable del denunciado. Si eso se logra, se materializará la respuesta penal en forma de una sanción penal.

De cualquier modo, durante la fase de investigación, el sistema penal cuenta con facultades para adoptar determinadas medidas de protección a favor de la víctima, cuya intensidad varía de acuerdo con la gravedad del riesgo al que se enfrenta. Así, si los antecedentes evidencian que la víctima enfrenta un riesgo alto o de carácter vital, su protección puede hacer necesaria la prisión preventiva del denunciado o su relocalización en una casa de acogida o en otro lugar seguro. Si, en cambio, el riesgo es de menor gravedad, las medidas de protección pueden consistir en vigilancia policial especial o el otorgamiento de medios de contacto prioritario con la policía o el Ministerio Público, por ejemplo.

Las medidas de protección que se decreten durante la investigación pueden adoptar la forma de sanciones accesorias en la sentencia condenatoria que se imponga al imputado, pero su vigencia no es ilimitada en el tiempo. Normalmente cesarán junto con el término de la causa o al momento de la extinción de la responsabilidad penal. Si la pena impuesta en la sentencia es privativa

de libertad, la víctima estará protegida hasta el momento en que el imputado egrese de su reclusión. Si, en cambio, el delito por el que se condena no amerita una sanción de ese carácter, la protección sólo consistirá en medidas como el abandono del hogar común por parte del agresor o la prohibición de acercarse a la víctima.

En todos estos casos, el sistema de persecución penal habrá hecho su trabajo, pero muy poco puede hacer para proteger a la víctima de nuevos atentados, debiendo esperar la comisión de un nuevo delito para repetir otra vez el circuito.

Desde luego, como hemos visto, el poner el acento en la actuación del sistema penal sólo satisface la pretensión punitiva de este tipo de violencia, pero poco o nada ayuda a prevenirla.

La Ley N° 20.066 contempla entre las sanciones accesorias de la violencia intrafamiliar la obligación de asistir a programas terapéuticos o de orientación familiar; sin embargo, la experiencia demuestra que en la práctica la oferta de este tipo de programas es mínima y, muchas veces, no es especializada, de modo que no alcanza para satisfacer las necesidades de tratamiento de la mayor parte de los agresores y, en los casos en que se puede materializar, con frecuencia se concentra, de un modo general, en el tratamiento de adicciones, siendo muy pocos los casos en que aporta de un modo específico a la superación de la conducta agresora.

No obstante, aún cuando esta oferta terapéutica fuera suficiente y adecuada, por la vía de la sanción accesoria sólo puede aplicarse a quienes padecen el arraigo de la conducta de maltrato en términos tales que han llegado a atentar en contra de su pareja al grado de un ilícito penal. Es decir, por esta vía el tratamiento llega, por lo general, bastante tarde.

Sintetizando, las iniciativas legislativas en esta materia pueden aspirar, en el mejor de los casos, a que los maltratadores sean sancionados penalmente y a esperar que, con la ayuda divina, el primer hecho de relevancia penal que cometan -o se denuncie- no consista en la muerte de su pareja.

Luego, en términos generales, un aporte más significativo a la prevención de las formas de expresión más dramáticas de la violencia de la pareja -al margen de los programas y políticas públicas, con énfasis en la educación y en los equilibrios sociales- debiera apuntar a la detección y atención tempranas de los casos de relaciones abusivas, violentas y carentes de mecanismos adecuados de solución de sus conflictos. Cuando estos casos sean conocidos sólo a través de la denuncia de un hecho determinado, el sistema no puede pretender conformarse con la intervención penal.²⁸¹ La víctima que denuncia amenazas, o

281 Los casos de violencia que se denuncian ante los tribunales de familia y dan mérito para que éstos estimen que son constitutivos de delito, por regla general, son remitidos al Ministerio Público con todos sus antecedentes. De este modo, la única atención que el aparato público presta en estos casos es la persecución penal del denunciado y el conflicto familiar que subyace en la denuncia queda sin atención.

lesiones, o insultos, o maltratos psicológicos reiterados, necesita algo más que la sanción de su agresor; es decir, necesita algo más que lo que puede ofrecerle el sistema penal. Si eso se detecta oportunamente, tal vez la asistencia que el aparato público pueda brindarle llegue a tiempo de evitar un desenlace fatal.

Conclusión.

La información que se desprende de los casos de muertes de mujeres registrados por el sistema de justicia penal, dan cuenta de que la problemática excede los supuestos regulados por la Ley de Violencia Intrafamiliar; que en muchos casos constituyen el trágico desenlace de un conflicto que nace con mucha antelación, llegando a manifestarse en sucesivos episodios que, algunas veces, llegan a conocimiento del sistema de justicia previamente; que la sola actuación del sistema penal resulta insuficiente para evitar resultados fatales y, por ende, se hace necesario complementar las decisiones de política pública con otros componentes que se hagan cargo de prestar debida atención al conflicto que subyace en la denuncia que se tramita en sede penal. La alta tasa de suicidios de quienes atentan contra la vida de sus parejas da clara cuenta de la ineficacia de la amenaza de la sanción penal y de lo irrelevante que resulta la cuantía de la pena para los objetivos de prevención de estos delitos. Todo lo anterior indica que los afanes por incrementar el rigor penal en esta materia sólo pueden satisfacer los propósitos retributivos propios de una antigua concepción del derecho penal²⁸², pero están lejos de aportar al debate que permita encontrar el camino hacia soluciones eficaces.

282 Una expresión de este objetivo exclusivamente retribucionista es la indicación de la moción parlamentaria, destinada a impedir la concesión de la libertad condicional al culpable de matar a su pareja que con anterioridad hubiere sido condenado por actos de violencia intrafamiliar, transformando a estos en los únicos casos de imposibilidad absoluta de acceso a este beneficio en toda nuestro ordenamiento jurídico penal.

LA RETRACTACIÓN EN LA DENUNCIA DE VIOLENCIA DE PAREJA.

Roberto Rodríguez Manríquez²⁸³

Miguel Morales Dahmen²⁸⁴

I. Antecedentes generales.

El presente documento de trabajo realiza una breve revisión de la literatura actualizada acerca de los elementos que rodean a la mujer víctima de violencia de pareja que se retracta de la denuncia. El sentido de enfocar el análisis de la violencia intrafamiliar desde el fenómeno de la retractación es para aportar con información teórica e hipotética a la investigación penal del Fiscal.

Un aspecto relevante que dificulta la intervención de la justicia en casos de violencia de pareja es que el delito ocurre, en la mayoría de los casos, en la intimidad de este núcleo, no permitiendo que trascienda al exterior. De este modo, sólo si existe una denuncia concreta pueden actuar los agentes policiales y judiciales.

Ahora bien, estas investigaciones penales enfrentan el peculiar obstáculo -presente en delitos cometidos al interior de la familia- de que la parte denunciante cambia de opinión durante el curso de la investigación, desistiéndose de seguir adelante y/o retractándose del testimonio entregado.

Una vez observadas las características de la mujer víctima de este ilícito, y examinado el contexto familiar en que este abuso suele producirse, es posible identificar los siguientes patrones familiares que surgen en casos de víctimas retractadas, como consecuencia del develamiento de la violencia:

- La denuncia rompe equilibrio familiar, el que puede estar cruzado por la arbitrariedad y sometimiento de la víctima.
- La víctima es sancionada moralmente por romper las lealtades familiares y el “silencio”.
- La víctima sufre presiones para no continuar, para retractarse o retirar la denuncia. Se produce así la retractación o el desistimiento.
- La coacción familiar y la culpa aumentan ante la posible sanción del inculgado, especialmente la prisión preventiva, y la pérdida de ingresos económicos para la familia. La retractación se constituirá en una salida a esta ausencia de sustento económico y presión emocional.

II. El Problema de la Retracción.

La retractación se entenderá como *la modificación de los dichos de la víctima, cuya*

283 Roberto Rodríguez Manríquez, Asistente Social, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

284 Miguel Morales Dahmen, Psicólogo, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

*denuncia se tramita en el sistema judicial, negando su versión original de la denuncia, o manteniendo un nuevo relato durante el transcurso del proceso*²⁸⁵. Evidentemente, en la mayoría de los casos de mujeres víctimas de violencia de pareja, la nueva versión exculpa al denunciado del hecho, negando la ocurrencia del mismo, o atribuyéndola a dificultades propias de la vida en pareja.

La retractación de la mujer víctima que efectuó la denuncia es bastante frecuente. En los registros del Ministerio Público de 2006 se puede presumir una importante presencia de retractación de la víctima de VIF de entre los cierres de causas por Archivo Provisional (34,59% de los términos de casos de maltrato habitual). Los fiscales indican que es la forma de término usual cuando las víctimas se retractan, no concurren a Fiscalía o no quieren continuar con la tramitación penal. La retractación de las víctimas es una de las problemáticas que los fiscales identifican como una de las más importantes asociadas a este tipo de casos.

Al respecto, según señala una investigación privada²⁸⁶, resulta de gran relevancia considerar los factores que, en la práctica, inciden en este nivel de retractación y reticencia de las víctimas. Si se considera que -dado el colapso existente en los Tribunales de Familia- las audiencias preparatorias en casos de violencia intrafamiliar (oportunidad en la que se puede calificar el caso como maltrato habitual) son fijadas dentro de un período entre dos a cuatro meses después de la denuncia, y luego en la audiencia el Tribunal de Familia se declara incompetente, para recién ser remitidos los antecedentes al Ministerio Público, es comprensible que las víctimas, al llegar finalmente a la Fiscalía, muestren un alto grado de reticencia haciendo que la retractación sea muy probable.

Una opinión dada por un fiscal -recogida en la misma investigación²⁸⁷- en relación con el impacto de la dilación del proceso judicial en la decisión de las víctimas señala que: “Para que la fiscalía tenga competencia en este tipo de casos se requiere una declaración previa del tribunal de familia; por ejemplo, si una señora va a poner una denuncia por maltrato habitual, la fecha para el comparendo es muy extensa, y luego de eso, que son dos, o tres o cuatro meses, sin ser exagerado, se derivan los antecedentes acá; o sea, fácilmente se demora la llegada cinco o seis meses luego de ocurrido el episodio de violencia intrafamiliar, por tanto, llegamos con una víctima muy reticente, que no quiere acompañarnos y que no quiere seguir adelante”.

En España -país que ha presentado reiteradas modificaciones penales e institucionales para el mejor tratamiento de la violencia de género- ciertos autores

285 Adaptado de Escaff, Rivera y Salvatierra: “Estudio de variables asociadas a la retractación de menores víctimas de abusos sexuales”. Revista ILANUD, Temas de victimología.

286 Corporación Humanas (Marzo de 2007), Informe Narrativo Final: Análisis de la aplicación del nuevo delito de violencia habitual y su impacto en la protección a las mujeres que la viven.

287 Corporación Humanas (Marzo de 2007), op cit.

(Luaces y Vásquez, 2006)²⁸⁸ llaman la atención sobre el elevado número de denuncias de violencia doméstica que son retiradas por las víctimas en España. Los mismos investigadores indican que resulta preocupante cómo muchas mujeres, después de hacer ingentes acopios de valor para denunciar a sus parejas, posteriormente se arrepienten o se amedrentan.

En efecto, el registro que obtienen de retractaciones o retiros de denuncia de la víctima entre los años 2000 y 2002 da cuenta de un crecimiento de este índice, haciendo más preocupante el problema²⁸⁹:

Año	2000	2001	2002
Total de denuncias por delito en materia de violencia familiar	8845	9720	11967
Retractaciones o retiros de denuncia de la víctima	654 7,4%	1281 13,2%	1505 12,6%

Como se señaló antes, las causas que influyen en la retractación de la denuncia pueden obedecer a sentimientos de culpa y al temor de la víctima de que se destruya el grupo familiar. A partir de la revelación, sobreviene la crisis familiar: el autor de las agresiones es detenido, pero ese mismo agresor es el padre de los hijos en común y la pareja amada. Por lo tanto, se destruye la familia, tal como había augurado el acusado. Es ahí cuando aparece la retractación²⁹⁰. La literatura especializada (Gulotta, 1984; Casella, 1988; Echeburúa, 1994; Torres y Espada, 1996; Cerezo, 2000; Benítez, 2004) coincide en determinados factores que intervienen en la decisión de abandonar o no una relación de maltrato, entre otras: la dependencia económica, la falta de recursos y de apoyo ambiental, la vergüenza o desaprobación social, la preocupación por la pérdida de los hijos, el miedo a la soledad y, principalmente, miedo al agresor.

La participación activa de la víctima resulta relevante durante las diferentes etapas del proceso. Si aquella se retracta, el estándar de la prueba se debilita y, por lo tanto, la investigación se entorpece. La retractación, entonces, puede tornarse en una dificultad insuperable para la persecución penal y subyugará

288 Luaces y Vásquez: "La respuesta del Derecho Penal Español ante la violencia doméstica". Revista de Derecho Privado, Nueva Época, Año V, num 13-14, enero-agosto 2006, pp 93-150.

289 Los investigadores indican que la contabilización del retiro de denuncias o retractaciones presenta dificultades de contabilización y contabilidad ya que es un fenómeno que se presenta con una variada gama de formas a lo largo del procedimiento, por ejemplo, la manifestación expresa del retiro de la denuncia, la incomparecencia a las citaciones, la retractación ante el juez, o una declaración atenuada de los hechos, lo que dificulta la concreción de todos estos supuestos a un simple dato estadístico y que lleva a entenderla como una cifra de baja fiabilidad.

290 Felbarg, Dora: Derecho y Abuso Sexual Infantil en: http://www.derechosdelainfancia.cl/docs/imgs/imgs_doc/131.pdf

al actor encargado de ésta si opta por comprenderla desde marcos interpretativos²⁹¹ centrados en las deficiencias, problemas y mitos que se construyen en torno a la compleja expresión del maltrato familiar. Con la retractación el “interés público prevalente” entra en contradicción con el “interés de la víctima”.

En medio de este escenario, cabe preguntarse cómo se puede valorar en juicio la retractación de una denuncia ya que, como se ha dicho, la víctima de VIF puede retractarse de sus revelaciones, pero puede no retractarse y continuar reafirmando en los hechos denunciados.

Siguiendo esta línea de análisis, se observa que la retractación se caracteriza por una doble faz y, como tal, es marcadamente contradicha. Si la mujer víctima de VIF no se retracta de la denuncia de malos tratos, el sistema legal puede asumir que la revelación es legítima. Pero, por otra parte, si esta mujer víctima sí se retracta de la revelación previa es posible, no obstante, sostener también que ha sido víctima pero que está siendo presionada por el imputado y/o su familia para variar su acusación. Es completamente obvio, por lo tanto, que la retractación, como característica, no puede ser nunca válida o confiable para discriminar entre mujeres que han sido víctimas de malos tratos de parte de su pareja de aquellas que no lo han sido.²⁹²

III. Reflexiones finales.

Al concentrar la percepción sólo en las deficiencias que provoca la retractación en la gestión procesal, se producen resistencias al abordaje investigativo de los delitos cometidos en el dominio familiar, y se genera un circuito interaccional “saturado de problemas” entre el sistema familiar de la víctima y el sistema de persecución penal, inhibiendo las posibilidades para que el sistema jurídico construya interpretaciones centradas en recursos y soluciones, es decir, un modelo centrado en las herramientas de la ley y los recursos de la víctima.

El operador psico-jurídico debe aprovechar ese único momento de encuentro con la víctima para darle cuenta de la manipulación de la que ha sido objeto. Es conveniente insistir en la búsqueda de información, intentar obtener una versión veraz y consistente.

Por último, y en todo caso, la retractación queda definida como un signo equívoco y contradictorio, que no debiese ser considerado para apoyar o refutar la veracidad de los hechos denunciados, sino aislarla como característica, centrando la búsqueda en pruebas consistentes.

291 “Actualmente se acepta que toda formulación que postule significado es interpretativa: que estas formulaciones son el resultado de una indagación determinada por nuestros mapas o analogías o como dice Goffman (1974) nuestros marcos interpretativos”. White, M y Epstein, D. (1993).

292 Campbell, T: “American Journal of forensic Psychology”, vol. 15, Number 1, 1997. p. 8.

IV. Bibliografía.

- ARÓN, Ana M^a (Editora): “Violencia en la Familia. Programa de Intervención en red: La experiencia de San Bernardo”, 1^a Edición, Editorial Galdoc Ltda., Santiago de Chile, Septiembre 2001.
- BARUDY, Jorge: “Dictaduras familiares, violencia e incesto: una lectura sistémica del incesto padre e hija”, Editores Gazmuri, Hemel & Aron, Santiago de Chile, 1992.
- Boletín Anual, Ministerio Público, 2006.
- CORSI, JORGE.: “Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social”. Editorial Pairo, Buenos Aires, 1994.
- DE VEGA RUIZ, José: “Las agresiones familiares en la violencia doméstica”, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001.
- ECHEBURUA, Enrique, y otros: “Personalidades violentas,” Edit. Pirámide, Madrid, 1994.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, Instrucción 4/2004, de 14 de junio, Acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica, Madrid, España.
- MORALES M. y QUINTEROS A.: “Análisis teórico de la violencia familiar hacia la mujer en Chile y España, en el ámbito judicial”, Cuadernos de Psicología Jurídica N° 2, Asociación Chilena de Psicología Jurídica, Agosto 2005.
- WALKER, Leonore E.: “The Battered Woman”, Harper and Row, N.Y., 1979.

HOMBRES QUE AGREDEN A SUS MUJERES.

Roberto Rodríguez Manríquez²⁹³

Miguel Morales Dahmen²⁹⁴

I. Introducción.

El libro de Jacobson y Gottman, *“When Men batter women”* (2001), que se reseña en la bibliografía y que se resume a continuación, desarrolla una caracterización del hombre maltratador de su pareja, a partir de una investigación experimental llevada a cabo con 201 parejas que admitieron vivir conflictos matrimoniales serios.

Los autores señalan que sus resultados sobre las características de los maltratadores se deben ajustar a aquellas parejas donde la mujer sufría abuso emocional y físico grave.

Los autores indican tener plena confianza en que la distinción en los dos tipos de maltratadores que se señalan pasará la prueba del tiempo ya que existe un creciente consenso²⁹⁵ en que, al menos, hay dos tipos de agresores, y que esta clasificación corresponde con precisión a la clasificación aquí expuesta.

II. Antecedentes generales.

Según los autores, es necesario distinguir qué tipo de ira puede llegar a manifestarse: por un lado, la manifestación común de la ira desempeña una función positiva en las relaciones matrimoniales y, cuando se expresa directamente, las parejas afrontan los problemas en lugar de evitarlos (y finalmente los resuelven). Al contrario, las formas provocativas de ira como la *beligerancia* y el *desdén* son mucho más perjudiciales para una relación e, incluso, son formas de abuso emocional.

El abuso físico habitualmente contiene abuso emocional, a través de conductas que pueden ser muy intimidatorias y destructivas ya en sí mismas. El abuso emocional puede desempeñar la misma función de control que el abuso físico, pudiendo ser el primero un sustituto del segundo.

Para distinguir la ira común del abuso emocional, debe atenderse a la presencia de *desprecio*, *beligerancia* y *dominancia*. La *beligerancia* alude a observaciones hirientes y desafiantes cuyo objetivo es provocar a la otra persona. El *desprecio* alude a conductas insultantes dirigidas hacia la pareja. La *actitud dominante* hace que los agresores contesten de manera aplastante, intentando controlar e inhibir al otro.

293 Roberto Rodríguez Manríquez, Asistente Social, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

294 Miguel Morales Dahmen, Psicólogo, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

295 Amy Holtzworth-Munroe y Gregory L. Stuart: “Typologies of Male Baterers: three subtypes and differences between them”, *psychological bulletin* 116, p 476-477.

El texto de Jacobson y Gottman diferencia tres niveles de violencia: violencia de baja intensidad (empujones o bofetadas durante el último año), violencia de alta intensidad (patadas o puñetazos), y violencia potencialmente letal (palizas repetidas o amenazas con arma blanca o de fuego).

Es indispensable tener claro que el agresor grave pretende tener el control de la relación por distintos fines pero, por sobre todo, sostener el control total sobre sus mujeres. Los agresores emplean con éxito la violencia como método de control; por tanto, infunden miedo en las mujeres. Sin miedo, no hay control. El miedo es el elemento central que permite que el agresor siga sosteniendo el control de la relación.

En orden a dar cuenta de una eventual psicopatología del maltratador, Jacobson y Gottman refieren lo siguiente: los maridos que ejercen violencia de baja intensidad casi nunca acaban siendo agresores de los otros dos niveles. Asimismo, se descubren parejas donde habitualmente hay empujones y zarandeos pero en las que los hombres no llegan a ser agresores. Por el contrario, los agresores sostienen relaciones abusivas con las que pretenden controlar, intimidar y someter a la pareja.

Lamentablemente, hay muy pocas pruebas que demuestren que los programas de tratamiento para agresores, obligados por sentencia, son efectivos y muchas razones para pensar que es improbable que este tipo de tratamientos obligados sirva para poner fin a la violencia y, mucho menos, a los abusos emocionales.

Al respecto, cabe reseñar que a los delincuentes violentos que atacan a desconocidos no se les ofrece la psicoterapia como alternativa a la presión, a diferencia de lo que ocurre con quienes agreden a sus parejas. Posiblemente, esto ocurra porque aún se considera que la violencia familiar es menos grave que la violencia ejercida contra desconocidos, no obstante la cantidad de mujeres que mueren a manos de sus parejas o ex parejas es mayor que la producida por ataque de desconocidos.

Si bien la cárcel no tiene tampoco un poder rehabilitador, al menos pone fin temporalmente a la violencia grave y permite que las víctimas tengan tiempo de hacer planes. Además, el agresor recibe un mensaje difícil de olvidar.

III. Tipos de maltratadores:

Cobra.

El 20% de los hombres investigados por los autores Jacobson y Gottman presentaban disminución de su número de pulsaciones a medida que se mostraban más agresivos verbalmente.

Las respuestas fisiológicas al conflicto concuerdan con una mayor concentración y focalización de la atención. Su descenso del número de pulsaciones durante la discusión probablemente sirva para centrar su atención, para minimizar el impacto de su agresión en sí mismos. Los cobra no sólo no pierden el

control sino que lo emplean sobre su propia psicología para atacar de manera más efectiva.

Al comienzo de la interacción violenta, los hombres cobra muestran una conducta muy agresiva, empiezan la discusión siendo beligerantes, defensivos o despectivos. Aunque parecen muy agresivos y alterados, sus pulsaciones disminuyen (con lo que puede deducirse una simulación).

Muestran mayor propensión al uso de armas blancas o de fuego. Estos agresores manifiestan tendencias marcadamente antisociales y potencialmente delictivas, y sus agresiones conllevan un alto grado de sadismo. También son más violentos con las personas de su entorno. Son hedonistas e impulsivos.

Responden de manera rápida, beligerante y con abusos emocionales porque con esto consiguen, con un esfuerzo mínimo, que la pareja se acobarde rápidamente. Pegan a sus mujeres para conseguir lo que quieren, creen tener el derecho. Aunque expresen arrepentimiento, éste no es genuino.

Ya sea psicópatas o antisociales, los cobra son incapaces de construir relaciones de pareja verdaderamente íntimas; la mujer es un instrumento que le da gratificación, en cualquier plano. No temen ser abandonados pero tampoco se les puede controlar. Pueden permitir independencia en sus parejas, incluso tener un affaire. Sus propias historias familiares son caóticas, sin seguridad ni afecto y, usualmente, con abuso sexual en la infancia.

Pueden mostrar consumo de drogas y alcohol, mostrar comportamiento antisocial. Muestran bajo nivel de dependencia emocional de su pareja; es decir, no son hombres especialmente apegados ni celosos.

En cuanto se los deje tranquilos, es poco probable que los cobra planteen exigencias a sus mujeres. Se convierten en peligrosos cuando no obtienen lo que quieren en el momento que quieren.

En resumen, se puede definir a los cobra como unas personas fieramente independientes, que rehuyen la intimidad y que de ninguna manera están dispuestas a que nadie controle o desbarate sus planes.

Sus mujeres disminuyen su expresión de ira, aumentan su nivel de temor y sufren tristeza. No suelen separarse de su marido porque les temen y suelen estar bastante deprimidas. Pese a los abusos, a menudo es la mujer la que lucha por mantener la relación.

Pitbull.

Estos agresores no suelen tener un historial delictivo. Agreden a los miembros de la familia y a su mujer entre ellos. Estos hombres comienzan la discusión desde un resto de ira que aumenta gradualmente durante el transcurso de los 15 minutos de discusión conflictiva, en los que adoptan una expresión cada vez más dominante y amenazadora.

Son inseguros y dependientes emocionalmente de sus parejas, tienen miedo a ser abandonados. Aunque abusen de sus mujeres, expresan una desesperada

dependencia de la pareja, y el temor a ser abandonado genera ataques de celos e intentos de privar a la pareja de toda vida independiente. Pueden ser celosos hasta llegar a la paranoia.

Al *pitbull* le tortura el temor de que su mujer lo abandone, y por mucho que intente eliminar el temor afianzando su control, aquél nunca lo abandona. Por eso el *pitbull* golpea a su mujer constantemente, aparentemente sin estímulo ni de manera episódica: se siente constantemente vulnerable por miedo a perderla y libera los demonios de su vulnerabilidad mediante la violencia. Siente una insatisfacción crónica con el grado de intimidad y de implicación emocional que su pareja le ofrece; por ejemplo, piden que su mujer pase todo el tiempo con él.

Aunque pueden parecer muy descontrolados cuando atacan, es importante tener claro que no responde a un impulso irrefrenable, sino que ha sido un acto voluntario: han optado por agredir. Negar la realidad es una estrategia a la cual los *pitbull* suelen recurrir; en ocasiones, la negativa es tan efectiva que -cuando se utiliza junto a otros métodos para aislar a la mujer del resto de la gente- las mujeres empiezan a dudar de su propia cordura. En ocasiones, estos hombres se creen su propia negativa; en otras, se trata simplemente de una estrategia manipuladora.

Las mujeres de estos agresores discuten tan acaloradamente como sus parejas. Es altamente inestable la permanencia con la pareja.

Comparaciones:

Los *pitbull* dominan a sus parejas en todos los ámbitos y desean controlarlas al igual que los cobra pero por diferentes razones. A éstos los motiva el temor a ser abandonados, mientras que el cobra pretende obtener la mayor gratificación y del modo más inmediato posible. A corto plazo resulta menos peligroso abandonar a un *pitbull* que a un cobra, pero a largo plazo el riesgo aumenta con el *pitbull*.

La manera de atacar del cobra es rápida y puede ser letal cuando se siente amenazado pero, al mismo tiempo, estos ataques iniciales se distraen con facilidad y van a buscar otra víctima potencial. Por el contrario, los *pitbull* hincan sus dientes en su presa y es muy difícil que la suelten.

Para los cobra el control significa que quieren que los dejen tranquilos y que no aceptarán influencia alguna de una mujer. Para los *pitbull*, en cambio, el control implica coartar toda independencia o vida social que pudiese desarrollar la mujer independientemente de él. Mientras los cobra luchan para que los dejen tranquilos, los *pitbull* luchan para estrechar el vínculo.

Dado que las peleas parecen el único modo que el *pitbull* sabe establecer un vínculo con su mujer, los golpes no tienen fin, la violencia y los abusos emocionales son constantes. A diferencia de los cobra, en que las peleas terminan una vez recuperado el control, las agresiones de los *pitbull* las interrumpe la policía y entre episodio y episodio transcurren sólo unos días.

Al momento de la separación, el cobra resulta más peligroso a corto plazo porque luego buscará otra víctima. A mediano y largo plazo, el pitbull puede no reaccionar violentamente pero sí puede llegar a ser muy peligroso pasado un tiempo.

IV. Presencia de alcohol y VIF.

Entre las parejas investigadas por los autores, el consumo excesivo de alcohol era uno de los indicadores principales de que los hombres serían físicamente agresivos durante el primer año de matrimonio. No quiere decirse que el alcohol es *la causa de las agresiones*, sino que son eventos que correlacionan positivamente.

Dada esta conexión, para las mujeres agredidas que todavía no han abandonado sus sueños, los tratamientos de desintoxicación de las drogas y el alcohol siguen siendo un rayo de esperanza: “Si dejase de beber, todo iría bien”. Sin embargo, existen las mismas probabilidades de que una mujer sea agredida cuando el agresor está sobrio que cuando está bajo los efectos de sustancias.

Al agresor le sirve la asociación entre alcohol y violencia; con este recurso intenta minimizar la importancia de la agresión per se para negar que la violencia es un problema que va más allá del abuso de alcohol o drogas, y para distorsionar la real causa de la violencia, que es controlar.

Centrarse demasiado en el consumo excesivo de alcohol o drogas nos aleja de la cuestión central: las agresiones violentas se perpetúan, fundamentalmente, porque consiguen controlar, intimidar y someter a las mujeres víctimas.

El hecho que un agresor de VIF estuviera intoxicado no debiera ser una atenuante ni la base de una defensa fundada en la disminución de sus capacidades.

V. El control de la ira.

Específicamente, los *cobra* agudizan su control al momento de atacar. Los *pitbull* muestran aparente descontrol, pero hay que subrayar que su violencia fue una decisión, una opción voluntaria.

En general, ambos tipos de agresores investigados en la muestra de los autores recordaron los episodios violentos, pero le restaban importancia o negaban su responsabilidad en ellos. Cuando negaron la existencia del episodio, más probablemente mintieron.

Aunque los agresores hubieran podido actuar de manera impulsiva, no perdieron el control. Es relevante aclarar que las mujeres agredidas gravemente nunca sostienen el control de la violencia, los hombres inician la violencia independientemente de lo que hagan o digan sus mujeres. Ellas no pueden poner fin a la violencia cambiando su conducta al interior de la pareja.

VI. Fases de la discusión.

Impredicibilidad: es imposible predecir cuándo atacará el agresor. La mujer no sabe con certeza cuando será atacada. La impredicibilidad e incontrolabilidad sobre la violencia en las víctimas es lo que la convierte en algo tan temible en las mujeres, para su seguridad y para los hijos cuando los hay.

Aferrarse a un sueño: postura muy rígida que muestran las mujeres que las hace esforzarse por el tipo de familia que quieren enfrentando y soportando, a pesar de la violencia.

Nula disposición de los agresores a aceptar influencias: aceptar la influencia de parte de sus mujeres representa una pérdida de control y autoridad, una ofensa a su sentido de honor.

La respuesta de las mujeres, rabia contra miedo: las mujeres agredidas sufren un cúmulo de emociones que confunde su expresión, pareciendo que no están enojadas cuando son agredidas, si bien sufren ira pero conjuntamente con el miedo.

El agresor no posee una línea límite en la discusión: las parejas no violentas (felices o infelizmente casadas) manifiestan una línea límite que se abstienen de cruzar en las discusiones, optando por diferentes medios de solución del conflicto, de omitirlo o de ignorarlo. Asimismo, las mujeres agredidas están dispuestas a parar cuando empiezan a notar la sensación de peligro. En cambio, cuando sus maridos están activados, cruzan la línea y, como la violencia es impredecible, no sabemos cuando ha cruzado. Estos hombres no poseen la capacidad y/o motivación para detener el proceso de escalada y, por mucho que las mujeres intenten dar señas para detener la escalada violenta, no hay nada que ellas puedan hacer para disuadir a su marido de la agresión.

Cuando *beligerancia* y *desprecio* se combinan con la *actitud dominante*, los autores creen que el agresor está a punto de cruzar la línea límite para llegar a la agresión.

VII. Factores diferenciales de gravedad de la violencia en cada tipo de agresor.

Los autores señalan haber encontrado en su muestra las siguientes características que distinguen como más peligrosos a los hombres *cobra* que a los *pitbull*, si bien ambos presentan similar grado de gravedad de violencia:

La violencia de los cobra es más grave: es más probable que un agresor *cobra* llegue a amenazar con arma blanca o de fuego a su mujer.

Los cobra cometen más abusos emocionales: los *pitbull* abusan emocionalmente cada vez más en el transcurso de la discusión y se van acalorando poco a poco hasta que estallan y pierden el control; los *cobra* nunca pierden los estribos.

La infancia de los cobra ha sido más caótica y traumática: casi invariablemente, los *cobra* habían tenido una infancia bastante traumática en la cual la violencia

se manifestaba de distintas formas, incluyendo el haber tenido unas madres muy violentas que abusaban de ellos.

Las mujeres casadas con cobra están más deprimidas y asustadas: estas mujeres mostraron menos ira, más temor y más tristeza que las casadas con pitbull. También debían tener sumo cuidado de no expresar su ira porque la más leve manifestación de enfado puede desencadenar una agresión.

Los cobra y sus mujeres no se separan o divorcian con facilidad.

Los cobra son más violentos dentro y fuera del matrimonio; los pitbull son poco violentos fuera de su matrimonio.

Los cobra padecen más trastornos mentales, especialmente el Trastorno Antisocial de la Personalidad. Además, son más propensos a ser drogodependientes.

Los pitbull construirían relaciones más parecidas a la de parejas no violentas que los cobra.

VIII. Factores que podrían estar relacionados con el fin de la violencia y el abuso emocional.

Si el hombre no minimiza, niega o distorsiona su responsabilidad en la violencia.

Cuando la propia ética no justifica las agresiones.

Si las agresiones no surten efecto como método de control.

Si los niveles de abuso emocional son bajos.

Si la conducta dominante no es muy acusada.

Si el marido se siente razonablemente satisfecho con el matrimonio.

Si los niveles de consumo de alcohol y drogas son bajos.

Si el marido ha debido rendir cuentas a la justicia por su violencia.

IX. Resumen de las características de los agresores que se recoge en la bibliografía.

Autor	Violencia exclusiva	Intermedia	Violencia generalizada
Jacobson y Gottman	Pitbull		Cobra
Dutton	Cíclico	Hipercontrolados	Psicopático
Saunders	Sólo en la familia	Emocionalmente volátiles	Generalizado
Holtzworth-Munroe	Exclusivamente familiar	Disfóricos/límites	General violento/antisocial
Echeburúa	Violentos en la familia		Violencia general
Jonson	Terrorista íntimo dependiente		Terrorista íntimo antisocial

A partir de esta distinción cada grupo o categoría se definen por rasgos diferentes:

- **Los que agreden sólo a sus parejas** incluyen como rasgos todas o la mayoría de las características individuales que se señalaran a nivel cognitivo, afectivo conductual e interaccional. Representan entre el 50% y el 70% del total.

- **Los que expresan una violencia generalizada** se caracterizan por tener una conducta antisocial, realizar diversos delitos, ser más fríos y calculadores, sin sentimientos de culpa e incapaces de establecer relaciones no superficiales, y tendrían un trastorno de personalidad antisocial o rasgos psicopáticos. Representan alrededor del 20% al 25%.

- Por último, alguno de estos autores describen una **tercera categoría** que es incorporada como intermedia a las dos anteriores, y donde los rasgos que los caracterizan son similares a los dos anteriores pero con una diferencia de grado.

Johnson es el único autor que toma en cuenta otra variable distinta para realizar su clasificación general y toma a la extensión de la violencia como una variable para clasificar a un subgrupo. Parte de la distinción de la utilización de la violencia en relación al poder y el control que permite diferenciar a los que maltratan en forma sistemática y permanentemente a sus parejas de los que pueden realizar algún acto de violencia circunstancial y puntual o de forma generalizada.

Respecto del abuso de sustancias en hombres abusadores: si bien el consumo de sustancias es un rasgo característico, no se debe asociar directamente como causa del maltrato, pero en todo caso puede ser un precipitante.

Algunas ideas aclaratorias:

- En su mayoría, los hombres con problemas de drogas o alcohol no agreden a sus mujeres.
- Un porcentaje importante de maltratadores no tienen problemas con el alcohol ni de drogas.

- Las personas que ejercen violencia en la familia agreden tanto sobrios como bajo los efectos de tales drogas.
- Los agresores que se hallan bajo los efectos de drogas o alcohol suelen dirigir selectivamente sus ataques violentos sólo contra su cónyuge o pareja y sus hijos/as.

X. Violencia estructural versus violencia circunstancial

No toda violencia en la pareja es siempre violencia de género porque no siempre la violencia es un intento de dominar y mantener el poder pleno. En este sentido, hay que distinguir dos tipos de violencia:

Violencia estructural	Violencia circunstancial
Maltrato exclusivo en las relaciones de pareja (el hombre es el agresor)	Violencia surgida de conflictos puntuales (producida tanto por mujeres y hombres).
Violencia generalizada (violencia generalmente masculina).	

Es decir, que aunque la violencia en la pareja es una lucha de poder, no todo maltrato en la pareja es violencia de género ni violencia familiar.

En detalle, podemos definir así los tipos de violencia de pareja:

Violencia circunstancial: influye en diferentes grados el género pero se debe tener en cuenta principalmente el factor vincular y situacional.

Violencia estructural exclusiva: el género es su causa principal.

Violencia estructural generalizada: es secundaria a otras posibles causas.

El maltratador en contexto de pareja se define por ser un sujeto generalmente de sexo y género masculino que ejerce diversas modalidades de violencia: física, emocional, sexual, etc. de forma exclusiva, permanente e intencional sobre la persona con quien mantiene un vínculo de intimidad: su esposa o compañera.

En los últimos 25 años se han desarrollado varias investigaciones para determinar las características de las personas que ejercen violencia contra sus parejas.

Como vimos en la revisión previa, la mayoría de los autores afirman que los maltratadores **no son todos iguales y que no poseen una patología particular** pero, a pesar de ello, sí se podrían determinar clasificaciones a partir de algunas variables diferenciadoras.

XI. Bibliografía.

- ARÓN, Ana M^a (Editora): “Violencia en la Familia. Programa de Intervención en red: La experiencia de San Bernardo”, 1^a Edición, Editorial Galdoc Ltda., Santiago de Chile, Septiembre 2001.
- BARUDY, Jorge: “Dictaduras familiares, violencia e incesto: una lectura sistémica del incesto padre e hija”, Editores Gazmuri, Hemel & Aron, Santiago de Chile, 1992.
- Boletín Anual, Ministerio Público 2006.
- CORSI, JORGE.: “Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social”. Editorial Pairo, Buenos Aires, 1994.
- DE VEGA RUIZ, José: “Las agresiones familiares en la violencia doméstica”, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001.
- ECHEBURUA Enrique y otros, Personalidades violentas, Edit. Pirámide, Madrid, 1994.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, Instrucción 4/2004, de 14 de junio, Acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica, Madrid, España.
- JACOBSON, NEIL y GOTTMAN, JOHN (2001), When Men batter women, Ed Paidós S.A. Barcelona.
- MORALES M. y QUINTEROS A. Análisis teórico de la violencia familiar hacia la mujer en Chile y España, en el ámbito judicial, Cuadernos de Psicología Jurídica N° 2, Asociación Chilena de Psicología Jurídica, Agosto 2005.
- QUINTEROS A., (2006) Extracto de Capítulo de Tipologías, Caracterización del hombre maltratador, monográfico-inédito. Madrid.
- WALKER Leonore E. The Battered Woman, Harper and Row, N.Y., 1979.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CONCEPCIÓN SE PRONUNCIA SOBRE REDUCCIÓN DE CONDENA EN VIRTUD DE ARTÍCULO 18 DEL CÓDIGO PENAL Y LA LEY N° 19.856, QUE PERMITE ACCEDER A UNA SANCIÓN NO CONTEMPLADA EN EL TRAMO CORRESPONDIENTE, CONFORME AL ARTÍCULO 23 N° 1 DE LA LEY N° 20.084.

Gloria Andrea Inostroza Paredes²⁹⁶

Comentario:

El fallo transcrito, aunque breve, merece variadas críticas al haberse apartado claramente de la normativa aplicable, otorgando reducciones de condena no permitidas por ley e imponiendo sanciones no disponibles en atención a la extensión de la pena. En resumen, este fallo hace una errónea aplicación de las normas de la Ley N° 19.857, que “crea un sistema de reinserción de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta”, del artículo 18 del Código Penal y de las normas de determinación de la Ley N° 20.084, que “establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, cuestiones todas que merecen ser analizadas separadamente.

1.- El beneficio de rebaja de condena al que pueden acceder las personas condenadas a penas privativas de libertad en virtud de lo previsto en la Ley N° 19856 constituye, durante el cumplimiento de la condena, sólo una **mera expectativa** y no un derecho adquirido. Tanto es así que un interno que lleva meses de rebaja en atención a su “comportamiento sobresaliente” **puede perder todo el tiempo acumulado** por caducidad del beneficio si, por ejemplo, comete una falta grave y por ella se le impone una sanción administrativa que no le permite alcanzar nuevamente, en el siguiente período de evaluación, la calificación de conducta de “comportamiento sobresaliente”. Ello no lo inhabilita a reintentar dicha calificación para comenzar una nueva acumulación, pero lo que tenía antes de este período definitivamente lo pierde, caduca.²⁹⁷

296 Abogada Asesora, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

297 Ley N° 19.856: Artículo 8: “Caducidad del beneficio por cesación de comportamiento sobresaliente. La cesación del comportamiento sobresaliente en un período de calificación, importará la pérdida completa de las reducciones de condena correspondientes a los años precedentes.

Lo dispuesto anteriormente es sin perjuicio de la procedencia futura del beneficio en el evento de que el condenado retomare el comportamiento sobresaliente exigido.

Con todo, la caducidad a que se refiere el inciso primero de este artículo, no tendrá lugar respecto de condenados que hubieren sido invariablemente calificados con comportamiento sobresaliente, cuando la Comisión Calificadora, mediante decisión fundada, así lo estimare.

Además, la rebaja, conforme a la norma, sólo puede aplicarse en el momento en que, de poder hacerse efectiva, se pudiera dar por cumplida la pena, cuestión que no se relaciona con la obtención de algún beneficio legal o reglamentario que le pudiera permitir acceso al medio libre como, por ejemplo, libertad condicional o salida controlada al medio libre. Por cierto, para aplicarlo es necesario que se “solicite” al Presidente de la República, por parte del futuro beneficiario, aunque en la práctica la Unidad Penal en que se encuentra cumpliendo su pena privativa de libertad, que lleva control de dicho beneficio y toda otra cuestión relativa al cómputo de pena, remite los antecedentes a la autoridad competente para que en definitiva se otorgue el beneficio mediante Decreto Supremo suscrito por el Ministro de Justicia, “Por orden del Presidente” (art. 14 de la Ley N° 19.856), siendo ésta, la única vía jurídica de obtener la rebaja de condena en comento.²⁹⁸

2- Más allá de la condonación o rebaja ilegítima de esos cinco meses de condena, el tribunal, además, ha incurrido en otra errónea aplicación del derecho, esta vez referida a la materia que dio origen a la audiencia y por ello al fallo, esto es, errónea aplicación del artículo 18 del Código Penal.

Una persona condenada a una pena concreta con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma penal para adolescentes, tiene derecho, en virtud de lo previsto en el artículo 18 Código Penal, a que se adecue la pena que le fuera impuesta, para reemplazarla, adecuarla, por aquella que le fuera más favorable en conformidad a la nueva legislación. Esta cuestión no ha estado nunca en discusión por parte del Ministerio Público. Tampoco está en discusión que las penas de la Ley N° 20.084 son más favorables para los adolescentes, no sólo por su duración máxima sino por el contenido y forma de cumplimiento. Así, claramente es más beneficioso cumplir una pena de cinco años y un día en régimen cerrado con programa de reinserción social que una de cinco años y un día de presidio en un centro de adultos.

Cabe destacar que en el caso de las penas cuya extensión sea igual o superior a cinco años y un día, la única alternativa disponible, dentro del catálogo de penas para adolescentes, se insiste, para esa extensión de pena es la de régimen cerrado con programa de reinserción social. Así lo establece el artículo 23 N° 1 de la Ley N° 20.084.

En dicho evento, la Comisión autorizará la subsistencia de hasta un 80% del beneficio de reducción de condena acumulado.

En todo caso, lo dispuesto en el inciso precedente sólo tendrá lugar si el condenado hubiere cesado en el comportamiento sobresaliente durante no más de un período de calificación”.

298 Artículo 14. “Procedimiento de obtención del beneficio. Quienes, en conformidad a lo establecido en el artículo 4° de la presente ley, estuvieren en condiciones de solicitar el beneficio de reducción de condena, elevarán solicitud para ante el Presidente de la República, a través del Ministro de Justicia.

La reducción se concederá por decreto supremo dictado bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, tramitado a través del Ministerio de Justicia, una vez acreditado por la respectiva Secretaría Regional Ministerial el cumplimiento de los requisitos objetivos para su concesión”.

Si bien el diseño del artículo 23, en conjunto con las disposiciones del artículo 24, además de las normas relativas a sanción mixta (artículo 19) y sanciones conjuntas (artículo 25), permite al juzgador optar por aquella pena o conjunto de penas que resulte más favorable al adolescente a quien se ha de imponer en concreto una sanción, no existe ninguna norma que permita prescindir de la regla que establece cuáles son las penas disponibles a aplicar dada la extensión de la pena ya fijada, cuestión que en el caso del artículo 18 del Código Penal se contiene en una sentencia ejecutoriada.

El mandato del artículo 18 del Código Penal habilita al tribunal sólo para adecuar, en este caso, la naturaleza de la pena pero no la extensión de la misma, pues ello importaría calificar circunstancias o reabrir el debate propio previo al fallo. Así se indica en el OF FN N° 653 de 11.05.2007 (instructivo N° 11 RPA), al señalar que “tanto los hechos con todas sus circunstancias como la calificación jurídica de ellos y la responsabilidad penal han quedado definitivamente establecidos, debiendo el juez limitarse a adecuar la pena impuesta para dar cumplimiento al artículo 18 del Código Penal, sin que pueda reabrirse el debate que precedió a la condena, tal como ella quedó fijada en la sentencia de término.”

3.- En ese mismo sentido, cabe destacar, aun a riesgo de ser majaderos, que el tribunal está llamado a adecuar la pena originalmente impuesta y no el saldo de la pena, como ha ocurrido en este caso.

Al aplicar el artículo 18 del Código Penal sólo respecto del saldo de pena, nuevamente se ha inmiscuido en la ejecución de la misma, cuestión que no está contemplada en el mandato ni facultades que otorga el legislador al juez mediante la norma en comento. La pena debía ser adecuada sin consideración a que se hubiese iniciado o no su cumplimiento y así lo dice expresamente el inciso tercero de ese artículo al señalar que: “Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, **sea que se haya cumplido o no la condena impuesta**, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o en única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte...”.

Desde la perspectiva de las consecuencias, cabe agregar que la forma en que ha procedido el tribunal, ha importado además, la aplicación de una institución que, si bien es propia del sistema generado por la Ley N° 20.084, corresponde a la etapa de ejecución de la pena y no a la determinación de la misma. Sí, nuevamente se inmiscuye en la ejecución de la pena pues, al haber impuesto una pena no disponible en el tramo, conforme a lo previsto en el art. 23, sino una que se encontraba en dos tramos inferiores, resolviendo de oficio, una sustitución pena, institución prevista en el artículo 53 y 54 de la Ley N° 20.084.

Nada impide que habiéndose condenado a un sujeto, en principio, a una pena de cinco años y un día de régimen cerrado con programa de reinserción social, se modifique por otra menos gravosa luego de haberse iniciado su cumplimiento. Nada impide tampoco que una pena simple, como sería el Régimen Cerrado,

se sustituyera por una sanción mixta o que una mixta, como pudo ser en este caso -dos años de régimen cerrado y el saldo como régimen semicerrado-, se sustituya luego por una simple. En este sentido, el límite formal, establecido en el inciso final del artículo 53 de la Ley N° 20.084, se encuentra en la imposibilidad de sustituir un régimen cerrado por una prestación de servicios en beneficio de la comunidad o por una reparación del daño causado.

No es discutible en este caso que el sujeto ya se encontraba cumpliendo efectivamente una pena, pero claramente también el tribunal que dictó la sentencia nunca fue el competente para resolver las cuestiones propias de la ejecución, cuestión que hizo una y otra vez.

Por lo señalado, resulta evidente que el tribunal, además de conceder una condonación parcial no ajustada a derecho, ha cometido otros errores o abusos adicionales, a saber:

1.- Adecúa la pena impuesta considerando sólo el saldo de pena por cumplir y no la pena impuesta como ordena el artículo 18 del Código Penal.

2.- Adecuando sólo el saldo de pena se permite acceder a una sanción -régimen semicerrado con programa de reinserción social- que no está disponible en el tramo que corresponde al de la pena que debía ser modificada -tramo 1 del artículo 23: desde cinco años y un día-, disfrazando una sustitución de pena que debió otorgarse en una etapa posterior. Ello ha importado pronunciarse sobre una rebaja de pena adicional que no ha sido prevista, querida ni autorizada por el mencionado artículo 18. Además, violenta todas las normas de determinación de la naturaleza de la pena previstas en la Ley N° 20.084, a las que, se supone, pretendía dar aplicación.

3.- Conforme a lo previsto expresamente por el artículo 50 de la Ley N° 20.084, que se refiere a la competencia en el control de la ejecución²⁹⁹, el único tribunal con competencia para resolver una sustitución, ya sea de oficio o previa solicitud, es el juez de garantía de la localidad en que se encuentre ubicado el lugar de cumplimiento, no el que dictó la sentencia condenatoria; por tanto, **este tribunal se ha arrogado una competencia que nunca tuvo.**

Una resolución conforme a derecho debió adecuar o cambiar la pena de presidio por la de régimen cerrado con programa de reinserción social. Ello permitiría que, luego de iniciado el cumplimiento de ese régimen cerrado, se lo sustituyera esa pena, por el juez de garantía del lugar de cumplimiento, en este caso, por el Juez de Garantía de Coronel, por la de régimen cerrado o incluso otra que se considerara igualmente menos gravosa e idónea para el cumplimiento de los fines de la pena.

299 Artículo 50: "Competencia en el control de la ejecución. Los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones que contempla la presente ley serán resueltos por el juez de garantía del lugar donde ésta deba cumplirse.

En virtud de ello y previa audiencia, el juez de garantía adoptará las medidas tendientes al respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución y resolverá, en su caso, lo que corresponda en caso de quebrantamiento".

Frente al inevitable cuestionamiento relativo al régimen de recursos, es necesario considerar que, al adecuarse la pena impuesta, conforme al mandato del artículo 18 mencionado, la nueva sanción así determinada o la nueva pena impuesta debe entenderse como parte de la sentencia adecuada y, por tanto, sujeta al mismo régimen de recursos de aquella que ha sido adecuada y modificada por este evento. Así, tratándose de una pena impuesta por un TOP en un Juicio Oral, el recurso procedente es el de nulidad, que de ser acogido acarrea la nulidad del fallo y del juicio oral en que fuera dictada. Esta consideración provoca, ineludiblemente, no sólo en este caso sino en cualquier otro en que se pueda producir una situación similar, un análisis también económico de cara a la interposición de recursos que pudieren rectificar el error de derecho plasmado en el fallo modificado, pues es posible, como ocurre en este caso, que el juicio oral se haya efectuado con larga data y por ello no se cuente, a la fecha de la adecuación de pena, con los elementos de prueba y/o testigos necesarios para garantizar el éxito necesario en términos de obtener una nueva condena, esta vez plenamente ajustada a derecho, como probablemente se obtuvo con el juicio oral y su respectiva sentencia.

Sentencia:

Concepción, ocho de abril de dos mil ocho.

VISTOS Y OIDOS:

El documento referido y lo expuesto por el señor Fiscal y por la señora Defensora presente en esta audiencia:

1.- Que la defensa del acusado AJRR conforme lo previsto en los artículos 18 del Código Penal a solicitado la aplicación de la Ley penal mas favorable 20.084, haciendo presente que su representado fue condenado en la causa Ruc 0400275034-7 Rit 253-2005, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, la que empezó a cumplir efectivamente con fecha 20 de marzo del 2005, con cinco meses de rebaja por comportamiento sobresaliente de acuerdo con la Ley 19.857.

2.- Que a esa pena se suma de la prisión que le fue impuesta según documento ya leído por el Juzgado de Garantía de Concepción, en la causa Ruc 0400385696-3 por Tenencia o porte ilegal de arma y municiones y otros, de 10 días de prisión.

3.- Que la defensa hace presente que a la fecha su representado a cumplido más de tres años de libertad por lo que corresponde que el saldo sea cumplido como sanción de libertad Asistida Especial, conforme lo permite el artículo 23 N° 3 de la ley 20084, previa aprobación del Plan de Intervención individual a su respecto.

4.- Que a dicha solicitud, se opone el Ministerio Público por estimarla improcedente, agregando que conforme el artículo 23 N°1 de la referida Ley, solo permite la sustitución de la misma impuesta por la de intervención en régimen cerrado con programas de reinserción social.

5.- Que conforme al oficio 1126 de Gendarmería de Chile de fecha 04 de abril del 2008, procede estimar la pena impuesta en la causa 0400275034-7, en cinco meses por cumplimiento de comportamiento sobresaliente del sentenciado y unificarse a la impuesta en la causa 0400385696-3 por Tenencia o porte de arma municiones y otros, para los efectos de realizar la sustitución pedida por la defensa.

6.- Que sumada las penas impuestas en las causas 0400275034-7 y 0400385696-3, y contadas desde el 20 de abril del 2005, las mismas se cumplen al día 29 de marzo del 2010, por lo que, con la rebaja correspondiente de cinco meses ya indicada por el oficio de Gendarmería de Chile referido, se han de cumplir efectivamente al 31 de octubre del 2009, razón por la cual a esta fecha, AJRR, tiene un saldo por cumplir, de poco menos de dos años de esa sumatoria de penas ya indicadas.

7.- Que procede sustituir el saldo conforme lo dispuesto en los artículos 18 del Código Penal, 23 N°3 de la ley 20084, por alguna de las sanciones que esta última disposición indica.

8.- Que en consecuencia en aplicación de los criterios del artículo 24 de la ley 20083, en especial, el número de delitos que se ha impuesto a AJRR, la gravedad de los mismos, la calidad de autor y el grado de ejecución, de las infracciones correspondiente, el tribunal acuerda:

Sustituir el saldo de las penas ya mencionadas y unificadas, por la de régimen semi cerrado con programa de reinserción social, conforme al plan que se elaborará, para lo cual se oficiará al Coordinador Judicial

del Sename de la Octava Región, otorgándole el plazo de 15 días, para su remisión al Ministerio Pública, a la defensa y al tribunal, quien fijara oportunamente, la audiencia de debate y aprobación del plan.

Oficiase a Gendarmería de Chile, para que de inmediato proceda al traslado de AJRR, a la sección Juvenil del Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, quedando en consecuencia a disposición, de la autoridad de Sename para la elaboración de dicho plan.

RIT N° 253-2005

RUC 0400275034-7

Resolvieron los jueces titulares de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción don Adolfo Cisterna Pino, doña María Elvira Verdugo Podlech y doña Carmen Gloria Duran Vergara.

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. CAMBIO DE INTERNACIÓN EN RÉGIMEN SEMICERRADO A OTRA EN CENTRO CERRADO, POR QUEBRANTAMIENTO DE LA PENNA.

María Angélica San Martín Ponce³⁰⁰

Comentario:

El artículo 52 de la Ley N° 20.084, regula el quebrantamiento de las sanciones establecidas en dicha ley, señalando en su N° 6, que “El incumplimiento de la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social podrá sancionarse con la internación en un centro cerrado por un periodo no superior a noventa días.....”. Por lo que para saber en qué consiste materialmente dicho quebrantamiento debemos recurrir al artículo 16 de la misma ley, que señala el contenido de la pena de internación en régimen semicerrado, que comprende la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad al menos entre las 22:00 y las 07:00 horas del día siguiente, salvo excepciones justificadas, y la sujeción a un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre.

Atendido a que es posible que el incumplimiento de obligaciones o actividades comprendidas en el plan de intervención individual coincidan con infracciones disciplinarias del Reglamento de la Ley N° 20.084; tales como las contenidas en el artículo 109 g) (llegar del medio libre manifiestamente ebrio o drogado) o del artículo 110 a) (presentarse al centro respectivo después de las horas fijadas), los tribunales de ejecución no han resuelto en un sentido uniforme; es decir, en algunos casos han declarado el quebrantamiento de la sanción y en otros ha resuelto que estos incumplimientos sólo constituyen infracciones disciplinarias.

En el presente caso, en la audiencia de quebrantamiento el juez de ejecución accedió a la petición del Ministerio Público y consideró que el imputado incumplió en forma reiterada y flagrante las condiciones de internación en régimen semicerrado, decretando la sustitución temporal de la sanción quebrantada por 80 días de internación en régimen cerrado. La defensa del condenado recurrió de amparo, el que fue rechazado por la Corte de Apelaciones, de cuyos argumentos rescatamos los siguientes³⁰¹:

a) El juez de ejecución actuó dentro del ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus facultades legales, según los artículos 50, 51 inciso segundo y 52 N° 6 de la Ley N° 20.084.

300 Abogado, Subdirectora Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

301 Sentencia, confirmada por la Corte Suprema, conociendo la apelación de amparo, Recurso Ingreso 1140-08. Causa RUC 0700588814-4.

b) El contenido de los artículos 105 y 47 del Reglamento.

El referido artículo 47 contempla la obligación de los centros de informar al tribunal de control de ejecución el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el plan de intervención individual o en general del contenido de la sanción impuesta; por su parte, el artículo 105, referido a la tipicidad de las infracciones disciplinarias, señala que estas no podrán sancionarse con otras sanciones que las establecidas en el reglamento, sin perjuicio de las sanciones penales y civiles que correspondan.

A lo anterior cabe agregar para efectos de diferenciación entre ambos estatutos lo señalado el artículo 104, referido a la finalidad de las sanciones disciplinarias, que señala: “Las normas de convivencia interna y de disciplina tienen por finalidad contribuir a la seguridad y a una vida interna ordenada al interior del centro.” Es decir, una finalidad absolutamente distinta a la perseguida por la sanción penal, consistente en “hacer efectiva la responsabilidad del adolescente por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”³⁰². De este modo, es perfectamente posible que un mismo hecho -por ejemplo, ingresar al centro bajo el efecto de las drogas- pueda ser objeto de una sanción disciplinaria contemplada en el Reglamento, a fin de mantener una convivencia ordenada y segura al interior del recinto, y al mismo tiempo, dé lugar a que el juez de control de la ejecución examine cuan grave es esa conducta, a la luz de las circunstancias particulares del caso concreto y atendiendo a las condiciones personales del adolescente condenado, pudiendo, si lo estima necesario y ajustado a derecho, declarar que la pena ha sido quebrantada y ordenar el cumplimiento de la pena sustitutiva.

Sentencia:

Puerto Montt, ocho de febrero de dos mil ocho.

Vistos:

A fojas 13 comparece don Ciro Santiago Veloso, Defensor Penal Público de esta ciudad, domiciliado en Benavente 959 de esta ciudad, quien recurre de amparo a favor del menor MAIS en contra del Tribunal de Control de Ejecución de la sanción de Puerto Montt, fundado en que dispuso el castigo de 80 días de privación total de libertad por un quebrantamiento de condena que no es

efectivo, puesto que su representado jamás ha cesado en el cumplimiento de la pena que le fuera impuesta con fecha 30 de octubre de 2007 por el Tribunal de Letras y Garantía de Paillaco, en su calidad de autor del delito de robo con violencia. Puntualiza que esta decisión fue adoptada en audiencia ante el Juzgado de Garantía de esta ciudad de 11 de enero en curso, a la que se presentó el Fiscal Adjunto de esta ciudad con Marcelo Maldonado, en la que se consideró como antecedente el Ordinario No. 016 de 9 de enero en curso, del Director (S) del Centro Semicerrado de Puerto Montt, y al respecto argumenta las conductas imputadas al menor

302 Artículo 20 de la Ley 20.084.

no constituyen el quebrantamiento precitado, y a lo sumo sólo pueden estimarse como faltas menos graves o leves, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 109 g y 110 del Reglamento de la Ley N° 20.084, precisamente la de agredir de palabra a los funcionarios del centro, regresar del medio libre manifiestamente drogado o ebrio o presentarse al centro respectivo después de las horas fijadas cuando se hace uso de permiso de salida, sin causa justificada o regresar al mismo en estado de intemperancia.

Refiere además que el tribunal recurrido no tuvo por acreditado el quebrantamiento sino que sólo por incumplidas las condiciones de internación, asimilando esta situación a un quebrantamiento, no obstante estimar que sólo ha existido infracción a normas de orden interno, que se contemplan en el Reglamento de la Ley N° 20.084 en su párrafo 9° y sus sanciones en los artículos 104 y siguientes, así como el procedimiento destinado a garantizar su conocimiento, señalando que ni siquiera se había constituido en el Centro semi cerrado de Puerto Montt, la Comisión de Disciplina que prevé el artículo 105 del mismo reglamento.

Agrega que el derecho penal es supletorio y subsidiario al régimen disciplinario, y que en el presente caso no se acudió en primer término a éste, sin perjuicio de representar la necesidad de evaluar la eficacia de las intervenciones dispuestas en cumplimiento de la sanción establecida por el tribunal y determinar por qué su representado no ha recibido los tratamientos médicos necesarios para controlar su problema de adicción a las drogas. En ese orden, sostiene

que el Plan de Intervención individual determinado para el amparado no contempla requisitos que digan relación sobre el régimen bajo el cual deben cumplir la pena o que se le advierta de sanciones por su incumplimiento, de modo que no entiende cómo la resolución del Juez recurrido puede dar por acreditado un quebrantamiento si lo denunciado por el Centro Semicerrado no corresponde al incumpliendo de la sanción del régimen semicerrado establecida en el artículo 16 de la Ley N° 20.084. ni a lo que se plasma en el plan de intervención ya referido.

Solicita se adopten las providencias necesarias para el restablecimiento del derecho y asegurar la debida protección del afectado, y en consecuencia, se deje sin efecto la sanción de encierro total en régimen cerrado por 80 días que actualmente cumple su representado en el Centro cerrado de Valdivia.

A fojas 10 informa don Luis Olivares Apablaza, Juez de Garantía de esta ciudad, quien refiere la efectividad de haber impuesto la sanción de 80 días de encierro en régimen cerrado al amparado menor de edad MAIS, haciendo presente que la pena impuesta a este imputado por el Juzgado de letras de Paillaco de tres años de internación en régimen semicerrado con programa de reaserción social constituye una sanción privativa de libertad en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado al interior del recinto como en el medio libre, y en este último caso, las actividades sólo pueden desarrollarse entre las 7 y las 22 horas, y entre las 22 y

las 7, el joven debe encontrarse en el centro de privación de libertad, y en el caso del menor de autos, a lo menos en 2 oportunidades no se encontraba residiendo en el centro dentro de los horarios que establece la ley, contraviniendo en consecuencia la esencia de la sanción originalmente impuesta, sin perjuicio de haber incurrido en otras conductas incompatibles con la sanción de que da cuenta el informe No. 016 de 9 de enero pasado, por haberse involucrado en hechos que pudieran revestir carácter de delito sin perjuicio del consumo de alcohol y drogas.

A fojas 33 vuelta, encontrándose en estado de ver, se trajeron los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

PRIMERO: Que, la naturaleza jurídica del amparo corresponde a una acción, cuya finalidad se cumple en tanto se adopten en el plano temporal las medidas eficaces, pertinentes y necesarias que pongan término inmediato al acto administrativo o judicial que encuadre en los supuestos del artículo 21 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que, en la especie, la acción cautelar descrita en el motivo que precede se fundamenta por el actor en la circunstancia de que el menor MAIS, condenado a una pena de tres años y un día de internación en régimen semi cerrado, por sentencia del Juzgado de Letras y Garantía de Paillaco, de 30 de octubre de 1007, fue sancionado por un supuesto quebrantamiento previsto en el artículo 52 No. 6 de la Ley N° 20.084, no

obstante estimar que las conductas imputadas, no constituyen la figura jurídica precitada y a lo sumo podrían configurar infracciones menos graves o leves.

TERCERO: Que, en ese orden, para resolver el asunto planteado a esta Corte, estas sentenciadoras tienen presente que la pena impuesta al menor imputado, de internación en régimen semi cerrado constituye una medida de privación de libertad, cuyo cumplimiento y control de su ejecución se encarga precisamente al Juez de Garantía de la ciudad donde ésta debe cumplirse, y que en el presente caso, el Director (S) del Centro Semicerrado de Puerto Montt, informa al tribunal competente sobre la materia, una serie de hechos acontecidos el 7 de enero del presente año, cuando en el marco de una salida recreativa, el amparado se separa del grupo junto con otros dos jóvenes, con quienes habría ingresado a una cabaña, sólo regresando al centro al día siguiente, en estado de consumo y utilizando vestimentas ajenas, sin perjuicio de describir su actitud agresiva y desafiante, al no aceptar ir a su cama; que se muestra alterado aun en la mañana y sale del centro, al que regresa las 5:50 horas nuevamente en estado de consumo y con vestuario ajeno, si bien en actitud pacífica; luego, refiere que el mismo día 8 llega como a la 1:30 en el mismo estado, rompe unos policarbonatos de la puerta y reingresa al centro como a las 7:30, sosteniéndose una reunión con el Director quien le insta a mejorar su comportamiento, informándole que los hechos se pondrían en conocimiento del tribunal, a lo que responde con maltrato verbal y amenazas, así como también en contra de

dos educadores y un psicólogo.

CUARTO: Que, con el mérito de este informe, se lleva cabo audiencia ante el Juzgado de Garantía de esta ciudad, con fecha 11 de enero pasado, con la presencia del Fiscal Adjunto Sr. Marcelo Maldonado González, el imputado MAIS, debidamente asistido por el Defensor Penal Público, Sr. Ciro Santiago Veloso, estando presentes además en la audiencia don Patricio Camus, don Marcelo Reyes y doña Viviana Navarro, en representación del Servicio Nacional de Menores, y luego de escuchados todos los intervinientes, estimando el Juez Titular don Luis Olivares Apablaza que los hechos previamente relacionados constituyen un incumplimiento reiterado flagrante de las condiciones de internación en régimen semicerrado, sustituye dicho régimen por el lapso de 80 días de internación en régimen cerrado a cumplirse en el centro que el Sename determine, apercibiendo al menor de que en caso de reiteración de la conducta, se podrá decretar la sustitución en forma definitiva.

QUINTO: Que, de conformidad con lo relacionado en los motivos que preceden, así como de los antecedentes acompañados en informe del tribunal recurrido, se observa que el Juez de Garantía de esta ciudad, Sr. Luis Olivares Apablaza, al imponer la sanción que por esta vía se impugna, dispuesta en el artículo 52 No. 6 de la Ley N° 20.084, obró dentro del marco de su competencia y en el ejercicio de sus facultades legales, en concordancia con lo expresamente estatuido en los artículos 50 y 51 inciso segundo de la misma ley, y artículos 47 y 105 de su Reglamento, de

modo que no cabrá sino rechazar el recurso deducido a fojas 13, atendida su manifiesta falta de fundamentos, lo que se declarará en lo resolutivo del presente fallo.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se rechaza el recurso de amparo interpuesto a fojas 13 por don Ciro Santiago Veloso, Defensor Penal Público de esta ciudad, a favor del menor MAIS, en contra del Tribunal de Control de Ejecución de la sanción de Puerto Montt.**

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción de la Ministra Titular doña Teresa Mora Torres.

Pronunciada por la Ministra Titular doña Teresa Mora Torres y las Ministras Suplentes doña Ivonne Avenaño Gómez y doña Patricia Miranda Alvarado. **Rol No. 26-2008.**

DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR SON DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA, SIENDO IMPROCEDENTE LA EXTINCIÓN DE ÉSTA POR PERDÓN DEL OFENDIDO.

María José Taladriz Eguiluz³⁰³

Comentario:

La I. Corte de Apelaciones de Valparaíso funda su resolución en los artículos 82 y 84 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

El artículo 82 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia establece en su inciso segundo que: *“La demanda o denuncia podrá ser deducida por la víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado. La denuncia, además, podrá hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven ...”*

Por su parte, el artículo 84 de la Ley N° 19.968 dispone que: *“Las personas señaladas en el artículo 175 del Código Procesal Penal estarán obligadas a denunciar los hechos que pudieren constituir violencia intrafamiliar de que tomen conocimiento en razón de sus cargos, lo que deberán efectuar en conformidad a dicha norma.”*

De este modo, y no obstante lo dispuesto en el artículo 54 letras a) y d) del Código Procesal Penal, lo dispuesto en los artículos 82 y 84 de la Ley que crea los Tribunales de Familia transforma la naturaleza de la acción penal en los casos de lesiones leves, lesiones menos graves y amenazas cometidas entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066, confiriéndoles el carácter de pública.

Cabe tener presente que los mencionados artículos de la Ley N° 19.968 se contienen en el Párrafo 2° denominado *“Del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar”*, por lo que al tratarse de una norma de carácter especial y recurriendo al criterio de interpretación de la especialidad, prima sobre la regla general contenida en el artículo 54 del Código Procesal Penal.

Si bien podrían plantearse discusiones en cuanto a la aplicabilidad de la norma en sede penal, por su ubicación en la Ley N° 19.968, no debe olvidarse que el deber de protección que asume el Ministerio Público en el ámbito de la violencia intrafamiliar se consagra en el artículo 81 inciso segundo de la misma ley, tanto para aquellos actos de violencia intrafamiliar constitutivos de delito, como también para aquellos que no lo sean. Lo anterior es concordante con la ampliación de facultades que el artículo 83 de la Ley N° 19.968 confiere a las policías en el sentido de autorizarse la detención en situaciones de flagrancia de actos de violencia intrafamiliar sean o no de naturaleza penal.

303 Abogada Asesora, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Destacamos que esta situación es equivalente a los delitos de acción penal pública previa instancia particular y a los delitos de acción penal privada cometidos contra menores de edad, en los que la *“preponderancia a la voluntad o actuación de la víctima decae frente al interés público que reviste la persecución penal de delitos cometidos contra personas cuyo estatus normativo las hace acreedoras de una protección reforzada”*³⁰⁴, concediéndose acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad (artículo 53 inciso 2° del Código Procesal Penal).

Por último, y teniendo presente en razón de los argumentos ya expuestos la naturaleza de la acción penal cuando se trata de delitos cometidos al interior de las familias, **no debe perderse de vista que la finalidad de prevención -general y especial- de la pena cumple un papel muy relevante en estos casos**, toda vez que la sensación de impunidad genera víctimas cada vez más inseguras y reacias a denunciar los hechos y agresores cada vez más seguros ante la percepción de la ineficacia del sistema legal.³⁰⁵

Sentencia:

Valparaíso, catorce de noviembre de dos mil seis.

Visto y teniendo únicamente presente:

Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley N° 19.968, la denuncia por violencia intrafamiliar no sólo puede ser realizada por la víctima, sino que también por cualquiera persona que tenga conocimiento del hecho y que, además, el artículo 84 del mismo cuerpo legal indica que la violencia intrafamiliar debe ser denunciada por los funcionarios y personas que señala el artículo 175 del Código Procesal Penal, es dable señalar que no nos encontramos en uno de aquellos casos en que el perdón de la ofendida logre extinguir la acción penal.

Y atendido lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal y 250 del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la resolución apelada, que decretó el sobreseimiento definitivo y se declara que deberá continuarse con la tramitación del presente juicio.

Devuélvase, conjuntamente con su registro de audio.

Rol I.C. N° 1323-2006.

304 Horvitz, M. I. “Derecho Procesal Penal Chileno. Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación”. Tomo I, Edit. Jurídica, pág. 335.

305 Oficio FN N°514, de 09 de junio de 2006.

