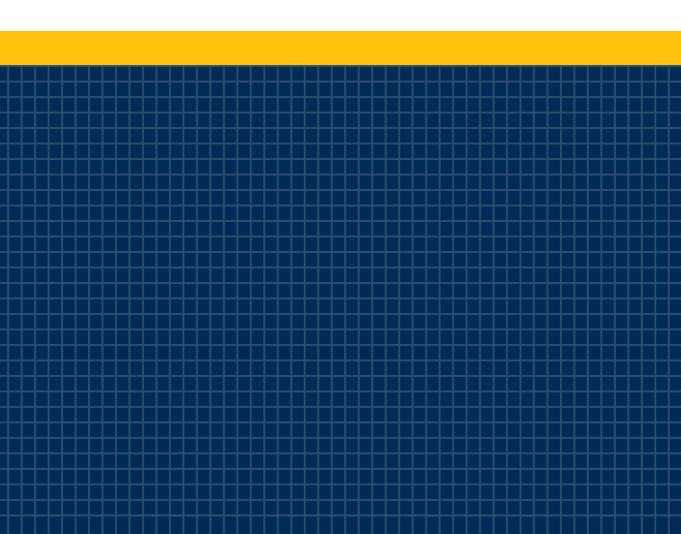
ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°50 - Marzo 2012



REVISTA JURÍDIGA DEL MINISTERIO PÚBLIGO

N°50 - Marzo 2012

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz Coordinador

Sandra Luco Castro Ricardo Mestre Araneda María Cecilia Ramírez Guzmán Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Andrea González Leiva Soledad Poblete Moya

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

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

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

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 965 9693

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

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

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos	
Recurso de nulidad rechazado. Declaraciones prestadas por un conductor ante Carabineros, en el lugar de un accidente vial Corte Suprema	11
Recurso de nulidad rechazado. Circunstancia agravante de reincidencia específica Corte Suprema	20
Recurso de queja rechazado. Improcedencia de condena en costas. Finalidad y límites del recurso de queja Corte Suprema	33
Recurso de nulidad acogido. Falta de emplazamiento del querellante. Escrituración de las sentencias. Sustitución de la multa Corte Suprema	39
II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS	
Artículos	
Algunas claves del abordaje de la violencia contra la mujer en los Estados Unidos de Norteamérica Luz María Fernández Saldías	49
III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN	
Artículos	
Límites a la delegación de los administradores. Criterios para su determinación desde la posición de garante. Planteamiento de un problema y esbozo para una investigación dogmática <i>Roberto Morales Peña</i>	77
IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES	
Artículos	
Visión prospectiva en los tribunales de tratamiento de drogas Lorena Rebolledo Latorre	109

Sentencias Comentadas

Sentencias comentadas	
Comentario a la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de San Bernardo que condenó por el delito de prevaricación y estafa a la abogada de dos imputados por tráfico ilícito de drogas Renzo Figueroa Aste	118
Kenzo Figuerou 21ste	
V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS	
Artículos	
Procedencia de los beneficios de la Ley N°18.216 para los casos de violación impropia y violación con homicidio Edison Carrasco Jiménez	133
Sentencias Comentadas	
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta condena por el delito de secuestro con homicidio Catalina Duque González	140
VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y CRIMEN ORGANIZADO	
Artículos	
Revisión a algunas discusiones dogmáticas en torno a la estafa con ocasión de la dictación de sentencia condenatoria en causa RUC 0600443058-K Ulda Omar Figueroa Ossa	191
Panorama de la coordinación interinstitucional en el ámbito de los delitos económicos, medio-ambientales, contra la salud pública y contra el patrimonio cultural Alejandro Moreira Dueñas	211
Conocimiento del origen ilícito de los bienes en el delito de lavado de dinero (doloso). Algunos comentarios a propósito de sentencia definitiva condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes Antonio Segovia Arancibia	221
VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	
Artículos	
Informe sobre femicidio en Chile. Estadísticas relevantes 2011 y datos comparativos *Roberto Rodríguez Manríquez*	239

Sentencias Comentadas

Comentario sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel que rechaza recurso de apelación de resolución que no da lugar a la sustitución de pena establecida en Art. 53 de Ley de Responsabilidad Adolescente	251
Jorge Ignacio Gárate Bais Recurso de amparo rechazado. Quebrantamiento de condena en ausencia de condenado adolescente María José Morón Urzúa	262

PRÓLOGO

En mayo de 2001 se publicó el primer número del Boletín del Ministerio Público, publicación que se mantuvo con una periodicidad mensual durante ese año, para pasar a ser bimensual a partir del año 2002. En 2003 se transformó en una publicación trimestral, hasta el día de hoy, en que llegamos a la quincuagésima edición.

Constituye un gran logro para esta Institución el haber logrado mantener la regularidad y permanencia de una publicación jurídica especializada en materias penales y procesales penales contingentes, y que nació con la idea de capacitar a los propios funcionarios, así como de contribuir en el conocimiento práctico de la aplicación del naciente proceso penal oral por parte de los demás participantes del quehacer jurídico, como son los abogados litigantes, los jueces y universidades.

Como se enunciara, en su génesis, esta publicación consideró especialmente la mejor divulgación de las primeras jurisprudencias y discusiones doctrinarias en torno al reformado proceso penal. Y en este afán divulgador, y formador, se ha ido perfeccionando en el tiempo, pasando de Boletín a Revista Jurídica del Ministerio Público en abril de 2008, e incluyendo a partir de entonces el aporte de artículos y análisis de resoluciones judiciales por parte de nuestras Unidades Especializadas.

Al momento de hacer un balance de los primeros objetivos y los logros alcanzados, sin duda el saldo resulta positivo, pues no sólo se ha logrado la permanencia y regularidad mencionadas, sino que, además, se ha cumplido con difundir el quehacer jurídico contingente en materia penal.

Lo anterior se ve reflejado especialmente en el esmero de difundir resoluciones judiciales recientes, así como en el esfuerzo de seleccionar aquellas que dirimen en torno a debates penales sustantivos y adjetivos relevantes en la actualidad.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. DECLARACIONES PRESTADAS POR UN CONDUCTOR ANTE CARABINEROS, EN EL LUGAR DE UN ACCIDENTE VIAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Las preguntas hechas al conductor sobreviviente por el funcionario de Carabineros que llegó primero al lugar al lugar de un accidente carretero, son válidas, ya que en el momento inmediato al suceso fue para el policía un testigo, de manera que legitima su proceder la facultad que le confiere el artículo 83, letra d), del Código Procesal Penal, en relación a la letra c), de la misma disposición, sin que haya requerido orden previa del fiscal.

Lo único que extrae el tribunal a partir del testimonio policial, es la efectiva ocurrencia del accidente y que el interrogado conducía el camión, pues no se aprecia en otra sección de la sentencia más consideraciones que surjan del diálogo entre el funcionario y el imputado, Entonces, las conclusiones que pudieren construirse a partir de tales dichos preliminares, no aportan más información que la que el mismo imputado proporcionó en la audiencia de juicio, cuando declaró, renunciando a su derecho a guardar silencio.

Se desecha de plano la alegación consistente en la presunta violación a la garantía constitucional del debido proceso, pues la indicada diligencia no afectó la voluntariedad de los dichos del enjuiciado, y de las manifestaciones así obtenidas no se extrajo nada que afectara sus derechos o que se haya utilizado en su perjuicio en el posterior enjuiciamiento.

Texto Completo:

Santiago, a catorce de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

En estos antecedentes, rol único 1100149808 - K, e interno del tribunal 210 - 2011, se registra la sentencia dictada en juicio oral por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua, de seis de septiembre de dos mil once, que sancionó a **Manuel Antonio Sepúlveda Castro** a un año de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión de cargo

u oficio público durante el tiempo de la condena y de licencia de conducir por un año a contar desde que el fallo quede ejecutoriado, más el pago de las costas de la causa, como autor del cuasidelito de homicidio de José Salcedo Oyarzún, acaecido en la comuna de San Francisco de Mostazal, el once de febrero del año en curso, otorgándosele el beneficio de la remisión condicional de la pena.

En contra de esa decisión, el defensor penal público Hugo Patricio Zamorano Galán, dedujo un recurso de nulidad fundado de manera principal, en el artículo 373, letra a), del

Código Procesal Penal y, en subsidio, en el artículo 374, letra e), del mismo cuerpo legal.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 25.

La audiencia pública se verificó el veinticinco de octubre último y, luego de la vista, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta de fojas 29.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 9 a 14 vta. de este cuaderno, se sustenta en forma principal en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión con los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 19, N°3°, de la Carta Fundamental y 83 y 91 del Estatuto procesal del ramo.

Explica el impugnante que entre los antecedentes que el tribunal oral consideró para formar su convicción condenatoria, se encuentra la declaración del Sargento de Carabineros Christian Renato Groeng Figueroa, quien a la fecha de los sucesos prestaba servicios en la Comisaría de Graneros y se constituyó en el lugar del accidente investigado, quien declaró que mantuvo una conversación con el chofer sancionado acerca de lo sucedido, según indica tex-

tualmente el fallo sobre este punto: "contra examinado por la defensa, adujo que entrevista al conductor del camión en calidad de testigo, a quien le preguntó, como se ha señalado, que había sucedido".

Según el parecer de la defensa, esta actuación constituye una entrevista al acusado, cuya declaración fue utilizada por los jueces para adquirir certeza de lo sucedido, en perjuicio del mismo, lo que importa una infracción a la garantía del debido proceso, pues a fin de acreditar la participación, el tribunal se valió de una declaración del imputado prestada ante la policía sin contar con la debida asistencia letrada.

Recuerda que el artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República, consagra como garantía la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la defensa jurídica en la forma que la ley señale y que ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

Enseguida expresa el compareciente cuáles son las actuaciones que corresponde a Carabineros de Chile sin que requieran previamente instrucciones particulares de los fiscales, de conformidad a lo prevenido en el artículo 83 del Código Procesal Penal; sin embargo, aduce que la intervención de Groent Figueroa no encuadraba en ninguna de las descritas en esa disposición, por lo que su conducta carece de toda justificación legal.

Plantea que esta Corte Suprema ya ha reconocido que la garantía del debido proceso se satisface con el derecho a un juez natural, independiente e imparcial, a un juicio previo y público, a presentar pruebas de descargo y a examinar las de cargo, a ser juzgado en un proceso tramitado conforme a la ley, el derecho a una defensa técnica y que la obligación de contar con asistencia letrada durante una declaración policial, arranca del artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental.

Aduce que esta concepción debe entenderse en términos amplios, pues no sólo atañe a la defensa propiamente dicha sino a todo tipo de materias, como ocurre con el asesoramiento respecto de los derechos que poseen las personas y los medios que pueden hacer valer para su adecuada protección.

Entiende que este reconocimiento se extiende también a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como ocurre con el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de todo lo cual se puede sostener que gozar de defensa técnica es un derecho fundamental, que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y llevar a cabo en él todas las actividades para poner en evidencia una eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, materias que también se encuentran acogidas

en diversas disposiciones de nuestro propio ordenamiento.

En el caso en estudio, de acuerdo a lo que consigna la sentencia del tribunal oral, asegura que tanto para acreditar el hecho punible como la participación del enjuiciado, los magistrados se valieron del testimonio del funcionario de Carabineros, mismo que reconoció haber entrevistado al acusado en calidad de testigo.

A propósito de estos cuestionamientos, refiere que el dictamen desestima la eventual vulneración de garantías, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional razonarían sobre la base que los derechos consagrados al imputado son perfectamente renunciables, no obstante ello, el recurrente explica que esta Corte ha razonado en forma diversa, al resolver que toda persona detenida o sindicada de cualquier forma como partícipe de un delito, tiene derecho a designar un abogado desde ese mismo momento, lo que debe efectuarse de manera efectiva, sin que pueda practicarse ningún acto procesal de la instrucción en el que el imputado deba intervenir personalmente, pues la garantía de la defensa en juicio sólo queda satisfecha cuando la persona imputada cuenta con la debida defensa técnica, la que existe desde el inicio de la persecución penal, por lo que cualquier acto o diligencia en la que deba realizar alguna manifestación, como es una declaración o actos o diligencias que por su naturaleza sean inmodificables o irrepetibles, deben realizarse con la presencia personal del abogado defensor, sólo de esta

forma el acto será válido, criterio que encuentra su correlato en el derecho comparado, citando a modo ejemplar la sentencia del Tribunal Supremo Español de once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, que consigna que la asistencia del letrado es, en todo caso, decisiva para la validez de una decisión del detenido que afecte sus derechos fundamentales y que pueda comprometer seriamente su defensa, parecer coincidente con la doctrina nacional y extranjera, en el sentido que se trata de un derecho irrenunciable del imputado desde que existen diligencias investigativas y que convierte en nula la actuación procesal que se adelante con total inactividad del defensor.

Por otro lado, entiende que tampoco se respetó el artículo 91 del Código Procesal Penal, que regula las declaraciones del imputado ante la policía, quien sólo podía ser interrogarlo autónomamente en presencia de su defensor, y si éste no estuviere, las preguntas debían limitarse a constatar su identidad.

Por último, aduce que la infracción denunciada fue trascendente, pues de no haber considerado el tribunal el testimonio del mentado funcionario policial, no habrían logrado la misma conclusión que sirve de base para la condena y, en consecuencia, no lo habrían considerado culpable del cuasidelito de homicidio.

En la conclusión, pide se anule la sentencia y el juicio que le precedió, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corres-

ponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que, de manera subsidiaria, como se anticipó, el arbitrio se sustenta en el artículo 374, letra e), en relación a los artículos 342, letra c), y 297, del Código Procesal Penal.

En este capítulo de invalidación expresa la defensa que los jueces, luego de señalar los antecedentes que consideraron para fijar los hechos, sostuvieron que ellos constituían elementos que unidos de tal forma, en una trabazón lógica y armónica, ya que unos necesitan de los otros, dada su identidad, solidez, multiplicidad y contenido, les permitieron dar por acreditados los sucesos.

Destaca que entre ellos se encuentra la declaración del perito Francisco Carreño Miranda, Teniente de Carabineros, jefe de la SIAT, quien explicó que el accidente fue provocado porque Manuel Sepúlveda Castro conducía su vehículo sin estar atento a las condiciones del tránsito, ingresando a la berma, proyectando el vehículo que se encontraba en la misma hacia delante e impactando a la persona que resultó fallecida. El mismo perito atribuyó el cambio de trayectoria del camión a que su representado conducía sin estar atento a las condiciones del tránsito del momento producto del sueño, cansancio o fatiga, momentáneamente se quedó dormido o bien porque estaba comiendo al volante o hablaba por celular.

Sin embargo, asegura el oponente que todas esas circunstancias fueron descartadas, lo que provoca la invalidación de cualquier conclusión que se pretenda a partir de ellas. En efecto, explica que la sentencia admitió que el acusado iba manejando ininterrumpidamente cuatro horas seguidas, lo que estaba dentro del marco legal que establece un límite de cinco, que es cuando empiezan los síntomas de cansancio; en cuanto a la hipótesis que haya ido comiendo, el fallo reconoció que sólo encontraron dentro del camión una coca cola llena hasta la mitad, no fijada fotográficamente, la que se encontraba con la tapa cerrada; en cuanto se pretende que hablaba por celular al momento de la colisión, indica que el teléfono móvil del acusado no fue objeto de pericia para llegar a esa conclusión.

Con estos argumentos, asevera que estaría comprometida la validez del juicio realizado por los magistrados conforme a las reglas de la lógica y específicamente a las reglas del silogismo, cuya conclusión se encuentra formada por las proposiciones contenidas en el considerando octavo del pronunciamiento y su conclusión, en el basamento noveno, constituyendo inferencias erróneas al tomar como base premisas no acreditadas, es decir, falsas, como es la circunstancia que su representado condujera sin estar atento a las condiciones del tránsito, por lo que sólo cabía absolverlo.

En lo petitorio solicita se anule la sentencia y el juicio, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para

que disponga la realización de un nuevo litigio.

TERCERO: Que, el libelo de nulidad, en su primer segmento, descansa en la letra a) del artículo 373 del Estatuto procesal penal, esto es, "cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes", centrando el reclamo en la transgresión al debido proceso, motivado en la obtención de una declaración del imputado, sin asistencia letrada, y que se utilizó en su perjuicio.

CUARTO: Que, como ya ha tenido oportunidad de señalar este tribunal, el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros SCS N°s. 6.345 - 07, de 9 de enero de 2008; 1.414 - 09, de 19 de mayo de 2009; 4.164 – 09, de 1 de septiembre de 2009; 3.909 - 09, de 15 de septiembre de 2009; 6.165 – 09, de 4 de noviembre de 2009; 6.742 - 09, de

21 de diciembre de 2009; y 990 - 10, de 3 de mayo de 2010.

QUINTO: Que, en el caso en estudio, como se anticipó, objeta la defensa la intervención policial en los momentos inmediatamente posteriores al acaecimiento del suceso indagado, sin la presencia de un abogado defensor, y en que se obtuvo un relato del imputado que le habría resultado perjudicial, pues se colaciona entre los elementos incriminatorios que formaron en los juzgadores su convicción condenatoria, yerro que se evidenciaría de la lectura de la sentencia.

SEXTO: Que según consta del basamento octavo del fallo en estudio, el Sargento de Carabineros Christian Renato Groeng Figueroa, el once de febrero del año en curso, a las 11:25 horas, recibió un llamado para constituirse en el lugar del accidente, donde según propio reconocimiento, conversó con el chofer del camión respecto de lo sucedido, entrevista que realizó a Sepúlveda Castro en calidad de testigo, como aseguró en el juicio luego del examen de la defensa.

SÉPTIMO: Que como se advierte de la anterior reflexión, lo único que extrae el tribunal a partir del testimonio policial, es la efectiva ocurrencia del accidente y que el interrogado conducía el camión, pues no se aprecia en otra sección de la sentencia más consideraciones que surjan del diálogo entre el funcionario y el imputado, quien en el momento inmediato al suceso fue para el policía un testigo, de manera que legitima su proceder la facul-

tad que el artículo 83, letra d), del Código Procesal Penal, en relación a la letra c), de la misma disposición, confiere a la policía, sin orden previa del fiscal. Entonces, las conclusiones que pudieren construirse a partir de tales dichos preliminares, no aportan más información que la que el mismo imputado proporcionó en la audiencia de juicio, cuando declaró, renunciando a su derecho a guardar silencio.

OCTAVO: Que estos asertos llevan a desechar de plano la alegación consistente en la presunta violación a la garantía constitucional del debido proceso, pues la indicada diligencia no afectó la voluntariedad de los dichos del enjuiciado, y de las manifestaciones así obtenidas no se extrajo nada que afectara sus derechos o que se haya utilizado en su perjuicio en el posterior enjuiciamiento.

NOVENO: Que, en todo caso, el agravio a la garantía del debido proceso, para efectos de prestar acogida al arbitrio instaurado debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte. Esto es, entrabe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (Miguel Otero: "Código Procesal Penal", Editorial Lexis Nexis Conosur, 2002, página 109). Además, la infracción producida a los intereses del interviniente exige sustancialidad, esto es, trascendencia, mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso (SCS, Rol N°3.319-02, en Revista Procesal Penal, N°4, página 41).

DÉCIMO: Que sobre estos tópicos cabe destacar que la prueba aportada al juicio y que condujo al convencimiento del tribunal acerca de los sucesos, surge del relato de la testigo presencial y cónyuge del occiso, Vitalia Saavedra Salinas, de su hija, Vitalia Salcedo Saavedra, del Teniente de Carabineros jefe de la sección S.I.A.T., Francisco Carreño Miranda, de Alfredo Pérez Gorigoitía, forense que realizó la autopsia de la víctima, todos examinados por la parte acusadora y por la defensa, y de los documentos individualizados en la parte final del motivo décimo del fallo, de manera que aún prescindiendo de la intervención del policía Groeng Figueroa, los otros antecedentes de cargo justificativos de la imputación y la condena, resultan suficientes para fundar la decisión alcanzada. De este modo, la incorporación de la prueba testimonial que cuestiona la defensa no le ocasionó ningún perjuicio o daño sustancial a sus derechos, en otras palabras, su derecho constitucional al debido proceso no fue entrabado, limitado eliminado como consecuencia del pretendido vicio, pues siempre estuvo en condiciones de ejercer todos sus derechos procesales y no quedó en situación de indefensión con motivo de la conversación que el imputado sostuvo con el policía, sin la presencia de un defensor, ya que ello no forma parte del sustento de la condena.

El mismo fallo, en el párrafo segundo del considerando décimo quinto, asienta que desde el punto de vista del derecho de defensa y en relación al examen que se efectuó, no se contaminó la decisión del tribunal, toda vez que llegó a sus conclusiones a través de otros antecedentes.

UNDÉCIMO: Que como corolario de lo sostenido, no puede decirse que el dictamen de marras conculque la garantía del debido proceso, o la proscripción de autoincriminación en el enjuiciamiento criminal, ni el derecho a contar con asistencia letrada desde los actos iniciales de la investigación, por lo que resulta inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en la causal principal impetrada aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente a su rechazo.

DUODÉCIMO: Que, enseguida, en forma subsidiaria, la asistencia letrada del encausado ocurre al motivo absoluto de invalidación del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, para demandar la nulidad del juicio y la sentencia, por omisión de los requisitos del artículo 342, letra c), del mismo ordenamiento, conforme al cual critica que los hechos que se atribuyen a su representado se sostienen en circunstancias que no resultaron demostradas.

DÉCIMO TERCERO: Que, como cuestión previa conviene recordar que, como ha sostenido esta Corte en reiterados pronunciamientos, la ley exige respecto del examen de fundamentación, que los tribunales asienten determinados hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas. Efectivamente, la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocer, no sólo al acusado sino a todos los intervinientes del proceso

criminal, la justicia de la decisión judicial y dará cabida a la interposición de los recursos legales para activar los mecanismos de control en la aplicación del derecho al caso concreto. Todo esto supone exponer razones, hacer interpretaciones y tomas de posición sobre las posturas que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y la explicación de la convicción adoptada.

En nuestro ordenamiento, el deber de fundamentación está expresamente consagrado como límite a la actividad jurisdiccional y asegura la proscripción de la arbitrariedad, deber que se satisface al hacerse cargo de la totalidad de la prueba ofrecida, incluso aquella que el tribunal desestime.

DÉCIMO CUARTO: Que en este caso, los sentenciadores recurren a la prueba indiciaria, profusamente analizada en su fallo, donde expusieron latamente todas las reflexiones que los condujeron inequívocamente al establecimiento del ilícito y a la participación que se atribuye al acusado, motivaciones que se explayan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Estatuto procesal penal.

DÉCIMO QUINTO: Que en lo que concierne al relato del Teniente de Carabineros Francisco Carreño Miranda, sus conclusiones apuntan a que la causa del siniestro fue que el camión guiado por el acusado traspasó la línea de borde de la calzada, colisionando al vehículo que estaba

estacionado de manera íntegra sobre la berma, atropellando también al occiso. El deponente explicó la dinámica del suceso por medio de las evidencias encontradas en el lugar y a través de las fotografías exhibidas al tribunal en la audiencia; y dentro de las hipótesis que podrían haber provocado el desplazamiento de la trayectoria del acusado con su camión hacia la berma, arguyó el perito el cansancio del chofer, sueño, pérdida de conciencia, ingesta de alimentos, o que haya estado conversando por celular o cambiando la radio del móvil.

DÉCIMO SEXTO: Que a partir de esa probanza y de las demás que se rindieron en el juicio, el tribunal dio por comprobado que el imputado traspasó la línea de borde de la calzada colisionando al vehículo que se encontraba estacionado en la berma, en la misma dirección, atropellando a José Salcedo Oyarzún, quien estaba parado en la parte frontal de su auto, causándole la muerte.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en este orden de ideas, la situación fáctica en que el oponente sustenta la motivación en estudio, no se condice con los antecedentes tenidos a la vista, toda vez que, según consta de las reflexiones de los magistrados del tribunal oral, no hay fundamento para sostener que los sucesos delictivos que se dieron por establecidos no se asienten en la prueba rendida y en hechos comprobados, como la convicción alcanzada de que el agente, conduciendo su vehículo, abandonó sin justificación la pista por la que se desplazaba, embistiendo a un móvil

que se encontraba detenido en la berma, atropellando a su conductor, al que causó la muerte.

Lo razonado por los jueces para dar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia del juicio, en desmedro de la teoría del caso de la defensa, aporta los motivos y expresa con claridad cómo y por qué arribó a una determinada conclusión.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en tal escenario, y en lo atingente a lo resuelto por los Jueces del Tribunal del Juicio Oral en la sentencia, resulta inconcuso que los comportamientos que se atribuyen a Sepúlveda Castro en el injusto comprobado encuentran adecuado sustento en las reflexiones de los jueces y no en meras suposiciones, y apreciando conforme a derecho la prueba, plasmaron en la decisión su convencimiento.

En la especie, el tribunal ahonda en raciocinios categóricos para sustentar su decisión de condena, haciéndose cargo sobradamente de lo favorable y lo adverso a la postura del acusador y a las supuestas falencias de las versiones dadas por los testigos en el juicio.

DÉCIMO NOVENO: Que en tal virtud, contrariamente a lo aseverado por el impugnante, los jueces dieron cumplimiento a las exigencias del artículo 342 del Código Procesal Penal, en particular su literal c), y al artículo 297 del mismo cuerpo legal, siendo irrelevante para el examen que corresponde a esta Corte, que la defensa no esté de acuerdo con los

razonamientos del fallo impugnado, como tantas veces se ha resuelto.

VIGÉSIMO: Que como resultado de estas consideraciones, es inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en las causales impetradas aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente al rechazo del arbitrio de nulidad, en todos sus acápites.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 85, 91, 297, 373, letra a), 342, letra c), 374, letra e), 376, 377 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal público Hugo Patricio Zamorano Galán, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Rancagua, el seis de septiembre de dos mil once, agregada a este cuaderno de fojas 1 a 8, la que, en conclusión, no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del abogado integrante señor Jorge Lagos.

Rol N°9079-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C, Hugo Dolmestch U, y los abogados integrantes Sres. Jorge Medina C. y Jorge Lagos G. No firma el abogado integrante Sr. Medina, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA ESPECÍFICA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Concurre en contra del autor del delito de robo con homicidio la circunstancia agravante de reincidencia contemplada en el artículo 12 N°16 del Código Penal, puesto que con anterioridad había sido condenado por un delito de robo en bienes nacionales de uso público, considerando el voto de mayoría que se trata de delitos de la misma especie, ya que las condenas anteriores por robos en bienes nacionales de uso público, si bien afectaron solamente el bien jurídico propiedad, éste se encuentra en una relación especial respecto del delito de robo con homicidio cometido por el mismo sujeto, que atentó en contra del patrimonio y de la vida del titular de ese derecho, relación que existe porque en los episodios anteriores y en el actual, el mismo sujeto, con el propósito de apropiarse de bienes muebles ajenos mediante la fuerza, vulneró la esfera de propiedad que se encontraban en la vía pública.

Se agrega que "una misma especie" no implica un mismo tipo legal o identidad. En cambio es necesario que los tipos tutelen un mismo bien jurídico y que la forma que reviste el ataque sea esencialmente semejante.

Se señala además que en ambos delitos se atenta contra la propiedad y en ambos, el modo de comisión o la forma de ataque es semejante en gran medida. Es decir, en ambos casos hay sustracción de la cosa de la esfera de custodia del legítimo poseedor y empleando medios ilícitos enérgicos para vencer la defensa privada, sólo que en la situación del robo con homicidio se daña también a otro bien jurídico (la vida) a través del ejercicio de una especial forma de violencia sobre la víctima. Además, las dos figuras son constitutivas de robo en nuestra ley penal, o sea, contienen elementos comunes, los que distinguen al robo de otros delitos que atentan contra la propiedad.

En el voto de minoría, los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller estiman, por el contrario, que no puede tenerse por concurrente la referida agravante, puesto que ambos delitos no pueden ser considerados como de la misma especie, teniendo en cuenta para ello que en el plano dogmático y político-criminal es apreciable una notoria diferencia estructural entre la acción constitutiva del robo con homicidio y la que es propia del robo con fuerza de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público.

Texto Completo:

Santiago, a veinticuatro de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

En estos autos, rol único 1000859857-1 e interno del tribu-

nal 221-2011, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Valparaíso, de veintiséis de julio de dos mil once, que en lo decisorio condenó a Juan Carlos Troncoso Díaz a la pena de presidio perpetuo calificado y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua

para cargos y oficios públicos y derechos políticos, por el tiempo de la vida del condenado, y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximum que establece el Código Penal, como autor del delito de robo con homicidio de Raúl Sergio Casanova Maluenda, cometido el dieciocho de septiembre de dos mil diez, en la ciudad de Valparaíso.

En contra de esa decisión, la defensora penal pública, señora María Alejandra Saba Tala, en representación del condenado, dedujo recurso de nulidad fundado, de manera principal, en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, y, en subsidio, en la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del mismo código.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 141.

La audiencia pública se verificó los días veintiocho de octubre y cuatro de noviembre últimos, con la concurrencia y alegatos de la defensora penal señora María Alejandra Saba Tala, por el condenado, el abogado Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público y la abogada María Pilar Iturrieta Cuevas.

Luego de la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 146.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas

83 a 103 de estos antecedentes se sustenta, en su primer segmento, en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, concretando el defecto en la inobservancia al artículo 19, N°3°, inciso quinto de la Constitución Política de la República, y en conexión, además, con lo preceptuado en el artículo 8 N°2 letras c) y f) del Pacto de San José de Costa Rica; y 336 inciso 1° del Código Procesal Penal, esto es, el debido proceso, en su expresión de derecho a un proceso previo legalmente tramitado y la incorporación de prueba nueva fuera de los casos previstos en esa última disposición.

Aduce la compareciente que el Ministerio Público, al momento de acusar, acompañó como medios de prueba la declaración de la médico legista doctora Alejandra Moreira Aguilera, quien informaría al tenor del peritaje consistente en el Protocolo de Autopsia N°564-10 de 04 de octubre de 2010, realizada a la víctima don Raúl Casanova Maluenda; en esa ocasión no se ofrecieron las nueve fotografías del procedimiento tanatológico que formaban parte de la pericia; posteriormente, durante el desarrollo del juicio oral y mientras exponía la médico legista, el persecutor incidentó pidiendo la incorporación de prueba nueva de conformidad al inciso 1° del artículo 336 del Código Procesal Penal, respecto de las nueve fotografías ya aludidas; a lo que el tribunal por mayoría accedió no obstante tratarse de una prueba preexistente a la audiencia del juicio oral, omitida por la inadvertencia de la perito. Indica la recurrente que incidentó de nulidad procesal en contra de la resolución del tribunal que admitió la prueba, lo que tampoco fue acogido. El tribunal consideró relevante esa prueba porque del estudio de las pistas de audio del juicio verificado contra su representado se desprenden antecedentes que con esa prueba descartó que haya existido un forcejeo según planteaba la defensa, concluyendo que la perito descartó el balazo a quemarropa o con apoyo de cañón, y de este modo se determinó que el acusado actuó con dolo directo de matar y que el disparo del arma no se produjo a raíz de un forcejeo entre el condenado y la víctima.

Con tales argumentos, en la conclusión, solicita que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 373 letra a, 1° y 3° del artículo 376, 378, 379, 380, 381, 383, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se anule el juicio y la sentencia determinando el estado en que el procedimiento debe quedar y que el tribunal no inhabilitado que corresponda provea la realización de un nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que, en subsidio, la defensa sustenta su arbitrio en el artículo 373 letra b) del Estatuto Procedimental del ramo, porque en el pronunciamiento de la sentencia se aplicó erróneamente el artículo 12 N°16 del Código Penal, que establece la agravante de reincidencia específica.

Indica que los sentenciadores estimaron concurrente las tres condiciones para aplicar esta agravante, esto es, la comisión anterior de por lo menos un delito, que haya sido objeto de sentencia condenatoria ejecutoriada y que este delito sea de la misma especie que aquél por el que se está condenando nuevamente al acusado.

Considera que la agravante no es aplicable porque aún tratándose de delitos pluriofensivos es necesario que el bien jurídico protegido sea el mismo, mientras que ahora, en el caso del robo con homicidio, lo es la vida e integridad física; y en el robo en bienes nacionales de uso público, sólo la propiedad. Agrega que los juzgadores al citar a Cury no tomaron en cuenta que este autor exige identidad o similitud en la forma del ataque, siendo este elemento de la esencia. de la naturaleza inherente a los delitos de la misma especie, tanto es así, que en fallos recientes se ha acogido in extenso esta doctrina, dejando de aplicar la agravante cuando el medio comisivo de ataque al bien jurídico no es el mismo. Enseguida, añade que si bien ambas figuras penales atacan un bien jurídico que les es común -la propiedad- difieren sustancialmente en la peligrosidad de acceso a uno de los bienes que se pretende apropiar, siendo necesario que se afecten ambos bienes jurídicos de igual forma. Es menester distinguir la particular forma de comisión que reviste el ataque a ese bien jurídico, aspecto que constituye un elemento diferenciador relevante que no permite identificarlos como de una misma especie; en el robo con homicidio se crea en la víctima un daño físico que determina su muerte y que la misma se evidencia inequívocamente para materializar el apoderamiento de la especie, y en el delito de robo en bienes nacionales de uso público no se encuentran presentes personas que

eventualmente puedan verse expuestas a un acometimiento que ponga en riesgo la integridad física de las mismas.

Sostiene que los sentenciadores yerran al aplicar la agravante por creer que se da la identidad del medio de ataque, que identifican como "la fuerza", utilizada para vulnerar la esfera de propiedad, que se encuentra en la vía pública, y en el robo con homicidio, ingresó con la misma finalidad y con una modalidad que también debe ser considerada como fuerza, a un departamento al que trepó, ocasionando con motivo de consumar aquel propósito la muerte de una persona.

Esta errónea aplicación del derecho ha determinado la imposición de una pena más grave que aquella que correspondería aplicar a su defendido de haberse interpretado correctamente la norma.

En lo petitorio, solicita se anule la sentencia, dictando una de reemplazo, en la cual se rechace la aplicación de la agravante de reincidencia específica y se rebaje la pena en contra de Juan Carlos Troncoso Díaz de presidio perpetuo calificado a presidio mayor en su grado medio.

TERCERO: Que en el otrosí del escrito de nulidad, el oponente ofreció prueba de audio, consistente en secciones del registro de la audiencia de juicio oral, y documental, la que fue incorporada en forma legal en la oportunidad procesal correspondiente y de la que es posible reseñar lo siguiente:

Prueba de audio declaración de la Perito Alejandra Moreira Aguilera:

a) Pista 12, minuto 3:15 hasta 7:40: diecinueve de septiembre de dos mil diez hice la autopsia a un cuerpo que fue remitido por Carabineros identificado como Raúl Casanova Maluenda, estaba desnudo, medía un metro setenta y seis y pesaba setenta y cinco kilos. De las lesiones: equimosis, presentaba dos que estaban en el pie derecho, en el primer dedo; escoriaciones tenía cuatro, occipital derecho de uno cero cinco en la rodilla izquierda, pequeña y en el pie derecho, primer dedo, dos escoriaciones. Herida contusa, antebrazo izquierdo, tercio medio, en el borde externo, en el rango de uno por un centímetro con un halo escoriativo, tenía un trayecto subcutáneo hacia posterior donde en la parte posterior del antebrazo en el plano subcutáneo encontró un proyectil de plomo deformado de siete milímetros, en el hueso posterior encontró esquirlas metálicas, este trayecto intracorporal es de cinco centímetros. La lesión principal estaba en el cuello, lateral derecho inferior eran heridas contusas en el rango de uno por un centímetro con halo equimótico en el rango de tres como cinco por tres centímetros eran, dos heridas contusas separadas por un puente de piel de un centímetro, estas heridas tenían un trayecto contuso hemorrágico en el cuello con sección total de la arteria carótida derecha, hematoma perilesional heridas contusas en la laringe sobre las cuerdas vocales y estaban en relación con una herida contusa en el cuello, tercio medio lateral izquierdo, de uno por cero seis centímetros con

una equimosis de ocho por cinco centímetros, estas heridas se ubican a un metro cincuenta y tres a un metro cincuenta y cuatro del talón, tienen un trayecto de anterior a posterior de derecha a izquierda de superior a inferior. Examen interno: no encontró lesiones aparte de las descritas en el cuello, órganos estaban pálidos la vía aérea tenía líquido hemático, tomó muestras de sangre para estudio de alcoholemia que fue de cero coma cero gramos por litro; Causa de la muerte, traumatismo cervical por bala la lesión era necesariamente mortal compatible con la acción de terceros. El proyectil en su trayecto lesionaba los tejidos blandos del cuello, la arteria carótida derecha y la laringe. El Fiscal, previo a interrogar a la perito solicita al tribunal que autorice la incorporación de prueba nueva.

b) Pista 12, minuto 7:50 hasta el minuto 9:31: en el procedimiento que se acaba de describir hay 9 fotografías que solicita se incorporen de las que tomó recién conocimiento, no obstante tener la autopsia desde el 20 de septiembre en que la doctora remitió un preinforme al Fiscal y desde el 04 de octubre en que recibió el informe que acaba de relatar. La circunstancia de ser nueva la prueba, es que desconocía la existencia de las fotografías, no aparecen en el protocolo de autopsia y recién se enteró de su existencia cuando citó a la doctora para discutir el caso cuando había presentado la acusación y fijada la audiencia de juicio oral. La semana pasada en que vio que las tenía en su poder junto con el informe y materialmente pudo observarlas cuando se las mandó por mail el domingo recién pasado, son bastante necesarias principalmente debido que es un tema sumamente técnico para que ella pueda explicar mediante esas fotografías lo que narró con palabras, particularmente de izquierda a derecha, anterior-posterior y lo pueda identificar con puntero laser y facilitar la comprensión, tanto para el tribunal como para el resto de los intervinientes. Lo considera sumamente necesario esas fotografías y acaba de justificar el desconocimiento que tenía.

c) Pista 12, minutos 10:57 a 13:45: El artículo 315 en relación con el artículo 336 entiende la defensa que en esta audiencia tenemos un informe de peritos, dado que la doctora Moreira es una perito, todos lo sabemos; el informe de peritos contiene una serie de elementos que debe contener dentro el informe del perito están obviamente las fotografías que no son fotografías propiamente tal sino que forman parte del informe del perito y si se hubieren acompañado a la audiencia del juicio oral como documento la defensa habría señalado que forman parte de la pericia y debieron estar contenidas en ella, entiende que no es una prueba nueva, el señor Fiscal lleva muchos años en el ejercicio de la profesión y -se imagina que igual la querellante- y obviamente cuando vieron el informe de peritos sin la fotografía, en ese momento siendo que el Fiscal es quien dirige la investigación debió preguntar a la doctora Moreira porque no habían fotografías, obviamente forma parte de su labor y entiende que no era la defensa quien debía estar detrás de la doctora para pedirle las fotografías, es un derecho a defensa vulnerado porque tener conocimiento de una fotografía el día viernes a última hora y habérsele entregado el día de ayer impidió que las analizara con sus propios peritos o especialistas e incluso haberle preguntado a la doctora Moreira sobre la existencia de dichas fotografías, que significaban preguntas previas al juicio para no hacer consultas al vuelo, estima que no se dan los requisitos de ser ese tipo de prueba en que a última hora aparece un testigo o un documento que nadie pudo prever la existencia de ese documento, en este caso era previsible, ella cree que la doctora Moreira en sus miles de informe siempre ha acompañado fotografías y si en este caso no estaban las fotografías debió el Ministerio Público preguntarle a la doctora porque no estaban las fotografías, cree que no se dan los requisitos para la existencia de prueba nueva, sobre todo tomando en cuenta que este artículo en su inciso primero lo que establece es no proteger o amparar subvencionar a quien no acompañó una prueba en tiempo oportuno, sino a aquél que no tuvo la posibilidad de saber de su existencia y aquí existía la posibilidad de saber de su existencia porque en el noventa y nueve por ciento de los casos en que se emite un informe pericial de autopsia vienen con las fotografías, lleva ocho años en esto y su señoría lleva muchos más y nunca había pasado esto, es un caso excepcional y no se dan los requisitos antes mencionados.

- d) Pista 12, minutos 15:21 a 16:00: Va a dar lugar a la recepción de la prueba nueva solicitada por el Fiscal a la cual adhirió la querellante consistente en un set de fotografías que fueron tomadas por la perito doctora Moreira al momento de evacuar su informe pericial, se tiene para ello presente esta decisión en primer término se toma por mayoría con el voto en contra del Magistrado Marcos Felzensztein se considera admisible esta prueba.
- e) Pista 12, minuto 16:40 a 17:53: En el curso de la audiencia se dan las condiciones para recepcionar una prueba en calidad de nueva cumpliéndose o no las condiciones del artículo 336, como he dicho no hay discrepancias entre los abogados presentes en la audiencia que recién se tiene conocimientos de estas fotografías, se considera, asimismo, que no se ve vulnerado el derecho a defensa como lo ha sostenido la señora defensora, desde el momento que tan pronto el Fiscal tuvo noticias dio conocimiento de ello a la defensa e incluso la misma defensora ha dicho que se le pasaron estas imágenes y hoy día incorporadas como prueba nueva y si es que se le exhiben a la perito -que tiene entendido esa es la finalidad- podrá contra argumentar la defensa al respecto, contraexaminando a la profesional; el voto en contra del señor Felzensztein, se basa en que formando parte de la pericia en su oportunidad esa misma debió contener el set fotográfico y en caso contrario la Fiscalía que fue quien la encomendó debió recabarla o pedirla a la profesional.

f) Pista 12, minuto 18:10 a 21:12: La Constitución Política artículo 19 n°3 inciso 5° existe la garantía o derecho fundamental que es un derecho a un juicio o procedimiento racional o justo; la racionalidad y lo justo del procedimiento viene indicada por muchos factores, entre ellos la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece en su artículo 8° el derecho a la defensa, que radica no solo en la defensa técnica sino que también en el derecho a contar con los medios necesarios para que la persona oportunamente, no solo el día anterior, pueda contar con todos los medios necesarios que son como en este caso las fotografías para poder hacer valer su derecho, el derecho no es una entelequia se traduce en acciones concretas y determinantes, no es lo mismo que esta defensora recibiera en el día de ayer las fotografías y que el día de hoy ella tenga derecho a un contra examen, pero qué significado puede tener un contra examen en que la defensa sólo el día de ayer puede obtener las fotografías, en eso está el derecho a defensa en la igualdad de armas, la defensa no debe proporcionar las pruebas al tribunal, la carga de la prueba pesa sobre el Ministerio Público, la defensa tiene una teoría alternativa y trae su prueba para esa teoría y si el Ministerio Público tiene su teoría de robo con homicidio, el debe probar y si no es cuidadoso, la diligencia radica en no sólo haber llevado una causa en forma esmerada y completa como lo ha hecho, sino que prever aquellas situaciones que debieron preverse y una de esas situaciones es que el noventa y nueve por ciento de los informes

periciales vienen con las fotografías y si este es un caso excepcional correspondió, o debió haberlo hecho, que el Ministerio Público pidiera las fotografías, a ella las fotografías no dicen relación con su teoría del caso por consiguiente que las haya o no acompañado el Ministerio Público no era problema de ella, era problema del Ministerio Público, ella no iba a pedir una prueba que no le interesa, ella no debe acreditar su teoría es el Ministerio Público, no se está en un juicio civil, es un juicio penal, no debe evaluarse cual teoría es más importante, el ente persecutor debe probar que estamos ante un robo con homicidio; la propia ley establece la forma de acompañar la pericia y aquí también se vulnera ese derecho, una pericia debe acompañarse completa si una persona no la acompaña completa, por qué debe subvencionar a quien no acompañó completa la pericia. Su señoría, vulneración de garantías, el debido proceso; todas las disposiciones constitucionales y tratados internacionales incorporados por Chile en nuestra Constitución Política, vulneran el derecho a defensa de esta parte.

CUARTO: Que, en su primera sección, el recurso de nulidad descansa en la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Estatuto Procesal del ramo, esto es, cuando en cualquier estado del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, centrando sus reclamos en

la vulneración al derecho a un proceso previo y legalmente tramitado y el derecho a defensa, afectaciones que se originarían con la incorporación y posterior valoración de pruebas nuevas admitidas por el tribunal de juicio oral sin cumplir con los requisitos establecidos en el inciso 1° del artículo 336 del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que de la prueba ofrecida se constata que efectivamente fueron incorporadas al juicio oral, admitidas por el tribunal como prueba nueva, nueve fotografías captadas durante la autopsia de la víctima don Raúl Sergio Casanova Miranda, antecedente que el Ministerio Público señaló haber recibido sólo cuatro días antes del inicio de la audiencia, lo que puso en conocimiento en forma inmediata de la defensa interviniente que corroboró ese dato y, no obstante ello, se opuso a la incorporación de la misma por estimar que el ente persecutor debió recabarlas de la médico legista Alejandra Moreira Aguilera al recibir el informe de autopsia y constatar que la pericia no contenía fotografías como ocurre ?según sus dichos- en casi la totalidad de esos informes.

En efecto, los reclamos formulados en esta sección descansan en infracciones que la defensa de Juan Carlos Troncoso Díaz observa durante el desarrollo del juicio oral, a cuyo respecto se habría infringido el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República que atañe a la vulneración del debido proceso, ya que al permitirse incorporar las fotografías de la autopsia, cuyo conocimiento no

debió ignorar el Ministerio Público, no concurren los supuestos establecidos en el inciso 1° del artículo 336 del Código Procesal Penal y con ello se habría afectado su derecho a defensa, porque si bien es cierto se le entregó esa información unos días antes del inicio de la audiencia, no tuvo el tiempo ni los medios necesarios para contrastarla con otra prueba pericial.

SEXTO: Que, sin embargo, además de los dichos de la señora defensora de ser una práctica común que se adjunten a los protocolos de autopsia fotografías del procedimiento, no se rindió prueba para demostrar esos asertos y al no existir una reglamentación que obligue a los médicos legistas a dejar testimonios gráficos de la autopsia, no puede concluirse -como ella lo hace- que el agente del Ministerio Público debió conocer que existían esas imágenes con antelación a la acusación, oportunidad esta última en que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 259 del código de enjuiciamiento de la materia, debe ofrecer para rendirla durante el desarrollo del juicio. A lo anterior debe añadirse que la propia defensora no discutió que el ente persecutor haya recibido la noticia de la existencia de esas muestras sólo cuatro días antes de la audiencia del juicio y, siendo así, se demostró que se trataba de una prueba nueva en los términos previstos en el inciso 1° del artículo 336 del referido cuerpo de leyes, razonamiento idóneo para rechazar la nulidad impetrada.

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, en el fallo recurrido no

consta que esa prueba nueva haya sido decisiva para el establecimiento de los hechos en la forma como lo dejó sentado el tribunal de juicio oral de Valparaíso. En efecto, en el motivo séptimo de la sentencia, en que se transcribió la prueba pericial evacuada por la médico legista doña Alejandra Sara Ester Moreira Aguilera, en que se deja constancia de la incorporación de la prueba nueva cuestionada, en la descripción que de ellas realiza la perito, no se desprende que se descarte la ocurrencia de un forcejeo entre el acusado y la víctima, dado que sólo se limitó a reiterar lo que ya antes había expresado al informar del contenido de su pericia. Las conclusiones que hizo la experta -a que se refiere la señora defensora- respecto de la posición del disparo, están relacionadas con la exhibición de la toma N°2 del set de 49 fotografías, que fue ofrecido en el libelo acusatorio y que es ajeno a la prueba nueva cuestionada. En la ponderación de la prueba rendida, que el tribunal realizó en el motivo undécimo de la sentencia, la única mención que se hace a la prueba nueva -cuya incorporación reprocha la defensa- es que permitió ilustrar de una forma más acabada la pericia y refleja lo expuesto por la experta.

OCTAVO: Que, sobre este aspecto, el fallo razona latamente en el motivo Décimo Segundo sobre "las circunstancias bajo las cuales se causó el deceso de Casanova Maluenda" y entre la abundante prueba colacionada para establecerlas, no acudió al informe de la doctora Moreira Aguilera y las fotografías que en esa motivación se analizan son aquellas

que fueron ofrecidas en el auto de apertura y forman parte del set de 46 fotografías del sitio del suceso.

NOVENO: Que la prueba producida en esta sede para demostrar los fundamentos del recurso, cuya transcripción consta del motivo tercero de esta sentencia, no surge la trascendencia que a la misma ha querido otorgarle la recurrente. En efecto, en ella consta únicamente el informe que explicó en la audiencia la perito y la incidencia que se produjo durante la rendición de la pericia para introducir la prueba consistente en las nueve fotografías de la autopsia y de esos antecedentes no surge ningún elemento o antecedente sustancial de convicción para determinar los hechos como lo expresa la señora defensora.

Que no debe olvidarse, además, que tal como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de este Tribunal, la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, precisa una transgresión sustancial de los derechos o garantías fundamentales que se invocan, porque se trata de una exigencia propia de toda nulidad, en aras del principio de trascendencia, que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, que requiere un perjuicio sólo reparable con la invalidación del acto, lo que sólo procede "cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento" (María Inés Horvitz- Julián López, Derecho Procesal Penal Chileno, T.II, Editorial Jurídica, 2002, pág. 415). En ese

sentido, esta Corte ha declarado, en diversas sentencias (entre otras SCS Rol N°3319-02, Rol N°897-2006 y Rol N°502-2009), que la ley, al exigir que la infracción sea "sustancial" alude a un defecto que sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso, lo que en la especie no ha ocurrido.

DÉCIMO: Que, enseguida, en forma subsidiaria, la asistencia letrada del encausado se asila en la causal del artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal invocando una errónea aplicación de la agravante de reincidencia específica consagrada en el artículo 12 N°16 del Código Penal, para demandar la nulidad de la sentencia.

UNDÉCIMO: Que, en el motivo décimo séptimo del fallo impugnado, se acogió la agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, esto es, haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie, lo que resultó probado con el extracto de filiación y antecedentes del acusado, así como de las copias de las sentencias, en que consta que fue condenado: en la causa RIT N°4795-2010, emanada del Juzgado de Garantía de Valparaíso, por sentencia de quince de julio de dos mil diez, a una pena de cincuenta y cinco días de prisión en su grado máximo, como autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público, en grado de tentativa, cometido el once de febrero de dos mil diez; en la causa RIT N°6431-2008, del mismo juzgado, en que fue condenado el dieciocho de agosto de

dos mil ocho, como autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público, en grado de tentativa, cometido el 21 de julio de dos mil ocho, a la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo; en la causa RIT N°6122-2007, del Juzgado de Garantía citado, de fecha treinta de agosto de dos mil siete, en que fue condenado como autor de un delito de robo en bienes nacionales de uso público, en grado de tentativa, cometido el veinticuatro de agosto de dos mil siete, a una pena de cincuenta días de prisión en su grado máximo y en la causa RIT N°6897-2007, emanada del Juzgado de Garantía de Valparaíso, de cinco de marzo de dos mil ocho en que fue condenado como autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público, cometido el veinticinco de septiembre de dos mil siete, a una pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio. El tribunal estimó que las condenas anteriores por robos en bienes nacionales de uso público, si bien afectaron solamente el bien jurídico propiedad, éste se encuentra en una relación especial respecto del delito de robo con homicidio cometido por el mismo sujeto, que atentó en contra del patrimonio y de la vida del titular de ese derecho, relación que existe porque en los episodios anteriores y en el actual, el mismo sujeto, con el propósito de apropiarse de bienes muebles ajenos mediante la fuerza, vulneró la esfera de propiedad que se encontraban en la vía pública, para posteriormente, continuando con su quehacer delictivo, ingresó con la misma finalidad y con una modalidad que también puede ser considerada como fuerza,

a un departamento al que trepó, ocasionando con motivo de consumar aquél propósito la muerte de una persona.

DUODÉCIMO: Que la norma penal de cuya interpretación se trata, el artículo 12 N°16 del Código Penal, señala como circunstancia agravante ser reincidente en delito de la misma especie, de modo que para los fines del recurso es menester primero dilucidar lo que se debe entender por el vocablo "especie". Sobre el particular el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica como primera acepción- que es la que corresponde aplicar al caso -"conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes". Ya en fallos anteriores se ha explicado que una misma especie no significa un mismo tipo legal o identidad. En cambio es necesario que los tipos tutelen un mismo bien jurídico y que la forma que reviste el ataque sea esencialmente semejante. En este caso, se encuentra establecido que el acusado fue condenado con antelación como autor de robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público. El nuevo delito es robo con homicidio.

DECIMO TERCERO: Que en ambos delitos se atenta contra la propiedad y en ambos, el modo de comisión o la forma de ataque es semejante en gran medida. Es decir, en ambos casos hay sustracción de la cosa de la esfera de custodia del legítimo poseedor y empleando medios ilícitos enérgicos para vencer la defensa privada, sólo que en la situación del robo con homicidio

se daña también a otro bien jurídico (la vida) a través del ejercicio de una especial forma de violencia sobre la víctima. Además, las dos figuras son constitutivas de robo en nuestra ley penal, o sea, contienen elementos comunes, los que distinguen al robo de otros delitos que atentan contra la propiedad.

Más aún si se repara que en la figura pluriofensiva del robo con homicidio, la conducta o núcleo central es exactamente el robo, en otras palabras, la ley ampara primordialmente la propiedad y sólo con motivo u ocasión de este atentado se perpetra además el homicidio, lo que revela la similitud del bien jurídico protegido en todos los injustos de que se trata y que todavía se corrobora con las circunstancias de comisión del hecho punible sub lite, en que el hechor trepó hasta el departamento del occiso, una de las formas del escalamiento propio del robo, que revela el propósito delictual del agente.

DECIMO CUARTO: Que de lo anterior fluye necesariamente que está en presencia de delitos de la misma especie cometidos por un mismo agente en épocas distintas y que en esta parte la sentencia recurrida no ha incurrido en un error jurídico de interpretación del señalado artículo 12 N°16 del Código Punitivo.

DÉCIMO QUINTO: Que como resultado de estas consideraciones, es inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en las causales impetradas aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequí-

vocamente al rechazo del arbitrio de nulidad, en todos sus acápites.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342, 372, 373, letras a) y b), 376, 378, 383, 384 y 385 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por la defensora penal pública, señora María Alejandra Saba Tala, en representación del acusado Juan Carlos Troncoso Díaz, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Valparaíso, el veintiséis de julio de dos mil once, declarándose que ella no es nula.

Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch v Künsemüller, quienes estuvieron por acoger el recurso nulidad por la causal subsidiaria que se ha fundado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y consecuencialmente declarar nula la sentencia en que incide, desde que en su concepto, no concurre en la especie la agravante de responsabilidad penal del artículo 12 N°16, del Código Penal, por cuanto el delito de robo con fuerza cometido en bienes nacionales de uso público por el cual fue sancionado con anterioridad el acusado, no puede ser considerado como de la misma especie que el delito de robo con homicidio que ha sido objeto de la acusación y sentencia en la presente causa, teniendo para ello en cuenta que en el plano dogmático y político-criminal es apreciable una notoria diferencia estructural entre la acción constitutiva del robo con homicidio y la que es propia del robo con fuerza de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público. El bien jurídico protegido y las modalidades de comisión o formas de ataque al dicho bien son criterios aceptados por nuestra doctrina para determinar si dos delitos son o no de la misma especie. Hay, sin duda, una muy diversa intensidad en el medio de ataque, que afecta no sólo a la propiedad, sino además a un bien jurídico personalísimo, como en el caso del robo con homicidio y sólo al patrimonio en el otro ilícito, marcándose claramente una diferencia en el disvalor de uno y otro acto típico, determinante de que el contenido de injusto propio del robo con homicidio posea una entidad mucho más significativa que la perteneciente al robo con fuerza sancionado en el artículo 443 del Código Penal, -lo que se manifiesta a través de las distintas penalidades asignadas- en relación a la objetividad jurídica; en este último caso existe un solo derecho agraviado, la propiedad ajena, sin ocasionarse daño material a las personas, ni generarse un peligro real y efectivo para la salud, integridad física o seguridad de la víctima, ya que la fuerza recae sobre los medios que resguardan las cosas ajenas. El delito de robo en bienes nacionales de uso público no tiene el carácter de complejo o pluriofensivo, como lo posee el robo con homicidio y que lo sustrae de las reglas generales sobre concursos de delitos.

La regla especial contenida en el inciso final del artículo 351 del Código Procesal Penal, no es aplicable para estos fines interpretativos, ya que sus efectos se encuentran expre-

samente limitados al régimen de punibilidad consagrado en dicha disposición y relativo al concurso material de delitos, tal como sucede con el artículo 509 inciso final del Código de Procedimiento Penal. Por último, es también relevante para resaltar la argumentación expuesta, que la penalidad asignada en el artículo 443 del Código Penal está igualmente señalada para la hipótesis del delito de hurto, como sucede en el Nro. 1 del artículo 446, lo que no tendría explicación lógica ni político- criminal si se tratase de delitos estructuralmente distintos; por ende, el robo con fuera de que hablamos se aproxima más a la esfera del hurto, dada la ausencia de violencia o intimidación, que es el elemento cuya concurrencia, en cuanto medio comisivo, permitesegún opinión dominante- calificar como robo una apropiación de cosa mueble ajena.

Que como consecuencia de lo anterior, la pena que en definitiva se aplicó al encausado resultó ser mayor a la que en derecho correspondía, afectando el vicio, sólo a la sentencia, la cual por consiguiente debió declararse nula. Asimismo, y dándose las circunstancias contempladas en el artículo 385 del Código Procesal Penal, esta Corte debió dictar sentencia de reemplazo imponiendo la sanción legalmente procedente.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Chaigneau; y del voto en contra el Ministro Sr. Künsemüller.

Rol N°7751-2011.

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

RECURSO DE QUEJA RECHAZADO. IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS. FINALIDAD Y LÍMITES DEL RECURSO DE QUEJA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La decisión de eximir del pago de costas al Consejo de Defensa del Estado, deriva del hecho que dicho organismo se encontraba en el imperativo legal de adherir o acusar particularmente frente a la acusación del fiscal, acorde al artículo 3°, literal quinto, de su Ley Orgánica. Por su parte, y en lo que toca al Ministerio Público, tampoco podía ser condenado en costas por cuanto contaba para acreditar la participación del quejoso, con las declaraciones de un testigo que había sido condenado por los mismos hechos en otro pleito donde se le imputó participación al recurrente de queja, sin que el testimonio prestado en sentido diverso en el juicio oral, inhiba al Ministerio Público de perseguir con fundamento plausible su responsabilidad penal.

Tratándose de un tema de interpretación que debe resolverse caso a caso se ha sostenido reiteradamente que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de esa índole y provocar, por este solo concepto, una nueva revisión del asunto para llegar a un pronunciamiento de tercera instancia.

No puede pretenderse que mediante el recurso de queja se quiera imponer una uniformidad jurisprudencial y lo que ella involucra frente a valores preciados para nuestro régimen legal, como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, labor esencialmente compleja si se repara en que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de aquellas causas en que actualmente se pronunciaren.

Texto Completo:

Santiago, once de enero de dos mil doce.

VISTOS:

De fojas 9 a 17 recurre de queja la abogada Helena Gallegos Cordones, en representación del sentenciado absuelto R. M. F., contra los Ministros de la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mauricio Silva Cancino, Elsa Barrientos Guerrero y del abogado integrante Enrique Pérez Levetzow, por la

decisión de veinte de octubre recién pasado, que en copia rola a fojas 76 y 77 del cuaderno traído a la vista, donde resolvieron la apelación deducida por el Consejo de Defensa del Estado contra la sentencia definitiva emitida por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, el treinta de agosto último, que en copia corre de fojas 3 a 8 vuelta del actual ingreso, atinente a los antecedentes Ruc N°1001109352-9 e Interno del Tribunal N°161-2011, por los cargos librados en su contra, por su responsabilidad de autor de los delitos descritos en los artículos 2°, 3° y 4° de la

Ley N°19.223, de siete de junio de mil novecientos noventa y tres, que tipifica figuras penales relativas a la informática.

Aduce la recurrente que en la indicada causa, iniciada por formalización de dieciocho de octubre de dos mil ocho, fecha en la que se decretó prisión preventiva, que culminó con la realización de un juicio oral en contra de su mandante, quien obtuvo un veredicto absolutorio, fueron condenados en costas el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, merced a los fundamentos que se detallan en su reflexión séptima. De ello sólo se alzó este último, confiriéndose traslado a la asistencia letrada, que se opuso a la concesión, por estimarla que era improcedente, pese a lo cual se otorgó de todas formas y se elevaron los autos a la Corte de Apelaciones de Santiago, que declaró su admisibilidad y conocimiento para el diecisiete de octubre del año retropóximo pasado, oportunidad en que no sólo alegó la defensa fiscal, sino que también el persecutor penal, en circunstancias que no interpuso recurso alguno, no obstante lo cual se revocó el edicto apelado en la sección que los condenó en costas, eximiéndolos de dicha carga.

Asevera la compareciente que lo resuelto constituye falta o abuso grave en la aplicación del derecho, toda vez que se conoció de un recurso de apelación sin haberse efectuado el examen de admisibilidad, lo que les hubiera permitido a los jueces constatar a todas luces su improcedencia, por vulnerar los artículos 364 y 370 del Código Pro-

cesal Penal, que declaran inapelables los fallos provenientes de un tribunal oral, sin que cobre vigor la regla de reenvío del artículo 52 del mismo texto, puesto que sólo es susceptible de aplicación supletoria el Código de Procedimiento Civil, en tanto no se oponga a la normativa procedimental criminal, cuyo es el caso, máxime si se trata del pronunciamiento de las costas del litigio que integra segmento indisoluble de la sentencia definitiva penal, la que es inapelable.

La siguiente falta o abuso grave incide en el ejercicio de la potestad legal de eximir del pago de las costas, al no explicitar los fundamentos concretos de dicha providencia, que conculca el artículo 48 del Código Procesal Penal, que perentoriamente establece dicha condena para el caso de una absolución, careciendo la Corte de competencia para adoptar un criterio distinto, menos aún cuando en el basamento cuarto del laudo ad quem escuetamente acude al motivo plausible para litigar.

Como postrera falta o abuso grave censura la extensión de los efectos de la exención a un interviniente que no recurrió, asilado en una supuesta e inexistente adhesión que se debió regir por los artículos 189, 217 y siguientes del Código de Instrucción Civil.

En virtud de tales desaciertos solicita se acoja el arbitrio, invalidándose el dictamen reprobado por las disquisiciones de hecho y derecho desplegadas.

A fojas 25 y 26 los recurridos exponen que revocaron la condena en

costas decretada por el tribunal oral en lo penal respectivo, en contra del Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público, y en su lugar los eximieron de enterarlas, sin que se promoviera ante ellos ninguna incidencia relativa a una supuesta improcedencia del recurso de apelación formulado, por lo que toca a la defensa fiscal. Agregan que, contrario a lo que reclama la quejosa, explicaron las razones que los llevaron a resolver de esa manera, respecto del servicio querellante, por tratarse de un imperativo legal adherir o acusar particularmente como lo determina su propia ley orgánica; y en lo que incumbe al persecutor penal, por contar con la incriminación directa de otro imputado castigado por los mismos hechos en otro ingreso.

Finalmente, afirman que las costas no integran la sentencia definitiva, por tratarse de una cuestión accesoria, destacan la importancia que la asesora jurídica del quejoso no compareciera a la vista para hacer valer sus derechos, y en lo que concierne a la adhesión, se atuvieron al discurso de la representante de la Fiscalía, quien dijo apoyar y adherir a la petición del Consejo de Defensa del Estado, e impetró expresamente ser absuelta igualmente de las costas.

A fojas 28 se mandó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la resolución materia de la queja, que en copia obra a fojas 76 y 77 del ingreso de Corte N°2049-2011, rol del tribu-

nal de alzada de Santiago, decide el recurso de apelación instaurado por el Consejo de Defensa del Estado y la adhesión del Ministerio Público en contra de la condena en costas contenida en el veredicto absolutorio del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de la misma ciudad, sólo en lo que dice relación con las costas, revocando en ese rubro la sentencia recurrida, eximiendo a dichos intervinientes de esa carga.

SEGUNDO: Que es efectivo que no medió en dicha vista de la causa ninguna incidencia relativa a la procedencia de la apelación intentada, de forma tal que los jueces al avocarse al fondo del asunto, no pudieron incurrir en las deficiencias procesales que recién ahora -a propósito de esta queja- se les reprochan; cabe resaltar que procesalmente lo que correspondía era utilizar el medio de impugnación consagrado en el artículo 369 del Código Procesal Penal, esto es, el de hecho, contemplado justamente para debatir aspectos vinculados -entre otros-, a la improcedencia del mecanismo ejercido por el Consejo de Defensa del Estado, situación que pugna con las exigencias del actual recurso exclusivamente disciplinario.

TERCERO: Que, por lo demás, del examen del edicto del tribunal superior, es dable advertir que la decisión de eximir del pago de costas, se produjo en atención a que el Consejo de Defensa del Estado se encontraba en el imperativo legal de adherir o acusar particularmente frente a la acusación del fiscal, acorde al artículo 3°, literal quinto, de su Ley Orgánica; y en lo que toca al Ministerio Público,

por contar para acreditar la participación del quejoso con el atestado de M. P., quien fuera condenado por los mismos hechos en otro pleito donde se le imputó participación al recurrente de queja, sin que el testimonio prestado en sentido diverso en el juicio oral, inhiba al Ministerio Público perseguir con fundamento plausible su responsabilidad penal.

CUARTO: Que es de toda evidencia que el análisis del laudo objetado queda constreñido a la materia de la controversia y debate, como lo reconoció la defensa de esos dos intervinientes en estrados, sin que la apoderada del sentenciado absuelto rebatiera tales asertos.

QUINTO: Que como corolario de lo anterior surge de relieve que los recurridos extendieron su fallo con cabal apego a las peticiones concretas sometidas a su conocimiento en la apelación del Consejo de Defensa del Estado, y a lo instalado en la adhesión del Ministerio Público, respetando en todo momento el principio del contradictorio, sin que la inasistencia a dicha vista de la ahora impugnante pueda servirle de justificación suficiente para transformar esta vía extraordinaria en una nueva oportunidad para revertir el fondo de lo decidido, confiriéndole un carácter exclusivamente jurisdiccional del cual carece el presente arbitrio.

SEXTO: Que, a mayor abundamiento, se trata de un tema de interpretación que debe resolverse caso a caso; conviene recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de esa

índole y provocar, por este solo concepto, una nueva revisión del asunto para llegar a un pronunciamiento de tercera instancia. Así se ha dicho que "...procede declarar sin lugar el recurso de queja entablado contra los ministros de la Corte, si cualesquiera que hayan podido ser sus errores o equivocaciones con motivo de dictarse la sentencia en que se funda, no representan ni una falta a sus deberes funcionarios ni un abuso de facultades y, a lo más, un criterio errado sobre el negocio que les corresponde resolver..." (SCS, de 21 de septiembre de 1951, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, 2ª parte, sección 3a, página 123). En fallos posteriores se ratificó esa doctrina, al señalarse que atendidas la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario propuesto, lo que procede para acogerlo o desecharlo es, primordialmente, "...averiguar y establecer si los jueces recurridos, al ejercer la función judicial y en cuya virtud dictaron la resolución que motiva la queja, incurrieron o no en falta o abuso que deba ser enmendado por la vía disciplinaria. En consecuencia, aunque pueda ser discutida y aún equivocada la tesis jurídica sustentada por el juez recurrido, esa sola consideración no basta para que la Corte Suprema haga uso de sus facultades disciplinarias y para dar admisión al recurso de queja..." (SCS, de veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta, Fallos del Mes Número 16, página 5 y SCS, de veintinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXI, sección 3a, página 66).

SÉPTIMO: Que esta misma sala ha coincidido con las elucubraciones recién expuestas, argumenta que "...del mérito de los antecedentes, del expediente traído a la vista y lo informado, aparece que los jueces recurridos han procedido en uso del derecho privativo que les confiere la ley en la interpretación de las normas jurídicas en relación a las situaciones de hecho que deben conocer, caso en el cual no se desprende que los sentenciadores hayan incurrido en las faltas o abusos graves que se les reprocha..." (SCS, 09.11.2005, N°4086-05 y SCS, 18/01/2010, N°4173-2009, en que se desestiman los recursos de queja).

OCTAVO: Que es útil tener especialmente en cuenta que la falta o abuso que torna procedente el recurso de queja es sólo aquella que inviste el carácter de "grave", o sea, de mucha entidad o importancia y, en la medida que la falta cometida reúna tal característica, debería aplicarse a los jueces involucrados una sanción disciplinaria. Una mera discrepancia entre un litigante y el tribunal encargado de conocer y fallar la disputa, en orden al sentido y alcance de determinados preceptos jurídicos, no es, en modo alguno, idónea para configurar la gravedad exigida al comportamiento jurisdiccional develado, ni para desencadenar una sanción tan drástica.

No está demás dejar en claro que en el debate producido en el Senado, sobre el proyecto de ley modificatorio del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales (Ley N°19.364), "... se expresó que se quería evitar que

se acogiera un recurso, como había sucedido en el pasado, por una simple discrepancia en la interpretación de la ley..." (Guillermo Piedrabuena Richard, "Exposición en el Instituto de Derecho Procesal sobre el recurso de queja y la queja, después de las modificaciones de la Ley N°19.374", Fallos del Mes, año XXXVI, mayo 1995, Documento N°6, página 19).

NOVENO: Que tampoco es dable imponer mediante este arbitrio una uniformidad jurisprudencial y lo que ella involucra frente a valores preciados para nuestro régimen legal, como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, labor esencialmente compleja si se repara en que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de aquellas causas en que actualmente se pronunciaren. También los raciocinios de los recurridos representan una garantía de la independencia de los jueces, principio fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de un tribunal superior (Acuerdo de Pleno de esta Corte Suprema, de diecinueve de julio de dos mil dos, relativo a los antecedentes N°1450-2002).

DÉCIMO: Que por ello aceptar la invitación a resolver la materia a través del recurso de queja, establecido para reprimir por la vía disciplinaria las faltas o abusos graves de los jueces, importaría de facto entrar igualmente al escenario de un medio de

impugnación de casación, proscrito legalmente para esta clase de contiendas, de suerte que los magistrados recurridos al interpretar -en ejercicio de sus prerrogativas privativas- de manera armónica, sistematizada y lógica las disposiciones rectoras de la controversia, no incurrieron en una falta o abuso grave enmendable por esta vía extraordinaria, lo cual, en el sentir de esta Corte, aleja toda posibilidad de hacer uso de las atribuciones disciplinarias para corregirlas y conduce necesariamente a denegar el arbitrio.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 82 de la Constitución Política de la República, 3°, 536, 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado de esta Corte Suprema, de primero de diciembre de mil novecientos setenta y dos y sus modificaciones, que gobierna este arbitrio, SE RECHAZA el recurso de queja formalizado en lo principal de fojas

9 a 17, por la abogada Helena Beatriz Gallegos Cordones, en representación del procesado absuelto R. M. F., contra la sentencia de veinte de octubre de dos mil once, que se lee a fojas 76 y 77 del cuaderno del ingreso N°2049-2011, dictada por la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, correspondiente a los autos Ruc N°1001109352-9, Rit 161-2011 del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago.

Regístrese, archívese y devuélvase el legajo tenido a la vista. Redacción del Ministro señor Rodríguez.

Rol N°10.243-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Domingo Hernández E.

RECURSO DE NULIDAD ACOGIDO. FALTA DE EMPLAZAMIENTO DEL Querellante. Escrituración de las sentencias. Sustitución de la Multa

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Excluir al querellante de la audiencia de simplificado al no notificarle oportunamente de su realización, constituye una infracción a la garantía del debido proceso legal y, en particular, al derecho a defensa que le asiste a la víctima, tanto como al derecho que aquélla tiene de ser escuchada y de formular las alegaciones y producir las pruebas que sean del caso.

Tanto la sentencia que recae en el procedimiento ordinario, como la que se pronuncia en el simplificado, deben ser escrituradas.

No debe tampoco olvidarse que la copia digital exige de cualquier persona disponer del soporte adecuado para acceder a ella y que el audio no facilita la revisión de los motivos y argumentos del análisis desarrollados por los jueces.

El artículo 39 del Código Procesal Penal exige que la sentencia sea registrada en su integridad y ello no se cumple en el soporte escrito, si sólo se copia su sección resolutiva.

El Juez de Garantía ha incurrido en un error de derecho al tener por pagada la multa impuesta con el mismo día de la audiencia, en que el sentenciado estuvo privado de libertad, "...haciéndose así efectiva la conversión del artículo 49 del Código Penal", ya que dicha sanción pecuniaria debe cumplirse de modo efectivo y sólo una vez constatada la falta de bienes para satisfacerla, se aplica la reclusión por vía de sustitución o apremio, en cuyo caso, el tribunal ordenará que de procederse de esa forma, se abone a su cumplimiento el tiempo que haya estado privado de libertad, si es que lo estuvo efectivamente, con motivo de la causa.

Texto completo:

Santiago, cuatro de enero de dos mil doce.

Vistos:

En estos antecedentes el Decimoquinto Juzgado de Garantía de Santiago, por sentencia de veintiocho de octubre de dos mil once, cuya parte resolutiva se lee a fs. 1 y

siguiente de este legajo, y también a fs 27 y siguiente, condenó a OSCAR LUIS ROJAS CANO como autor del delito de lesiones menos graves perpetrado en esta ciudad el 19 de febrero de 2011, a pagar una multa de un quinto de unidad tributaria mensual, además de habérsele impuesto la sanción que contempla el artículo 9 de la ley 20.066 consistente en la prohibición de acercarse a la víctima A. C. S. S., a su domicilio,

lugar de trabajo o estudio, si procediere, y a cualquier otro lugar al que acuda habitualmente, por el lapso de seis meses. La pena de multa se le tuvo por pagada con la fracción del día que estuvo privado de libertad (el mismo de la audiencia) en los términos del artículo 49 del Código Penal.

La querellante dedujo recurso de nulidad contra la referida sentencia, cuya copia corre agregada a fs. 3 y siguientes de este cuaderno, el que se admitió a tramitación a fs. 25, fijándose audiencia para su conocimiento por resolución de seis de diciembre de dos mil once y habiéndose incorporado a fs. 34 el acta que da cuenta de su realización.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso deducido, se ha esgrimido como causal principal la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, a través de la cual se ha señalado como norma infringida, el artículo 19 N°3 de la Constitución Política, en cuanto al debido proceso y al derecho de la víctima a intervenir ejerciendo sus derechos a través del abogado señalado en la causa.

Explica la recurrente, que el 4 de mayo de 2011 presentó una querella contra el imputado por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, la que fue admitida a tramitación.

Luego, el 21 de julio de 2011, el Ministerio Público dedujo acusación contra el imputado por el delito señalado, solicitando la sanción de 540 días, con las accesorias del artículo 30 del Código Penal y las de las letras a), b) y c) del artículo 9 de la ley 20.066, estas últimas, por el lapso de dos años, más las costas.

Posteriormente, el 23 de agosto y, luego, el 21 de septiembre, se trató de realizar la audiencia de juicio, lo que no se logró por la incomparecencia del acusado, por lo que hubo de despacharse orden de detención en su contra, al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Código Procesal Penal.

Finalmente, el 28 de octubre de 2011 se logró la detención del acusado y se le puso a disposición del tribunal a las 17:00 horas, oportunidad en que se hizo el control de su detención y de inmediato, la audiencia de juicio simplificado en la que se pronunció sentencia que le aplicó multa, todo lo cual, sólo se vino a notificar al día siguiente a la querellante, por correo electrónico.

Con lo obrado, el tribunal desestimó arbitrariamente a un interviniente legítimo, al que no se notificó de la audiencia más importante del proceso.

Aduce la existencia de trato desigual, porque el juez no respetó los derechos de la víctima en su calidad de tal y de querellante, impidiéndole ejercer sus derechos. Sostiene que se vulneraron también los artículos 78, 109, 112, 261 y demás pertinentes del Código Procesal Penal.

Además, la gravedad de la infracción es tal, que sólo tuvo acceso a una resolución parcial, que contiene el extracto de una audiencia y la parte resolutiva de una sentencia, que omite todo análisis y/o fundamento y donde, además, se señaló que los intervinientes renunciaban a los plazos y recursos legales.

El perjuicio se produce porque se impide el ejercicio de un derecho, con la consecuente sensación de injusticia para la víctima, por lo que pide se anule el juicio y la sentencia y se realice un nuevo juicio.

SEGUNDO: Que, en forma subsidiaria, la querellante invoca en forma conjunta las causales de las letras b) del artículo 373, en relación con la e), del artículo 374, ambos del Código Procesal Penal.

En lo que atañe a la causal del artículo 374 letra e), sostiene que se han infringido los literales c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, lo que se produjo porque el fallo no contiene parte expositiva ni dispositiva, sino sólo la resolución del asunto, incumpliendo con ello la obligación que pesa sobre los tribunales de fundamentar de todas sus resoluciones y, en particular, la que les impone el artículo 297 del Código Procesal Penal, en cuanto a la reproducción del razonamiento para alcanzar las conclusiones a que llegó el sentenciador.

En el caso concreto, la sentencia no cumple las exigencias del artículo 342, letras c) y d) del Código Procesal Penal: puesto que no existe proceso de reflexión alguno, ni se advierte valoración de los medios de prueba.

El perjuicio para su parte es evidente, desde que una sentencia que carece de fundamentos no puede ser objeto del control necesario, ni de las partes involucradas, ni de la sociedad. Además, se le impuso al sentenciado una multa, que aparece ridícula para la gravedad del delito cometido y reconociéndole una atenuante de responsabilidad que parece una burla al querellante, por el solo mérito del proceso.

A continuación, en lo que respecta a la causal conjunta del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, se denuncia como norma infringida el artículo 393 de ese mismo código.

El recurrente copia los artículos 393 y 394 en su libelo y luego advierte que el Tribunal aplicó erróneamente esas disposiciones porque ordenó realizar de inmediato la audiencia, sin que mediaran las formas dispuestas en esas normas, ya que se omitió la presencia de la parte querellante, a la que no se notificó la realización de la audiencia y porque descartó la facultad que el mismo artículo 33 del código del ramo le franquea, favoreciendo arbitrariamente al imputado, en perjuicio de los derechos de la querellante, a quien se le impidió el ejercicio de los que le corresponden.

TERCERO: Que, a pesar de no haberse rendido prueba sobre la calidad de querellante del compareciente, aquélla no fue desconocida por el tribunal que concedió el recurso, estimándolo legitimado en el proceso y no lo fue, tampoco, por el defensor penal público que se hizo parte a fs. 21 y que pidió la declaración de inadmisibilidad del recurso,

puesto que aquél, si bien adujo falta de legitimación de la recurrente, lo hizo fundado en el hecho de que ella no compareció en el juicio oral, aceptando en cambio, su calidad de querellante en la causa.

CUARTO: Que sí se controvirtió en estrados la circunstancia de haber sido o no emplazada la querellante a la audiencia de juicio, aduciendo la defensa del acusado, que correspondía a la querellante demostrar que no había sido notificada, lo que corresponde a un hecho negativo, de modo que sólo pudo haber probado que se notificó a todos los demás, lo que eventualmente pudo hacerse por medio de un certificado del encargado de causas del tribunal de que se trata.

Sin embargo, de la minuta de resumen que antecede a la sección resolutiva de la sentencia y que está incorporada a fs. 1 del legajo remitido a esta Corte, se advierte que se dejó constancia de la comparecencia del imputado, del fiscal y del defensor, sin que se haya consignado la inasistencia de la parte querellante y, además, donde se anotó que los comparecientes renunciaban a los plazos y recursos pendientes, con lo cual la sentencia se tuvo por firme y ejecutoriada, elementos fácticos que constituyen antecedentes suficientes para tener por cierto que simplemente se prescindió del querellante, desde que no se le tuvo por ausente -con la constancia de haber sido debidamente emplazado- y, porque no se podía tener por firme la sentencia si aquella parte no había manifestado su renuncia expresamente.

QUINTO: Que la circunstancia de ser querellante en la causa, otorga el derecho a este interviniente de ser emplazado a todas las actuaciones del proceso, diligencia que es obligatoria para el tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Procesal Penal que establece que "...se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, el imputado, el defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer las facultades determinadas."

En el caso concreto, el sujeto procesal que fue postergado de la audiencia de procedimiento simplificado, reunía la doble calidad de víctima y querellante y, dado que había deducido oportunamente su acción, formaba parte del proceso y debían entenderse con él también todas las diligencias y actuaciones procesales que así dispusiera la ley.

Al respecto y teniendo en consideración que se trataba de un procedimiento simplificado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 393 del Código Procesal Penal, pesaba sobre el tribunal la obligación de citar a todos los intervinientes a la audiencia a que se refiere el artículo 394.

Este último precepto, por su parte, señala que, al inicio de la audiencia, el tribunal efectuará una breve relación del requerimiento <u>y de la querella</u>, en su caso. A continuación, en el artículo 395 del Código Procesal Penal, se contempla el procedimiento en caso que el imputado admita responsabilidad en el hecho y, más adelante, en el artículo 396, la realización del jui-

cio en caso contrario, en cuyo evento, también debe procederse a la lectura de la querella y puede prescindirse de la parte que no haya concurrido, pero en el entendido que aquélla ha sido legalmente citada.

SEXTO: Que, como se expresa en el recurso, se habían ordenado dos audiencias previas para la preparación del juicio y su realización, en las que tales propósitos no se pudieron cumplir debido a la no comparecencia del acusado, de modo que éste tuvo que ser citado en los términos del artículo 33 del Código Procesal Penal. Esa norma expresa que el imputado, que citado no compareciere injustificadamente a la audiencia de que se trata, puede ser detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva.

Siendo éste el caso que se verificó en autos, por alguna razón no explicitada en el proceso, el imputado fue detenido y puesto a disposición del tribunal, el que decidió llevar adelante en el tiempo inmediato la audiencia que se había postergado ya en dos ocasiones, única y exclusivamente por la negligencia del imputado y para estos efectos sólo se convocó a la Defensoría Penal Pública y al Ministerio Público, ignorándose a la víctima que, con toda razón, ha sentido burlados sus derechos, porque no sólo se la excluyó ilegítimamente de concurrir a una audiencia a la que debió ser citada, sino que, además, se conmutó de inmediato al imputado la multa impuesta, contra toda razón legal, según se dirá más adelante.

SÉPTIMO: Que la exclusión anotada constituye una infracción a la

garantía del debido proceso legal y, en particular, al derecho a defensa que le asiste a la víctima, tanto como al derecho que aquélla tiene de ser escuchada y de formular las alegaciones y producir las pruebas que sean del caso, de modo que, en la especie, se ha incurrido en la causal que describe el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por lo que tanto el juicio oral, como la sentencia recaída en aquél, habrán de ser anulados.

OCTAVO: Que si bien es efectivo que, la circunstancia de haberse extendido una sentencia sin cumplir con todas las exigencias legales, fue extensamente desarrollada en la causal subsidiaria del recurso de la parte querellante, es lo cierto que también reclamó a través de la causal de infracción de garantías constitucionales y de derechos establecidos en tratados internacionales vigentes, que sólo tuvo acceso a un extracto de acta y la parte resolutiva de una sentencia, desprovista de todo análisis y argumentación, extendiéndose con ello, el grave perjuicio producido por la omisión de esa parte en el proceso.

Hacerse cargo de este reclamo no es necesario puesto que basta con acceder a uno de los motivos de nulidad, para hacer lugar al recurso formulado. Sin embargo, atendida la grave trascendencia de esa falta, a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 384 del Código Procesal Penal, que establece una facultad para los jueces de esta Corte en cuanto a emitir pronunciamiento o no por las causales restantes y, en particular, por la obligación que pesa sobre esta Corte en

orden a la supervigilancia que desempeña sobre el resto de los tribunales, resulta imprescindible hacerse cargo de ese reclamo, en la parte que se plasmó en la causal principal.

NOVENO: Que el artículo 39 del Código Procesal Penal señala como Reglas Generales: De las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía, el tribunal de juicio oral en lo penal, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema se levantará un registro en la forma señalada en este párrafo.

En todo caso, las sentencias y demás resoluciones que pronunciare el tribunal serán registradas en su integridad.

El registro se efectuará por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y la reproducción de su contenido."

Si bien pudiera entenderse de la lectura de este precepto, que es suficiente con que la sentencia sea dictada en un registro de audio y quede, por lo tanto, íntegramente registrada en aquél, ocurre que el artículo 396 que se refiere a la realización del juicio simplificado, señala de modo expreso que la sentencia debe ser escrita y la sola circunstancia que la admisión de responsabilidad del imputado habilite al tribunal para dictar sentencia de inmediato (artículo 395), no significa que deba omitirse el texto escrito. Es cierto que la celeridad en los procedimientos debe ser aplaudida, ello no supone que deban olvidarse en el camino las obligaciones que pesan sobre el tribunal, como tampoco el derecho que tienen los intervinientes a recibir una copia íntegra y legible de la sentencia, la misma que debe remitirse a la Corte correspondiente en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 381 del Código Procesal Penal.

Tanto la sentencia que recae en el procedimiento ordinario, como la que se pronuncia en el simplificado, deben ser escrituradas, aunque ello se haga inmediatamente después de terminada la audiencia en que se pronunciaron en forma verbal. No debe tampoco olvidarse que la copia digital exige de cualquier persona disponer del soporte adecuado para acceder a ella y que el audio no facilita la revisión de los motivos y argumentos del análisis desarrollados por los jueces.

En este mismo sentido se extendió el Acta 79-2001 de esta Corte Suprema, con una instrucción relativa precisamente a la escrituración de las sentencias.

El mismo artículo 39 antes transcrito exige que la sentencia sea registrada en su integridad y ello no se cumple en el soporte escrito, si sólo se copia su sección resolutiva.

Esta Corte ha advertido que en algunos tribunales se ha hecho práctica común, copiar sólo la parte resolutiva de las sentencias para los intervinientes, lo que no se ajusta a los derechos que les asisten en el proceso penal y tampoco respeta sus garantías constitucionales, de modo que la infracción anotada, precisamente porque viola el derecho a defensa de la víctima y el proceso legalmente tramitado, conforma también un motivo de invalidación de acuerdo a

lo señalado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO: Que, por último, se ha incurrido en un error de derecho al decidirse en el resolutivo II del "fallo" agregado a fs. 1, al tenerse por pagada la multa impuesta con el mismo día de la audiencia, que el sentenciado estuvo privado de libertad, "... haciéndose así efectiva la conversión del artículo 49 del Código Penal".

En efecto, el artículo 8° de la ley 20.066 al establecer las sanciones del maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, dispone que según su gravedad, debe aplicarse una multa de media a quince unidades tributarias mensuales, cuyo pago debe acreditar el condenado dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la sentencia, a menos que el juez, por motivos fundados, prorrogue dicho término hasta por quince días. En caso de incumplimiento el tribunal está obligado a remitir los antecedentes al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Luego, en el caso concreto, se trató de un hecho constitutivo de delito, que, por tanto, está sancionado en el Código Penal. Por tratarse de lesiones menos graves, la sanción correspondiente es la de relegación o presidio menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 400 del mismo cuerpo legal, deben ser aumentadas en un grado.

Sin perjuicio de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que haya podido considerar el juez de la causa y que le hayan inducido a reducir la sanción de multa impuesta, ocurre que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal, dicha sanción pecuniaria debe cumplirse de modo efectivo y sólo una vez constatada la falta de bienes para satisfacerla, se aplica la reclusión por vía de sustitución o apremio, en cuyo caso, el tribunal ordenará que de procederse de esa forma, se abone a su cumplimiento el tiempo que haya estado privado de libertad, si es que lo estuvo efectivamente, con motivo de la causa.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 375 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido en lo principal del escrito agregado a fs. 3, por el abogado Sr. Nicolás Muñoz Fernández, en representación de la víctima y querellante A. C. S. S. y, en consecuencia, se invalida el juicio simplificado realizado el día 28 de octubre de 2011 y la sentencia recaída en aquél, en los autos Rit 1095-2011 y RUC 1100.175.194-K, seguidos contra Oscar Luis Rojas Cano y se restablece la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia -ante el juez no inhabilitado que corresponda- a la que deberán ser citados todos los intervinientes del proceso y seguir su curso hasta pronunciar sentencia, la que deberá ser escriturada en conformidad a la ley.

Registrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Señor Ballesteros.

Rol N°10.748-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros U., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y Juan Escobar Z.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

DIVISIÓN DE ATENGIÓN A VÍGTIMAS Y TESTIGOS

ALGUNAS CLAVES DEL ABORDAJE DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Luz María Fernández Saldías¹

1. El objeto y contexto del artículo

Los organismos públicos o privados que trabajamos en violencia doméstica o violencia intrafamiliar requerimos, especialmente, compartir con otros abocados a igual tarea, como estrategia básica ante la complejidad del tema y el desgaste que produce en los grupos humanos que lo enfrentan, con el fin de renovar ideas, buscar nuevos enfoques y experiencias positivas que permitan avanzar en las soluciones de la problemática. En ese contexto, el presente artículo tiene por objeto hacer una reseña sobre la forma en que Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.), ha abordado la violencia doméstica y sexual y sus resultados, que tuve oportunidad de conocer, junto a una colega chilena, como becaria del programa de visitantes internacionales del Departamento de Estado de ese país, patrocinado por el gobierno norteamericano. Lo anterior, precisamente con el ánimo y la esperanza de difundir una experiencia que tal vez pueda ilustrar nuestro propio camino como país y aportar insumos a nuestros particulares desafíos en la erradicación de la violencia doméstica y sexual.

Vale la pena destacar que el Programa de Visitantes Internacionales Líderes, es desarrollado por la Oficina de Asuntos Educacionales y Culturales, del Departamento de Estado norteamericano y que es uno de sus principales programas de intercambio profesional, diseñado para construir entendimiento mutuo entre Estados Unidos y otros países, a través de visitas especialmente diseñadas según los intereses y ámbitos de desarrollo específicos de los visitantes. El programa de intercambio del Departamento de Estado de Estados Unidos, en colaboración con World Learning, organización sin fines de lucro, y con organizaciones locales, preparó una completa agenda que consideró la visita a Washington D.C., Baltimore en el Estado de Maryland, Charlotte, en Carolina del Norte y Pensacola en el Estado de Florida. En Washington se coordinó una reunión con funcionarios del nivel federal, con el fin de conocer la institucionalidad y estrategias desarrolladas para todo el país, mientras que en el resto de las ciudades visitadas, sostuvimos reuniones y visitas de trabajo con funcionarios de nivel estatal y comunal de diferentes sectores, jueces, policías, fiscales y con trabajadores de organizaciones no gubernamentales, fundaciones sin fines lucro y universidades, entre otras, todos quienes se encuentran

¹ Abogada de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

desarrollando diferentes programas de prevención y atención especializada en violencia doméstica y sexual.

La pasantía cumplió plenamente con el objetivo de dar una visión amplia y comprensiva del sistema y entramado de la política pública desarrollada, como asimismo de las diversas iniciativas, programas y enfoques en actual desarrollo, de lo que trataré de dar cuenta en este artículo. No obstante, es necesario aclarar que éste no pretende hacer una descripción exhaustiva, ni un análisis crítico de la política pública del Estado norteamericano en la materia, lo que requeriría una especialidad y un esfuerzo de investigación, que exceden a quien escribe y al objeto del trabajo. El artículo, entonces, más modestamente, busca transmitir a grandes rasgos las experiencias, enfoques y los aspectos relevantes de la política pública y de la intervención social observados en el contexto de la pasantía, con el fin de poner en la discusión ciertos temas no explorados o zanjados en nuestra realidad, que pueden ser útiles en el desarrollo de acciones y políticas futuras.

2. La universalidad de la violencia doméstica y sexual

La primera observación que surge y que es necesario plantear como contexto de todo lo que se diga en adelante, son las notables diferencias entre nuestra realidad y la del país visitado, que a pesar de resultar evidentes, por tratarse de una potencia mundial versus un país en vías de desarrollo, es conveniente ilustrar con un par de datos simples que dan cuenta de la magnitud de las mismas, dado que tienen incidencia en la materia que abordamos. EE.UU. es un país de aproximadamente 311.423.000 de habitantes, organizado como un Estado Federal con 50 Estados, más un Distrito Federal, con una superficie territorial de 9.631.418 km² y con un ingreso per cápita de US 47.153 el año 2010². Chile, en cambio, cuenta con alrededor de 17.500.000 habitantes, un ingreso per cápita para el mismo año de US 12.431, se organiza como un Estado Unitario y tiene una superficie territorial de 2.006.354 km², considerando Chile continental, oceánico y antártico.

Dadas las abismantes diferencias entre ambos países, sólo en cuanto a tamaño, desarrollo y poder económico, uno podría esperar notables diferencias también en la realidad del fenómeno que nos ocupa, es decir, la violencia doméstica e intrafamiliar, pero las cifras que conocimos y los relatos que escuchamos de quienes abordan el problema en EE.UU., son bastante similares a los chilenos, lo que corrobora la universalidad del problema y su carácter preponderantemente cultural.

Antes de mostrar las cifras de prevalencia en ambos países, es necesario plantear una diferencia conceptual importante: en EE.UU. el foco de atención de

² Banco Mundial. PIB per Cápita, US\$ a Precios Actuales [en línea]. Citado el 29 de abril de 2012. Disponible en: datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD.

la política está puesto sin ambages, desde la denominación de la ley en adelante, en el fenómeno de la violencia contra la mujer, por lo que se muestran cifras de violencia doméstica, íntima o de pareja, incluyendo la violencia en las relaciones de pololeo o de citas, denominadas en inglés "dating violence", en la violencia sexual y el acoso u hostigamiento. En Chile, si bien se han desarrollado políticas para enfrentar la violencia contra la mujer, se ha hecho abordándola en un contexto diferente, bajo el concepto de violencia intrafamiliar, que sitúa el foco en la violencia física, psicológica y sexual que se da al interior de las relaciones de pareja y de familia, abarcando una amplia gama de relaciones de parentesco y relevándose el fenómeno del maltrato infantil.

Hecha la aclaración anterior, podemos referir algunos datos estadísticos relevantes sobre distintas manifestaciones de violencia contra la mujer en EE.UU., que resultan sorprendentes. En efecto, la cifra de prevalencia de la violencia de pareja en EE.UU., según la encuesta nacional sobre el tema realizada en el año 2010, revela que una de cada cuatro mujeres y uno de cada siete hombres ha experimentado violencia física severa por parte de su actual o ex pareja (esposo/a, novio/a o pololo/a) y que aproximadamente 5.2 millones de mujeres y 1.4 millones de hombres son víctimas de acoso relacionado con violencia doméstica, cada año en los Estados Unidos, que es sindicada como la forma más común y peligrosa de acoso u hostigamiento. El mismo informe revela que una de cada cinco mujeres y uno de cada 71 hombres fueron violados en su vida, y cerca de 1.3 millones de mujeres en Estados Unidos son violadas cada año³. Por su parte, según un informe sobre comportamientos de riesgo en los jóvenes norteamericanos, uno de cada 10 estudiantes, de noveno y doceavo grado, fue herido físicamente en forma intencional por un novio o novia, sólo en el año 20094.

Aunque los diversos estudios y sus resultados no son homologables, a grandes rasgos se puede observar que las cifras que ellos arrojan sobre algunos aspectos del fenómeno en nuestro país, revelan una realidad que no parece tan lejana de la indicada para el país del norte, como se ve a continuación.

En Chile, el primer estudio de prevalencia de la violencia doméstica, patrocinado por la Organización Panamericana de la Salud, fue realizado el año 1992 y arrojó como resultado que el 26% de las mujeres encuestadas, de entre 22 y 55

Black, M.C, Basile, K.C. Breiding, M-J: Smith, S.G. Walters, M.L. Merrick, M.T., Chen, J., & Stevens, M-R. (2011). The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey (NISVS): 2010 Summary Report. Atlanta, GA: National Center for Injury Prevention and Control, Center for Desease Control and Prevention. Citado en: Office on Violence Against Women. Oversight of the Office on Violence Against Women [en línea]. Febrero 2012, p. 2. Citado el 16 de Abril de 2012. Disponible en: http://www.ncdsv.org/images/OVW_CarbonTestimonyJudCmteOVWOversight_2-16-2012.pdf

⁴ Eaton, D.K., Kann L., Kinchen S. y otros. (2010). Youth Risk Behavior Surveillance. EE.UU., 2009. Morbidity and Mortality Weekly Report Surveillance Summaries, 59 (SS-5), 1-142. Citado en: Ibid. p. 3.

años y con una relación de pareja, señaló haber sufrido algún tipo de violencia física por parte de sus parejas⁵. Con posterioridad entre los años 2000 y 2006 el Servicio Nacional de la Mujer realizó seis estudios de prevalencia regional (en las regiones Metropolitana, II, IV, IX, X, y XI) titulados "Detección y Análisis de la Prevalencia de la Violencia Intrafamiliar", bajo el protocolo de investigación de la Organización Mundial de la Salud, arrojando un rango de 36% (XI Región) y 55% (X Región) de mujeres que señalaron haber vivido algún tipo de violencia de pareja. En la Región Metropolitana el estudio mostró que un 50% de las mujeres reportó haber vivido igual experiencia⁶.

Sólo recientemente se ha visibilizado en nuestro país el fenómeno del femicidio, levantándose datos sobre el mismo. Si se considera el femicidio íntimo, es decir, el homicidio de mujeres a manos de sus parejas o ex parejas, en Chile estos delitos bordean los 50 casos anuales, tomando los datos de los años 2006 al 2011. Cabe señalar que el año 2010 se dictó la Ley 20.480 que tipifica especialmente este delito, considerando como tal, el homicidio de mujeres pero sólo a manos de sus actuales o ex cónyuges o convivientes.

Más recientemente, la encuesta de "Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales", del año 2008, desarrollada por la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, mostró que el 35,7% de las mujeres encuestadas (mujeres entre 15 y 59 años) plantea haber sido víctima de violencia intrafamiliar y del total de mujeres que ha tenido alguna relación de convivencia (cónyuge o conviviente) el 37,2% señala haber sufrido violencia psicológica, el 24,6% violencia física menos grave, el 15% violencia física grave y el 15,6% violencia sexual⁷. Por su parte, el 72,3% de los niños/as plantea haber sido víctima de violencia intrafamiliar y de ellos el 32,75% señala haber sufrido violencia física grave, todo ello en el contexto de relaciones de familia. Por último, dicha encuesta arrojó que el 7% de los niños/as y adolescentes ha sufrido algún tipo de abuso sexual durante su vida: el 12,8% de las niñas y el 3,3% de los niños.

No conocemos estudios nacionales sobre violencia sexual fuera del contexto de la familia, fenómeno que ha sido objeto de escasa atención hasta el momento y que se conoce básicamente por los datos de denuncias, que como es conocido, generalmente esconden una cifra importante precisamente por tratarse de delitos sub denunciados. No obstante, según los resultados de una encuesta contestada por 950 estudiantes en una universidad pública chilena, se encon-

⁵ Servicio Nacional de la Mujer, Programa Chile Acoge. "Medición de la Violencia contra la Mujer" [en línea]. Citado el 19 de abril de 2012. Disponible en: www.sernam.cl/denunciaalmaricon/pdf/estudio1.pdf.

⁶ Ibid

⁷ División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior. Santiago, Chile. Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales [en línea]. Santiago, 2008. Citado el 25 de abril de 2012. Disponible en: www.seguridadpublica.gov.cl/politica_nacional_de_seguridad_publica_-_diagnosti.html

traron altas tasas de experiencias de violencia sexual en hombres y mujeres. De acuerdo a los resultados obtenidos, las mujeres reportaron una prevalencia de victimización significativamente mayor que los hombres: 31,2% comparado con 20,5% considerando desde los 14 años, y 17,1% comparado con 11,6% en los últimos 12 meses⁸.

3. Las claves de la articulación de una política pública integral

En EE.UU., tal como en Chile, y probablemente en el resto del mundo, la violencia contra la mujer en los espacios de las relaciones de pareja, se mantuvo en el ámbito de lo privado, como un asunto de familia, sin que fueran visibilizados como un problema social, sino hasta mediados y bien avanzado el siglo XX, en los años 70 y 80, en que gracias al trabajo de organizaciones civiles y del movimiento de mujeres, comenzó a ser visibilizado como un problema público, y social.

Los datos publicados por la Oficina de la Violencia contra la Mujer del Departamento de Justicia de Estados Unidos, como antecedentes históricos del Acta de la Violencia contra la Mujer (Violence Against Women Act, VAWA, por sus siglas en inglés) refrendan el reciente reconocimiento de la violencia contra la mujer como un problema público con serias consecuencias y costos sociales, en el cual el Estado debía intervenir con políticas públicas consistentes. En una línea cronológica y sólo por destacar algunos de los hitos más ilustrativos, reseña que en 1871 Alabama es el primer Estado en derogar el derecho legal del hombre a golpear a su mujer; que recién en 1967 se abre el primer refugio para víctimas de violencia doméstica, en Maine, mientras que sólo en 1976 Pensilvania se convierte en el primer Estado en dictar una ley regulando órdenes de protección para mujeres maltratadas por sus maridos. Luego continúa con hitos tales como la creación del primer programa para hombres que ejercen violencia, en 1978, en Boston Massachussets, y en el mismo año destaca la formación de la Coalición Nacional contra la Violencia Sexual, cuyo objeto es combatir ese tipo de violencia y promover servicios para las víctimas de violación. Señala también la celebración, en el año 1981, de la primera semana de sensibilización sobre la violencia doméstica en EE.UU. y 1984 como la fecha en que se estableció, por primera vez en la historia del Departamento de Justicia, una fuerza de trabajo sobre violencia en la familia que realizó un informe sobre el alcance e impacto de la violencia doméstica en EE.UU., formulando recomendaciones sobre la materia. Ese mismo año se aprobó el Acta de Servicios de Prevención de la Violencia en la Familia, que

⁸ Leherer, Jocelyn A. Leherer Evelyn L. y Oyarzun, Pamela B. Violencia Sexual en Hombres y Mujeres Jóvenes en Chile: Resultados de una encuesta (año 2005) a estudiantes universitarios. Rev. méd. Chile [online]. 2009, Vol.137, N.5 [citado 24 de abril de 2012], pp. 599-608. Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872009000500002-&lng=es&nrm=iso. ISSN 0034-9887. doi: 10.4067/S0034-98872009000500002.

por primera vez autorizó fondos específicamente diseñados para programas de mujeres maltratadas y sus hijos. Los hitos anotados dan una idea del trayecto recorrido, paso a paso, antes de llegar a la articulación de una política pública federal, cuya gestación se inicia en 1990 con la presentación de un proyecto de ley por el entonces senador Joseph Biden⁹.

3.1 El Acta de la Violencia contra la Mujer: una ley federal para abordar el problema

Como se ha dicho, una de las diferencias estructurales con el sistema norteamericano es su organización como un Estado Federal, que a diferencia de
un Estado Unitario, se organiza en varios Estados cada uno con su propio
Gobierno, Parlamento y Poder Judicial, con la capacidad de determinar sus
propias políticas, dictar sus leyes y administrar su presupuesto. Lo anterior
implica que cada Estado tiene una notable autonomía en una vasta gama
de materias, lo que se traduce en una considerable diversidad de prioridades,
enfoques y políticas públicas sobre un mismo tema, todo lo cual dificulta el
logro de cierta homogeneidad en las políticas públicas para el país. Ante esta
realidad, la ley y el financiamiento federales, constituyen herramientas importantes para encauzar e incentivar el logro de ciertos estándares mínimos sobre
determinadas materias consideradas de interés para todo el país, función que
viene a cumplir el Acta de Violencia contra la Mujer en esta materia.

El Acta constituye la mayor expresión del reconocimiento de la violencia contra la mujer como un grave problema de salud pública y un asunto de justicia criminal, cuyo impacto no es sólo físico y psicológico a nivel individual, para las víctimas, sino que se extiende a sus hijos, y a la comunidad en su conjunto, con graves consecuencias sociales y económicas para el país. Fue la primera ley federal dictada en EE.UU. sobre violencia doméstica, delitos sexuales y acoso, integrando el Acta de Control de Crímenes Violentos y Cumplimiento de la Ley. Esta legislación fue patrocinada por el entonces senador Joseph Biden, quien antes fuera Fiscal y actualmente es el Vicepresidente de EE.UU., con el apoyo de una amplia coalición de grupos de activistas, profesionales y organizaciones comunitarias y de base, que trabajaban atendiendo a víctimas de la violencia doméstica y sexual, como asimismo de las policías, fiscalías, jueces y asociaciones de abogados que exigían al Congreso la adopción de medidas legislativas para abordar el problema. El Acta fue aprobada como ley, con el apoyo transversal, tanto de la Cámara de Diputados como del Senado, y promulgada por el presidente Bill Clinton en 1994.

El Acta es un paquete legislativo comprensivo, diseñado para disminuir y terminar con la violencia contra la mujer en el país. La historia legislativa de

⁹ Office on Violence Against Women, US Department of Justice. The History of the Violence Against Women Act [en línea], 2009. Citado el 24 de Abril de 2012. Disponible en: www.ovw.usdoj.gov/docs/history-vawa.pdf

VAWA señala que el Congreso buscaba remediar el legado de leyes y normas sociales que servían para justificar la violencia contra la mujer. Según opinión compartida por los especialistas, constituyó, un hito de la máxima relevancia porque implicó un cambio de paradigma en la forma de tratar el problema.

Los esfuerzos de los Estados Unidos en la lucha contra la violencia doméstica y sexual, sin duda fueron y siguen siendo articulados e impulsados por esta ley federal, que descansa en dos principios básicos que permean toda la ley y, más aún, todas las intervenciones que a partir de ella se desarrollan: el primero, es la necesidad de enviar un sólido mensaje de que la violencia contra la mujer no es tolerable o aceptable para la sociedad norteamericana, tarea que sitúa principalmente en las instituciones del sistema de justicia civil y especialmente criminal, que deben perseguir y hacer efectiva la responsabilidad de quienes cometen estas conductas. El segundo, es la necesidad de generar una red de servicios para las víctimas y sus familias, capaces de brindar protección contra nuevas agresiones y los servicios y el apoyo necesarios para su sanación, la reparación del daño sufrido y el logro de una autonomía que le permita un camino hacia una vida libre de violencia.

La ley, VAWA, fue diseñada entonces con dos propósitos complementarios, primero: mejorar la respuesta del sistema de justicia criminal frente a los delitos de violencia doméstica, asalto sexual y acoso; y segundo: incrementar el acceso y disponibilidad de servicios para las víctimas de dichos delitos.

3.1.1 Regulación jurídica contenida en el Acta de 1994 y sus posteriores reautorizaciones

El Acta de 1994 y sus posteriores reautorizaciones han avanzado en regular, como ley federal, aspectos jurídicos que vinieron a superar vacíos y déficits de las legislaciones estatales y federal sobre la materia, removiendo obstáculos y dotando de herramientas al sistema de administración de justicia en la tarea de proteger a las víctimas y perseguir la responsabilidad de los ofensores. Así, por mencionar algunas de las regulaciones más relevantes, se endurecieron las penas federales para personas reincidentes en delitos sexuales y se estableció la prohibición de usar en juicio antecedentes del pasado sexual de la víctima como defensa en juicios sobre violación, denominada "rape shield law" o ley del escudo de violación. Asimismo, se estableció un sistema de "plena fe y crédito" (full faith and credit), es decir, de plena eficacia de las órdenes de protección decretadas por autoridades de otros Estados y territorios, evitando que las víctimas que huían de sus agresores o buscaban recomenzar su vida en otro Estado tuviesen que volver a solicitar una orden de protección en este último, dado que en el sistema Federal sin la regulación federal que comentamos, la orden de protección original carecía de eficacia en una jurisdicción diferente a aquella en que fue decretada. El Acta también dispuso diversas normas dirigidas a promover que las mujeres inmigrantes denunciaran el maltrato sufrido

a manos de sus parejas, ya que su calidad de inmigrantes ilegales las dejaba en una situación de máxima vulnerabilidad al impedirles denunciar y solicitar ayuda a las autoridades.

3.1.2 El factor clave del Acta de Violencia contra la Mujer: Financiamiento federal a través de un sistema de subsidios

Si bien las regulaciones jurídicas y procesales son importantes, sin lugar a dudas lo más significativo del Acta es que dispone la asignación de fondos federales para financiar, a lo largo del país, una red de prestación de servicios a las víctimas, los programas necesarios para fortalecer la respuesta del sistema de justicia, la investigación y la prevención del problema. En 1994, VAWA dispuso de 1.6 billones de dólares a estos efectos, y desde entonces hasta abril del año en curso, la Oficina de la Violencia contra la Mujer del Departamento de Justicia, encargada de implementar el Acta y su reautorizaciones ha asignado alrededor de 4.7 billones de dólares en subsidios a programas y en acuerdos de cooperación, según se verá. El Acta debe ser reautorizada nuevamente este año¹⁰.

El financiamiento de las acciones que la ley prevé como necesarias para abordar adecuadamente el problema constituye una enorme diferencia con cuerpos de leyes dictados en otros países, sin ir más lejos con las leyes dictadas en Chile sobre violencia intrafamiliar, la Ley 19.325, en 1994, y luego la Ley 20.066 en 2005, que si bien constituyen ambas un gran avance, quedan mermadas en su aplicación y eficacia por falta de recursos especialmente destinados a crear una red de servicios para las víctimas, programas de intervención con agresores, capacitación, etc., dejando a los actores encargados de aplicarla, a los órganos auxiliares y a la red de derivación, abandonados a sus propios recursos de siempre y a su creatividad para hacerlas efectivas, enfrentados además a un incremento creciente de denuncias y expectativas de apoyo de las víctimas.

El hecho de que VAWA no se limite a regulaciones jurídicas sino que establezca un mecanismo de financiamiento de las acciones necesarias para enfrentar el problema, es muestra de un cabal entendimiento del origen, naturaleza y características del mismo. Denota claridad de que está abordando un problema cultural, cuyo origen se encuentra en valores y creencias arraigados y sustentados socialmente que requiere, por tanto, esfuerzos de sensibilización, educación y prevención social y también capacitación y entrenamiento especializado para los agentes encargados de la aplicación de la ley, con el fin de asegurar sus fines. La ley entiende también que el sistema de justicia no tiene todas las respuestas para las víctimas, quienes requieren para detener o salir de una relación de violencia una red de apoyo y de servicios especializados.

¹⁰ Office on Violence Against Women, US. Department of Justice. About The Office on Violence Against Women. Enero de 2011.

El Acta establece un mecanismo de financiamiento interesante, creando programas de subsidios, a través de los cuales se encarga de determinar la distribución territorial de los fondos y los ámbitos de acción a los que serán aplicados, pero además se encarga de estimular una estrategia adecuada para abordar el problema, como es la coordinación entre los distintos actores de la comunidad.

Existen dos tipos de programas de subsidios, uno de subsidios de fórmula, y otro de subsidios concursables y discrecionales. Entre ambos logran cobertura y cierta homogeneidad nacional y también flexibilidad y espacio para generar programas de acuerdo a las necesidades específicas de las comunidades.

a) Los programas de fórmula, subvencionan a todos los Estados en proporción a su población. Sus fondos deben ser luego distribuidos por cada Estado de acuerdo a una fórmula de porcentajes fijos para los distintos sectores: tribunales, fiscales, policías, organizaciones de ayuda a las víctimas, etc. Estos fondos están previamente determinados para su aplicación a ciertos objetivos y materias y para su otorgamiento se deben cumplir ciertas condiciones cuya existencia deben ser certificadas ante el nivel federal.

En esta categoría se encuentran tres programas:

- El programa de subvención STOP, por sus siglas en inglés correspondientes a "Services, Training, Officers, Prossecutors" (servicios, capacitación, policías, fiscales), dirigido a financiar entrenamiento o capacitación de los equipos de policías, fiscales y jueces, a apoyar y mejorar los servicios para las víctimas e incentivar una respuesta coordinada de la comunidad frente a la violencia doméstica y sexual.
- El Programa de Servicios para Víctimas de Agresiones Sexuales, SASP, por sus siglas en inglés, correspondientes a "Sexual Assault Services Program", que provee financiamiento a los Estados y territorios, a las coaliciones estatales y tribales y a las organizaciones culturales, exclusivamente para la atención directa y servicios relacionados para las víctimas de estos delitos y aquellos colateralmente afectados por él. Este programa financia intervención en crisis en casos de violación y agresión sexual, a través de centros especializados y líneas telefónicas que funcionan las 24 hrs., y que brindan intervención reparatoria, acompañamiento médico y asesoría legal a las víctimas.
- Por último, el Programa de Subvención para Coaliciones Estatales sobre Violencia Doméstica y Sexual, que financia a cada coalición estatal de organismos que trabajan en violencia doméstica y en violencia sexual, según determinación que efectúa el Departamento de Salud y Servicios Humanos y los Centros de Prevención y Control de Enfermedades, para efectos de que coordinen las actividades y servicios estatales a las víctimas,

como asimismo que colaboren y coordinen con entidades federales, estatales y locales que trabajan en violencia contra la mujer.

El financiamiento de organizaciones no gubernamentales y sin fines de lucro abocadas a la prevención y/o atención y, particularmente, de las coaliciones que las aglutinan, con el fin de coordinar y potenciar su actividad, resulta digno de destacar ya que cumple una función estratégica, no sólo en constituir la red de servicios necesarios, sino más importante aún, cumple un rol insustituible en la permanente visibilización del problema y en la mantención del mismo como una prioridad política y social.

- b) Por su parte, los **programas discrecionales** son subsidios que se distribuyen mediante concurso de proyectos, a los que pueden postular distintos actores. Estos programas tienen diferentes objetivos o ámbitos de acción como marco. Actualmente son 18, dentro de los cuales se encuentran, entre otros, los siguientes:
- Programa de Asistencia Legal Civil para las Víctimas, denominado LAV, por sus siglas en inglés, correspondientes a "Civil Legal Assistance for Victims", mediante el cual se financia servicios legales críticos para víctimas de violencia domestica y sexual.
- Programa para Incentivar el Arresto, GTEAP, cuyas siglas corresponden en inglés a "Grant to Encourage the Arrest", apoya una respuesta coordinada de la comunidad y del sistema de justicia criminal en lo que respecta al arresto de los ofensores y al cumplimiento de órdenes de protección con el fin de mejorar la seguridad de la víctima y hacer efectiva la responsabilidad del infractor.
- Programas de Vivienda Transitoria, que ayudan a enfrentar la necesidad de las víctimas de contar con un lugar seguro para quedarse y luego de salir de un refugio de emergencia, brinda la posibilidad de conseguir una vivienda asequible mientras logra medios para hacerlo por sí sola.
- Programa de Prevención dirigido a la Juventud, apoya los esfuerzos para prevenir la violencia antes de que empiece, a través de servicios especializados focalizado en los niños, adolescentes y jóvenes adultos.
- Programa de Servicios para Víctimas Rurales, que provee financiamiento a programas dedicados a atender las necesidades específicas de personas de sectores rurales.
- Programa para personas de pueblos originarias y aquellas que no tienen acceso a servicios, que apoya el objetivo general de terminar la violencia doméstica y sexual, asegurando que esas comunidades se beneficien de los recursos de VAWA.

- Programa para Reducir la Violencia Sexual, Doméstica, la Violencia en el Pololeo o violencia de citas y Acoso en los Establecimientos de Educación Superior.
- Programa para Comprometer a los Hombres y a los Jóvenes en la Prevención de la Violencia Doméstica y Sexual, que financia iniciativas de prevención dirigidas a involucrar a los hombres y a los jóvenes en el desarrollo de relaciones de pareja de mutuo respeto y libres de violencia¹¹.

Entonces, la ley asigna financiamiento a través de fondos o subsidios para todos los niveles territoriales: estados y gobiernos locales, comunidades de pueblos originarios o tribales y para los distintos sectores: educación, justicia, salud, pero también a otros cuerpos intermedios o comunidad organizada, tales como universidades, organizaciones sin fines de lucro, ONG's. etc. Estos fondos se otorgan, como se ha visto, para una diversidad de servicios a las víctimas, programas de prevención, entrenamiento, investigación, propiciando una respuesta coordinada específica de cada comunidad al problema, según sus necesidades. Esta es una estrategia que parece funcionar con eficiencia, ya que a través de la provisión de fondos uniformes para el desarrollo de determinados programas, logra no sólo incentivar la prestación de dichos servicios, sino también difundir y uniformar modalidades de trabajo, enfoques y estándares mínimos, combinando con programas de subsidios que dejan al mismo tiempo un margen de libertad para que cada comunidad, a través de sus distintos actores, postulen proyectos específicos de acuerdo a sus particularidades y necesidades.

El financiamiento que provee la ley federal es la pieza fundamental de la política desarrollada, ya que otorga a los estados y a los sectores herramientas concretas para el cumplimiento de determinadas tareas, convirtiéndolos, por tanto, en aliados de la política implementada, ya que no se limita a exigirle conductas y resultados sino que los provee de recursos para hacer su trabajo y lograr los objetivos buscados. Lo anterior es muy interesante ya que en muchos casos los cargos de fiscales, jueces y jefes de policías son de elección popular, por tanto, el financiamiento para intervenir adecuadamente en estos temas produce una alianza sinérgica, de mutuo beneficio de cara a la comunidad.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe destacar que la ley federal no es la única fuente de financiamiento para la intervención en la temática, también existen otros fondos federales, que muchas veces se complementan en el financiamiento de los proyectos. Asimismo, los estados aportan financiamiento a través de diversas fórmulas, una de ellas, que se repite en algunos estados, es la que consiste en destinar por ley parte de la recaudación por concepto de licencias de matrimonio al financiamiento de los programas de violencia doméstica. Otra fuente importante de financiamiento de programas de ONG's y fundaciones

¹¹ Office on Violence Against Women, US. Department of Justice. Grant Programs to End Violence Against Women. Enero de 2011.

son las donaciones de empresas y particulares y de la comunidad a través de campañas y eventos de recaudación. Igualmente destacable resulta la extensión del aporte de trabajo voluntario de la ciudadanía en estos y otros temas, que parece obedecer a una valoración social de este tipo de trabajo, dada su extensión y también su grado de institucionalización.

3.2 La oficina encargada de la violencia contra la mujer

En el año 2002, se dictó una ley que estableció en forma permanente la Oficina de la Violencia contra la Mujer, como parte del Departamento de Justicia del aparato federal norteamericano, sin perjuicio que desde 1999 existía con otro nombre. Su misión es proveer liderazgo federal para la reducción de la violencia contra la mujer, para la administración de justicia y el fortalecimiento de los servicios para todas las víctimas de violencia doméstica, agresión sexual y acoso. A dicho propósito brinda asistencia financiera y técnica a la comunidad a lo largo del país para facilitar la creación de programas, políticas y prácticas destinadas a reducir y eliminar la violencia contra la mujer.

La selección de los programas, la administración y distribución de los fondos, el control de su correcta utilización, la supervisión técnica de los programas, su evaluación, la coordinación de los subsidios con otros otorgados por el Estado, implica enormes tareas y desafíos, de cuyo logro depende la eficacia de toda la política implementada a través del Acta. Estas funciones las cumple la Oficina de la Violencia contra la Mujer, organismo especialmente creado para implementar el Acta de Violencia contra la Mujer y la legislación subsecuente.

3.3 El insustituible papel de la sociedad civil organizada

Uno de los aspectos que más llamó nuestra atención en la pasantía es el preponderante y activo rol que parece tener la sociedad civil organizada, a través de ONG's, corporaciones sin fines de lucro, coaliciones estatales y nacionales, tanto en la génesis como en la evolución y fortalecimiento de las políticas gubernamentales para atacar el fenómeno de la violencia de género.

La mayoría de los programas que visitamos eran desarrollados por este tipo de organizaciones. Todas ellas juegan un importante rol, no sólo en la prestación de servicios a las víctimas, sino también un papel de activismo social y de trabajo de prevención comunitario. Algunas de ellas dedican sus esfuerzos a visibilizar el problema, a crear conciencia social sobre el mismo y a generar presión hacia sus representantes políticos y autoridades electas para que adopten medidas y acciones al respecto.

Estas entidades cumplen un rol de visibilización de la magnitud del problema, de observatorio de las políticas implementadas y de denuncia de los vacíos del sistema. También operan como aglutinantes de los agentes expertos en el tema, levantando diagnósticos sobre las necesidades y propuestas

específicas para llenarlas. Su aporte e interacción con las agencias gubernamentales producen una alianza y sinergia capaz de impulsar el avance de las políticas estatales respecto del problema.

Por tanto, la participación de la sociedad civil organizada es también un elemento clave en la sustentabilidad y calidad de la política pública desarrollada, convirtiéndose en pieza complementaria y en aliada fundamental del aparato estatal en el logro de los objetivos de la política contra la violencia de género. Un ejemplo ilustrativo de lo dicho: El Acta de Violencia contra la Mujer debe ser reautorizada cada cinco años, oportunidad en que se discuten los fondos que se asignarán, los programas de subsidios que serán nuevamente aprobados, la creación de nuevos programas y regulaciones jurídicas necesarias, a cuyo efecto se requiere el apoyo de los congresistas, lo cual implica una gran campaña de difusión y lobby, que es articulada precisamente por estas organizaciones.

De lo dicho se desprende que el aporte gubernamental al financiamiento de la actividad de organizaciones de la sociedad civil cumple un rol estratégico e imprescindible en el avance de la intervención del estado en la problemática, dotándola de legitimidad y visibilizándola como una prioridad social y por ende política.

En Chile las organizaciones no gubernamentales y sin fines de lucro han jugado un rol relevante en poner el tema en la agenda pública, pero lamentablemente no tienen la extensión y el vigor que sería necesario y deseable para dar real impulso y prioridad a los temas que nos ocupan.

4. Los programas, sus objetivos y lineamientos

Mas allá de los grandes engranajes de la política articulada, quisiera destacar algunas líneas de acción y programas que se han desarrollado a través de ella, por considerarlos particularmente significativos por su enfoque innovador y/o sus resultados e incidencia en el problema, ya que pueden ser útiles a la hora de pensar en nuestra realidad.

4.1 La promoción de una respuesta coordinada de la comunidad y programas centrados en las necesidades de las víctimas

Como ya se ha dicho, a través del sistema de financiamiento anteriormente descrito se promueve, como una estrategia esencial frente a los delitos de violencia doméstica, sexual y acoso, una **respuesta coordinada de la comunidad**, es decir, se incentiva que cada jurisdicción convoque y agrupe a una amplia gama de actores de diversos sectores y experiencias para compartir información y usar sus distintos roles para mejorar la respuesta de la comunidad frente a la violencia contra la mujer. Se pretende que los programas se conviertan

en instancias de comunicación, coordinación y cooperación para afrontar el problema, por tanto, los subsidios incentivan que los programas convoquen a los operadores del sistema de justicia, a los prestadores de servicios de apoyo, a las organizaciones comunitarias, a los profesionales de salud y a las propias víctimas o sobrevivientes¹².

La concreción de este concepto lo pudimos observar en la mayoría de los programas visitados, en que había comunicación, trabajo conjunto o al menos coordinado entre los policías, fiscales y jueces especializados en violencia doméstica, refugios y servicios de atención a las víctimas, programas de prevención comunitarios y de intervención con agresores, que forman un sistema de intervención en la problemática a nivel local.

En una gran mayoría de los programas visitados los expertos realzaron la importancia de incluir a las propias víctimas o sobrevivientes en el diseño de estas respuestas comunitarias, con el fin de desarrollar programas **centrados en las necesidades de las víctimas.** Este simple concepto revela el intento de una política respetuosa de la persona y de su autonomía, a la vez que redunda en políticas con mayores posibilidades de eficacia, que aquellas diseñadas desde suposiciones sobre las necesidades de sus beneficiarios. Parece interesante reflexionar sobre este punto y buscar formas adecuadas de implementarlo. En varios de los programas que visitamos, por ejemplo, encontramos ex víctimas de violencia doméstica, sobrevivientes, actualmente dedicadas a desarrollar programas de asesoría, acompañamiento y apoyo a las víctimas.

4.2 Una red amplia de servicios para las víctimas

El acierto de los norteamericanos en la materia radica en entender que si bien se requiere una respuesta eficaz por parte del sistema de justicia, en buena medida esa eficacia depende de la existencia de una red de servicios dirigidos a la víctima y de programas para el infractor, que apoyen, complementen y fortalezcan esa respuesta. El sistema de justicia es sólo una parte de la respuesta y para que opere bien, requiere esta red de servicios, que es también indispensable, puesto que en muchas ocasiones las víctimas no están dispuestas a recurrir a la justicia, sin perjuicio de lo cual requieren atención de salud, refugio, cuidado de para sus hijos menores, asesoría legal sobre sus derechos de familia, apoyo para lograr autonomía, etc.

Este aspecto es uno de los puntos más débiles de la política pública en Chile. A pesar de los importantes avances que se han realizado con programas específicos del sector salud, la creación de Casas de Acogida y Centros de la Mujer, por el Servicio Nacional de la Mujer, como también de iniciativas para la atención de víctimas de delitos violentos por parte del Ministerio del interior,

¹² Office on Violence Against Women. Lessons Learned from Implementation of the Violence Against Women Act. Ob. cit., p. 2.

entre otras, aún enfrentamos déficit de cobertura y poca diversidad de servicios especializados para atender las necesidades particulares de las víctimas de violencia doméstica y sexual y sus familias. Esta realidad debilita la intervención del sistema de justicia civil y criminal, que incluso si es adecuada y oportuna, muchas veces no es capaz por sí sola de producir un cambio en la situación de violencia, quedando incompleta y provocando un peregrinar permanente de las víctimas a policías y tribunales, entre otras cosas, por falta de apoyo y herramientas que le ayuden a terminar con la situación de violencia, lo que conlleva un alto costo no sólo para los afectados sino también para el Estado.

En EE.UU. se ha implementado una amplia gama de servicios especializados para las víctimas, que en general se concentran en programas estatales o locales brindados por instituciones públicas de los condados o ciudades o bien por organismos sin fines de lucro o ONG's dedicados al tema y que se complementan con otros generales, como el cuidado de niños, atención de salud, etc. Entre los servicios especializados ofrecidos se encuentran las líneas telefónicas de emergencia, dedicadas a violencia doméstica, violencia sexual, atención reparatoria, asesoría legal y acompañamiento, capacitación financiera y programas para incentivar la autonomía económica, refugios de emergencia y vivienda transitoria. Las instituciones que ofrecen dichos servicios y las formas en que se organizan difieren para cada condado o comunidad, pero según observamos siguen un lineamiento bastante uniforme. A continuación destacaremos algunos de los servicios antes referidos.

Líneas telefónicas 24 horas al día

Entre los servicios para las víctimas se encuentran las líneas telefónicas que funcionan 24 horas al día, denominadas "hotlines", que atienden llamados de emergencia, dan información y orientación de autoprotección a las víctimas y las conectan con los recursos de la red de servicios. Según el censo nacional del año 2010 sobre las atenciones realizadas en violencia doméstica y sexual (realizado por la Red Nacional para terminar con la Violencia Doméstica, como parte de la campaña para la reautorización de VAWA), en un solo día, el 15 de septiembre de 2010, las líneas telefónicas atendieron un total de 23.522 llamadas, resultando en un promedio de 16 llamadas por minuto¹³.

Refugios de emergencia y vivienda transitoria

Uno de los servicios más importantes son los refugios de emergencia y las viviendas transitorias para víctimas de violencia doméstica y sus hijos. Sin lugar a dudas los refugios son una alternativa para las mujeres que deben dejar sus hogares para proteger sus vidas o iniciar una vida sin violencia. Según

¹³ National Network to end Domestic Violence. Domestic Violence Counts 2010 A 24 –Hour Census of Domestic Violence Shelters and Services. Washington, EE.UU.

el censo antes referido, en un día los refugios y viviendas transitorias dieron albergue a 37.519 víctimas de violencia doméstica¹⁴.

Conocimos dos refugios de emergencia especiales para víctimas de violencia doméstica, uno en Carolina del Norte y otro en Florida. En ambos casos las mujeres y sus hijos ingresan por derivación de las instituciones de la red o llegan espontáneamente. No se les exige una evaluación de riesgo, ni su ingreso se condiciona a que esté expuesta a un riesgo alto, dado que estiman que si una mujer busca refugio es porque lo necesita. El refugio tiene una persona encargada, con entrenamiento especial, las 24 horas del día. Ninguno de los refugios tenía medidas especiales de seguridad, más allá de un sistema de alarma, pese a lo cual los encargados relataron no enfrentar mayores problemas de seguridad. Asimismo, señalaron que frecuentemente las mujeres que estaban en el refugio contaban con órdenes de protección en su favor, y que en caso que el agresor se presentara en el refugio se llamaba a la policía, con quienes mantienen una estrecha coordinación. Otro punto interesante es que los refugios de emergencia reciben a las mujeres sin límite mínimo de días de estadía, por el tiempo que lo necesiten, considerando en cambio, un plazo máximo de permanencia, luego del cual pueden pasar a viviendas transitorias. En ambos refugios las mujeres tenían acceso a atención reparatoria, individual o grupal, asesoría legal y acompañamiento, ya en el propio refugio o fuera de él, los cuales se ponen a disposición de las mujeres pero su uso no es requisito para la permanencia en el refugio.

También resulta interesante que ninguno de los refugios tenía un reglamento interno, reconociendo sólo unas pocas reglas de sana convivencia, por considerar que una mujer que viene huyendo de una relación autoritaria, de poder y control sobre ella, no necesita, ni le sirve en su proceso de reparación vivir nuevamente en un modelo de imposición de reglas rígidas, apuntando más bien a la mayor libertad y respeto de su autonomía. El Proyecto de Missouri para Reducir Reglas en Refugios para Víctimas de Violencia Doméstica, aborda este tema planteando un modelo alternativo¹⁵.

En Chile, existen Casas de Acogida a lo largo del país, financiadas y supervisadas por el Servicio Nacional de la Mujer, las que constituyen un invaluable recurso para la seguridad de las víctimas de violencia doméstica. Su público objetivo son víctimas en situación de riesgo alto, derivadas principalmente por los Tribunales Civiles o el Ministerio Público, lo que si bien apunta correctamente a quienes más lo necesitan, restringe este recurso respecto de mujeres que no están dispuestas a denunciar o bien no califican como riesgo alto,

¹⁴ Ibid.

¹⁵ The Missouri Coalition Against Domestic Violence. How The Earth Didn't Fly into the Sun. Missouri's Project to Reduce Rules in Domestic Violence Shelters. National Resource Center on Domestic Violence, (Octubre 2011) [en línea]. Citado el 24 de abril de 2012. Disponible en: www.vawnet.org/summary.php?doc_id=3077&find_type

pero que podrían requerir del refugio no sólo como protección, sino como un apoyo para salir de una situación de violencia.

En EE.UU. los refugios de emergencia son complementados con programas de vivienda transitoria que les permite a las víctimas de violencia doméstica tener un lugar donde vivir con sus hijos una vez que sale del refugio de emergencia y mientras logran autonomía económica, por un período de hasta dos años. En Chile no existen viviendas transitorias o subsidios para rentar una, lo que plantea importantes desafíos a los refugios, mayores dificultades a las víctimas en el logro de su autonomía y un riesgo de retroceso en su proceso.

• Programas de apoyo a la autonomía financiera

En la misma línea de los refugios y viviendas transitorias de ofrecer a la víctima herramientas para lograr autonomía, se desarrollan programas de educación financiera, de capacitación laboral y apoyo a la búsqueda de empleo, como factor decisivo para quebrar la dependencia económica que muchas veces les impide salir de una relación de violencia. Estos servicios se ofrecen complementariamente por los propios refugios o bien por instituciones externas de la red.

4.3 Entrenamiento para los operadores del sistema de justicia y las policías

Desde el punto de vista del fortalecimiento del sistema de justicia, encontramos como elemento transversal de los programas implementados, un fuerte énfasis en el entrenamiento y capacitación de todos sus operadores: jueces, fiscales y policías. Igual énfasis se encuentra en los programas de prevención respecto de otros actores. El informe sobre la Oficina de Violencia contra la Mujer, releva la importancia de la capacitación, a partir de la experiencia de ese país respecto de la política adoptada por algunos estados que establecieron el arresto obligatorio del infractor para casos de violencia doméstica, lo que produjo como una consecuencia imprevista, un aumento de arresto de las víctimas, como producto de la falta de conocimiento por parte de los oficiales de policía que acudían a los llamados, sobre la naturaleza y características del problema, lo que les llevaba a entender actitudes de autodefensa como violencia cruzada¹⁶. El principal programa de subsidio de fórmula STOP, tiene como factor fundamental de la respuesta coordinada de la comunidad, el entrenamiento de todos sus actores.

La capacitación de policías, jueces y fiscales ha sido muy importante en una positiva evolución de su intervención en el problema en Chile, no obstante constituye un desafío permanente, dada la rotación de personal y la necesidad de capacitar a la mayor cantidad de funcionarios, ante la falta de una política

¹⁶ Office on Violence Against Women. Lessons Learned from Implementation of the Violence Against Women Act, ob. cit., p. 4.

generalizada de unidades o equipos especializados, que permiten focalizar los recursos en dichas unidades que se abocan a los casos de violencia.

4.4 Apoyo para la implementación y efectividad de las órdenes de protección de las víctimas

Cabe destacar que el principal instrumento de protección que ofrece a las víctimas el ordenamiento jurídico en EE.UU., son las órdenes de protección o restricción. Este instrumento tiene cabida tanto en el ámbito civil como penal. Una orden de restricción puede solicitarse en el ámbito civil, sin perjuicio de que se trate de un delito e independientemente de si se persigue criminalmente o no, o bien puede solicitarse en sede penal. Lo anterior es visto como una ventaja por los expertos ya que permite a la víctima obtener protección sin verse obligada a acudir a la justicia criminal, ya que con frecuencia las víctimas no desean perseguir criminalmente al infractor. Otro factor relevante de esta regulación de las órdenes de restricción, es que en sede civil el estándar de prueba es inferior al que se requiere en sede penal para probar el hecho que da origen a la orden de restricción. Mientras en sede civil basta acreditar una causa probable o razonable, en sede criminal debe acreditarse más allá de una duda razonable.

Las órdenes de restricción son reguladas por leyes estatales y por tanto difieren en cuanto a los requisitos de procedencia, como también respecto de los procedimientos para solicitarlas, pero sus lineamientos esenciales con comunes. Las órdenes de restricción, en general, pueden solicitarse en contexto de relaciones de pareja y ex pareja, incluyendo noviazgo y pololeo, o citas, en relaciones entre personas de igual y de distinto sexo y respecto de personas con vínculos de familia, frente a cualquier acto de violencia que cause daño o que intente causar daño, actos de hostigamiento, acoso, intimidación o amenaza, lo que se ha interpretado de forma amplia, incluyendo actos de abuso físico, emocional o que atentan o interfieran con la libertad personal de la víctima, como también daño a objetos de su propiedad, tales como destrozo de muebles, herir o matar una mascota, impedirle a la víctima entrar o salir de su hogar, tirar el cable del teléfono o destrozarlo para impedir que llame a la policía, entre otros ejemplos.

Las órdenes de protección pueden disponer en forma amplia las medidas o remedios necesarios para detener la violencia y proteger a la víctima, a sus hijos o familia. Puede consistir en la simple prohibición de continuar con la conducta de hostigamiento, acoso, abuso o intimidación (no further abuse clauses). También puede imponer la restricción de mantenerse alejado de la víctima (stay away provisions), estableciendo específicamente los lugares de los que se debe mantener alejado, domicilio, lugar de trabajo, guardería, colegios, iglesia, etc. e incluso la distancia que debe respetar. Si el lugar de residencia de la víctima es desconocido para el infractor, se procura mantenerlo

en reserva, designando genéricamente la restricción. La orden de protección puede prohibir cualquier tipo de contacto o comunicación con la víctima u otras personas relacionadas con ella, como sus hijos, su empleador, etc. Una orden de protección puede extenderse a la regulación provisoria de visitas de los hijos comunes, ordenar la salida del agresor del hogar común, establecer los derechos de uso de objetos de propiedad personal, resolver sobre disputas de derechos sobre determinados bienes, prohibir la venta, disposición o daño de ciertos bienes, prohibir el uso de armas e incautarlas, ordenar que el agresor se someta a tratamientos, resolver temas de custodia, visitas y alimentos de los hijos comunes, ordenar el pago de gastos médicos y costos de litigio, entre las medidas más relevantes¹⁷.

Las solicitudes de órdenes de protección son conocidas en audiencia, previa notificación del infractor, aunque en casos de emergencia pueden decretarse sin ella, por un tiempo limitado, siendo luego revisada por el juez en audiencia. La prueba si es necesaria, es decir, si la solicitud de protección no es aceptada por la parte contra la que se pide, se rinde en la misma audiencia pública. En las audiencias que presenciamos en las Cortes de Distrito de Maryland y Florida, los casos fueron resueltos en la misma audiencia, con notable expedición.

No hay un sistema de control del cumplimiento de la orden. El sistema descansa en el reporte de la víctima en caso de incumplimiento de la misma, que constituye el delito de desacato, igual que en Chile. No obstante, en EE.UU. la orden pesa sobre el infractor, se impone al imputado y su cumplimiento o incumplimiento es de su exclusiva responsabilidad, independientemente de la conducta de la víctima. De modo que no existe reticencia o dudas de parte de los jueces para sancionar el desacato cuando la víctima participa del incumplimiento y tampoco cabe la posibilidad de que ella incurra en dicho delito, según nos explicó una fiscal especializada.

Como se dijo anteriormente, la política implementada a través de VAWA tuvo por objeto mejorar la respuesta del sistema de justicia frente a la violencia contra la mujer, con el fin de eliminar cualquier conducta tendiente a condonar o justificar dicha violencia, de modo que a través de los subsidios se enfatizó fuertemente el entrenamiento a jueces, policías y fiscales, logrando cambios en su concepción del problema y del rol de la justicia en la protección de las víctimas y la prevención de nuevas agresiones. Para fortalecer la eficacia de las ordenes de protección en todo el país, cualquiera haya sido el Estado en que se decretó, el Consejo de Jueces de Cortes Juveniles y de Familia elaboró una guía para la efectiva emisión y cumplimiento de las órdenes de protección y se financió el "Proyecto Pasaporte", del Centro Nacional de Cortes Estatales

¹⁷ Klein C & Orloff L. Providing Legal Protection for Battered Women: An analysis of State Statutes and Case Law. Hofstra Law Review, School of Law. Vol. 21 N°4, Hofstra University, 1993.

para incentivar la uniformidad de las órdenes de manera de facilitar su eficacia en los diversos estados¹⁸.

En Chile nuestro sistema de justicia todavía tiene camino que recorrer en orden a incrementar y mejorar las medidas cautelares, explorando toda la gama de posibilidades que el ordenamiento le franquea. Lo mismo puede decirse respecto de la respuesta del sistema ante el incumplimiento de dichas medidas por parte del imputado, con el fin de evitar un espacio de impunidad que puede resultar a la larga en mayor indefensión de la víctima y en mayores posibilidades de reiteración del abuso.

4.5 Equipos especializados de fiscales, policías y jueces

Parte fundamental del mejoramiento de la respuesta del sistema de justicia es atribuida a la creación de equipos especializados en violencia domestica y sexual, en la Policía y la Fiscalía, como también de jueces o tribunales especializados en la materia, tanto en el ámbito civil como penal. Se trata de equipos con entrenamiento específico en la materia y dedicados a desarrollar procedimientos especiales de trabajo que incluyen una respuesta coordinada con el resto de las instituciones que prestan servicios a víctimas.

En efecto, según la Oficina de Violencia contra la Mujer, investigaciones en EE.UU. muestran que las unidades especializadas pueden mejorar significativamente la respuesta del sistema de justicia criminal, ya que no sólo incrementan la confianza de la víctima y su cooperación con el proceso, sino también mejoran la recolección de evidencia, incrementando los rangos de persecución y condena de los ofensores¹⁹.

Igualmente, se señala que han evaluado que las unidades especializadas en la Fiscalía son especialmente valiosas en promover una persecución penal efectiva a través de la implementación de programas especiales que consideran una tramitación rápida, reduciendo el período de mayor vulnerabilidad de la víctima, un mayor contacto con la víctima antes del juicio, una gestión más amigable que la involucre en la persecución lo estrictamente necesario, entre otras medidas²⁰.

Asimismo, reportan que según diversos estudios, los tribunales especializados se relacionan con la disminución de nuevos abusos y de la reincidencia

¹⁸ Office on Violence Against Women. Lessons Learned from Implementation of the Violence Against Women Act. Ob. cit., p. 6.

¹⁹ Friday, P.; Lord. V.B.; Exum, M.L.; & Hartman, J.L., 2006. Evaluating the Impact of a Specialized Domestic Violence Police Unit, (N°NCJRS 215916). Washington, DC: US Department of Justice. Citado en Office on Violence Against Women. Lessons Learned from Implementation of the Violence Against Women Act. Ob. cit. p. 6.

²⁰ Harrel, Castro, Newmark y Visher, 2008. Citado en Office on Violence Against Women. Lessons Learned from Implementation of the Violence Against Women Act. Ob. cit., p. 6.

en general, a la vez que con un incremento de las condenas y una baja en la desestimación. Igualmente, demuestran mayor acatamiento por parte de los imputados de las condiciones judiciales impuestas y mayor severidad de las penas por su incumplimiento²¹.

En Chile existen unidades especializadas en la Policía de Investigaciones y en Carabineros, pero su cobertura operativa es restringida, mientras que la Fiscalía tiene fiscales especializados abocados exclusiva o preferentemente al tema, tanto en violencia intrafamiliar como en delitos sexuales. Tribunales, jueces o salas especializadas en materia penal no hay, hasta donde conozco.

4.6 Política de no desestimación de casos por parte de las Fiscalías (no-drop policies)

Un tema generalmente relacionado con la creación de unidades especializadas en las fiscalías, aunque diverso, es la implementación de una política de no desestimación de casos de violencia doméstica, que en verdad consiste en intentar disminuirla al máximo posible mediante el desarrollo de acciones para recolectar evidencia diversa de la declaración y participación de la víctima en el proceso. Frente al conocido fenómeno de retractación de la parte ofendida, producto del ciclo de la violencia o de la intimidación a la que puede verse expuesta ella o su familia, las Fiscalías comenzaron a desarrollar estas políticas como forma de relevar a la víctima de la pesada carga de decidir sostener con su cooperación la persecución penal en contra de su agresor, exponiéndose con ello a afrontar presiones y represalias del imputado para obtener su desistimiento, prácticas que a menudo daban el resultado buscado. La política de no desestimación implica independizar, en la práctica, la decisión de persecución, de la decisión de cooperación de la víctima, situando la responsabilidad de recoger la evidencia y de perseguir en base a ella, en los órganos de investigación y persecución. Es frecuente que las unidades especiales de las fiscalías, al implementar procesos de trabajo de mayor cercanía con las víctimas y coordinación con servicios de apoyo, cuenten con mayor adhesión de las mismas, pero en los casos que no se da, es decisivo para la persecución eficaz contar con más evidencia que impida su desestimación. La evaluación de estas políticas en EE.UU. sugiere, que si bien su implementación es costosa, ha resultado efectiva²².

²¹ Harrell, et al, 2006. Newmark et al, 2001. Citados en Office on Violence Against Women. Lessons Learned from Implementation of the Violence Against Women Act. Ob. cit., p. 6.

²² Smith, B. Davis, R. Nickles, I. & Davis, H. (2001). An Evaluation of Efforts to Implement no-drop Policies: Two Central values in conflict, final report (N°CJRS 187772) [en línea]. Washington, DC: US. Department of Justice. Citado el 29 de abril de 2012. Disponible en: www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/187772.pdf

4.7 Programas para personas que ejercen violencia

Una pieza importante de la respuesta del sistema de justicia en EE.UU. son los programas para agresores. Muchos de los expertos, sino todos, enfatizaron que los agresores, salvo excepciones, no padecen enfermedades mentales o problemas psiquiátricos, y que ejercen violencia selectiva, con sus parejas e hijos, como una forma de ejercer control y poder, una conducta aprendida que despliegan porque pueden hacerlo. De ahí la necesidad del sistema de intervenir con una respuesta consistente, que incluye asegurarse que los agresores asuman la responsabilidad de su conducta, considerando brindarles la oportunidad de un proceso de reaprendizaje. Estos programas siguen el Modelo Duluth y parecen cumplir un rol adecuado para los muchos casos de víctimas que desean terminar con la violencia pero no su relación con el agresor. En su gran mayoría los programas se dan en el marco de una orden judicial, del ámbito civil o penal, de modo que el programa informa al juez sobre su cumplimiento. El programa es siempre pagado por el imputado, como una forma de responsabilizarse de su conducta, en casos de dificultad económica paga según su posibilidad. El programa dura 26 semanas con sesiones grupales de dos horas una vez a la semana, en que se abordan diferentes temáticas a través de módulos. Los grupos siempre están a cargo de una pareja de monitores, un hombre y una mujer que sirven de modelo de relaciones saludables y respetuosas. En los casos en que la violencia coexiste con dependencia de drogas y/o alcoholismo, se prioriza un tratamiento de rehabilitación antes de iniciar el programa.

En relación a la efectividad del programa, los encargados estimaron que entre un 35 y un 40% de quienes terminan el programa no reinciden, aunque no había seguimiento de los casos. Por su parte, las evaluaciones de estos programas arrojan resultados a veces contradictorios. No obstante, un estudio de evaluación de varios programas en 4 ciudades diferentes, durante 4 años, indica que algunos programas son efectivos en detener el abuso, que los resultados son sustancialmente mejores respecto de aquellos que terminan el programa respecto de los que no lo hacen. Igualmente, concluye que la efectividad del programa depende en gran medida de la forma en que se establece la intervención y del sistema de intervención del que forma parte²³. En Chile se han implementado programas para agresores, pero salvo excepciones, no se desarrollan en el marco de un proceso judicial. Su implementación es incipiente por lo que sería prematuro esperar una evaluación de resultados.

²³ Gondolf, E. Evaluating Batterer Counseling Programs: A difficult task showing some effects and implications [en línea]. 2004. Citado el 30 de Abril de 2012. Disponible en: www.endvawnow.org/es/.../229-maltratadores-golpeadores.html

4.8 Revisión de casos letales

Según estadísticas oficiales, en EE.UU. el 45% de los homicidios de mujeres, fueron cometidos por un compañero íntimo. Con el fin de revertir esta cifra se han desarrollado dos iniciativas. La primera de ellas busca la detección de casos en que existe un alto riesgo de letalidad, a través de la identificación de factores de riesgo comunes a estos casos, los que han sido identificados a través de un estudio desarrollado en 11 ciudades de EE.UU., comparando los factores de riesgo presente en ellos, con aquellos presentes en un grupo de control. La iniciativa consiste en la amplia aplicación de un instrumento de evaluación de riesgo de letalidad y de una intervención especializada en el evento que se identifique un agresor de alto riesgo. La segunda iniciativa es la creación de comisiones de revisión de casos letales, en que los diversos actores involucrados en el trabajo de violencia doméstica en una localidad, se organizan para reunir y analizar toda la información existente sobre estos casos, con el fin de identificar factores de riesgo comunes, vacíos en el sistema y formular propuestas para solucionarlos, todo lo cual sintetizan en un informe anual que se presenta a las autoridades. Estas comisiones se han formado a lo largo de todo el país, generando importantes propuestas²⁴.

4.9 Programas de sensibilización y prevención

No podría abordar la gran cantidad de iniciativas que conocimos en el ámbito de la prevención, pero tampoco puedo dejar de mencionar las campañas de sensibilización y difusión social, a través de diverso y valioso material informativo, afiches, dípticos y actividades comunitarias, tales como marchas, charlas educativas en colegios, iglesias y diversas organizaciones, la instauración de un mes de sensibilización sobre cada tipo de violencia contra la mujer, entre muchas otras.

Lo más novedoso en este ámbito es la focalización en el público objetivo de jóvenes adolescentes, a través de la Campaña para Prevenir la Violencia en el Pololeo o Citas, denominado "That's not Cool" con una página web interactiva especialmente diseñada para el grupo etario, que les permite realizar consultas sobre el tema, campaña de medios de difusión, afiches, actividades en los colegios, etc. La campaña pretende educar a los jóvenes a reconocer conductas de control y violencia y a poner los límites, que les permita desarrollar relaciones sanas. Igual mención merecen las campañas para involucrar a los hombres como aliados en la lucha contra la violencia doméstica y sexual, con mensajes especialmente dirigidos a ellos, difundiendo modelos de relaciones sanas e igualitarias entre hombres y mujeres.

²⁴ Office on Violence Against Women. Oversight of the Office on Violence Against Women. Ob. cit., p. 16.

5. El impacto de la política implementada en EE.UU.

Parece indispensable, a modo de aliciente para todos quienes trabajamos en este tema, relevar los resultados que la Oficina de la Violencia contra la Mujer del Departamento de Justicia, avalado por la Red Nacional para terminar la Violencia Doméstica de EE.UU., exhiben luego de 17 años de esfuerzos de una política sostenida para la intervención y prevención del problema. Así, señalan que ha habido un cambio de paradigma en la forma como se aborda la violencia doméstica y sexual en el país, afectando positivamente la vida de innumerables personas. Mencionan una mejoría significativa en el sistema de justicia, tanto civil como criminal, en la intervención del problema, afirmación que apoyan en estadísticas impactantes, que muestran que el problema, aunque es complejo, multicausal, con un componente cultural fuertemente arraigado en valores y creencias, puede mejorar.

En efecto, señalan de acuerdo a datos del reporte de crímenes del FBI, entre 1993 y 2010, que el número de individuos asesinados por una pareja íntima disminuyó en un 30% para las mujeres y 66% para los hombres²⁵. La incidencia anual de homicidios en contexto de pareja o femicidios íntimos cayó en un 67% durante el mismo período, de acuerdo al informe de victimización criminal de 2010, del boletín estadístico del Departamento de Justicia del mismo año. Además, no sólo menos personas están siendo víctimas de estos delitos, sino que cuando lo son, se sienten más seguras denunciado el delito a la policía, lo que se manifiesta en el incremento de la denuncia de este tipo de delitos, en un 51% para las mujeres y en un 37 % para los hombres, desde 1994, revirtiendo el fenómeno de la sub-denuncia propio de este tipo de delitos. Por último, destacan que VAWA ha evitado una sustantiva cantidad de costos sociales, estimados en 12.6 billones de dólares durante sus primeros 6 años de implementación²⁶.

6. Conclusiones

La pasantía diseñada para conocer la forma de abordar el problema de la violencia contra la mujer en los EE.UU., nos permitió apreciar en terreno y de parte de sus diversos actores, las políticas y programas desarrollados, como asimismo obtener una visión general de su articulación, objetivos, enfoques y operatividad.

Lo primero que se aprecia es que hay un grado significativo de conciencia social y de prioridad política del problema, que se entiende como un problema público con graves consecuencias y costos individuales y sociales, que requiere ser abordado por el Estado. La respuesta se da a través de la dictación de

²⁵ Office on Violence Against Women. Oversight of the Office on Violence Against Women. Ob. cit., p. 4.

²⁶ Ibid.

una ley federal, VAWA, que regula específicamente el tema y cuyo objetivo declarado es fortalecer el mensaje de que la violencia contra la mujeres no es tolerable en la sociedad norteamericana, a cuyo efecto se propone mejorar la respuesta del sistema de justicia criminal frente a estos delitos y crear una red de servicios para la atención y protección de las víctimas, asignando importantes recursos que se distribuyen a los Estados, a los diversos sectores y organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el tema, a través de programas de subsidios, generándose además la institucionalidad necesaria para su implementación. Cabe señalar el relevante papel que le cabe a la sociedad civil organizada en el desarrollo y sustentabilidad de la política para abordar el problema a través de su rol de visibilización del problema y lobby al nivel político.

La articulación de la política parece efectiva, en tanto, mediante la asignación de fondos federales a todos los Estados, asegura el desarrollo de intervenciones homogéneas y estándares para todo el país, mientras que a través de fondos discrecionales permite la generación de respuestas comunitarias de acuerdo necesidades particulares, abriendo un espacio para probar diferentes experiencias y luego difundir las que resultan más exitosas.

La aproximación al problema es integral y afín a la naturaleza y origen del mismo. Así resulta destacable que aborde la necesidad de un cambio cultural a través de programas de prevención y de extensos programas de entrenamiento de policías, fiscales, jueces, funcionarios de salud, prestadores de servicios a las víctimas, y promueva como estrategia básica de abordaje una respuesta conjunta y coordinada de la comunidad. Otro acierto es la promoción de una amplia gama de servicios para las víctimas, centrados en sus necesidades, no sólo para su sanación y reparación, sino como complemento indispensable para una respuesta efectiva del sistema de justicia.

La violencia contra la mujer, como todo problema complejo requiere para avanzar en su solución y para que se produzcan resultados observables, una fuerte voluntad política, traducida en un esfuerzo serio y sistemático, que implique la movilización de recursos y utilización de los medios e instrumentos que franquea una sociedad democrática, en pos de tal objetivo. Diecisiete años es un breve lapso para producir cambios culturales, pero la política implementada en EE.UU. puede exhibir importantes logros, lo que indica que el diseño de una política consistente, que se haga cargo de las complejidades del fenómeno, funciona, es capaz de ir minando la tolerancia cultural, activa o pasiva, con la violencia doméstica.

A pesar de los importantes avances que se ha producido en nuestro país en los últimos 15 años, hay varios elementos de la experiencia norteamericana que sería útil analizar en nuestra realidad sobre la violencia intrafamiliar, más allá de las diferencias entre ambos países. Particularmente considero relevante reflexionar sobre algunos aspectos estructurales en el abordaje de la proble-

mática, tal como, si realmente se ha asignado la prioridad social y política que corresponde al problema, íntimamente relacionado con los recursos destinados para abordarlo, como asimismo sobre el rol de la sociedad civil organizada y su impacto en el desarrollo de las políticas sobre el problema. En un ámbito más operativo, cabe volver a pensar en las formas de seguir fortaleciendo la respuesta del sistema de justicia y de generar una red de servicios para las víctimas, que apoye y complemente esa respuesta y que sea capaz de generar un abordaje comunitario coordinado, ámbitos en los que, sin lugar a dudas, existe un largo camino que recorrer.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

LÍMITES A LA DELEGACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES¹. CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN DESDE LA POSICIÓN DE GARANTE. PLANTEAMIENTO DE UN PROBLEMA Y ESBOZO PARA UNA INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA

Roberto Morales Peña²

El presente trabajo pretende analizar la posibilidad de establecer límites a la delegación en los directorios o consejos de administración de las empresas y de ser así, si dicha delimitación puede ser establecida desde la posición de garante. Para tal efecto se hará mención a algunos casos judiciales de tribunales españoles que resuelven de distinta forma la participación de delegantes o delegados en el delito de administración desleal y se los tendrá presente durante el desarrollo del trabajo pues permiten ilustrar la complejidad del tema tratado.

Por otra parte, se intentará formular una pregunta relativa a la validez de analizar la delegación desde la posición de garante y como ella junto al riesgo no permitido permiten configurar pautas objetivas para su delimitación.

1. Casos de interés

Se mencionarán sólo aquellos aspectos útiles para el análisis del tema de este trabajo. No es la reproducción de las sentencias, sino una mención al hecho delictivo y su vinculación a la delegación, que resulta de interés para ilustrar la situación bajo estudio.

Caso KIO

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha condenado a tres años y cuatro meses de prisión al abogado Juan José Folchi, ex asesor jurídico y mercantil del Grupo KIO, por delitos de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil, por su "comportamiento activo" en la "operación Wardbase", que supuso el desvío de 12 millones de euros de los fondos de KIO a una cuenta propiedad del ex diplomático Manuel Prado y Colón de Carvajal, en 1992.

Por esta operación ya fueron condenados Javier de la Rosa –cinco años y medio de cárcel–, el ex diplomático Manuel Prado y Colón de Carvajal –dos años de cárcel–, y el ex consejero delegado de la compañía Jorge Núñez Lasso

Basado en un trabajo presentado por el autor en el seminario dictado por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, profesor titular de derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, en el programa de Magíster de Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa de la Universidad de Chile e Instituto Ortega-Marañon 2011.

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

de la Vega –cuatro años y medio de prisión–. La acusación particular, representada por el Grupo Torras, recurrió en casación la absolución por parte de la Audiencia Nacional de Folchi y de los ex apoderados del Grupo Miguel Soler y José María Sot de los delitos de apropiación indebida y falsedad.

El Tribunal Supremo condena a Folchi por su "comportamiento activo" en la "operación Wardbase", ya que además de dar "instrucciones precisas para que el pago de 12 millones de euros se efectuase, siguiendo las indicaciones de De la Rosa", facilitó el "número de la cuenta secreta que, a su vez, le habría sido proporcionado por De la Rosa, con indicación de confidencialidad". Esa cuenta fue el destino final de los 12 millones de euros.

Los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Nacional indicaban que el 25 de mayo de 1993, De la Rosa, junto con los apoderados del Grupo Torras Miguel Soler y José María Sot, firmaron la orden de transferir 2.000 millones de pesetas (12 millones de euros) desde la cuenta del Grupo Torras del banco Somitomo a una cuenta de la misma entidad en Londres. A continuación, Soler firmó la orden de transferirlos a la cuenta de la sociedad instrumental Wardbase en el Royal Bank of Scotland.

Desde la cuenta de Wardbase se transfirieron 1.900 millones de pesetas (11,4 millones de euros) al Banco Sogenal de Ginebra "a la cuenta ADNHIL, sociedad vinculada a Manuel Prado y Colón de Carvajal, que recibió el dinero conforme había pactado con De la Rosa". Sin embargo, la Audiencia Nacional absolvió a Folchi, Sot y Soler de estos pagos, tras juzgarles por orden del Supremo, ya que en un principio no se les enjuició por prescripción de los delitos por los que eran acusados.

El Grupo Torras recurrió en casación y el alto tribunal le ha dado la razón al menos en lo relativo a Juan José Folchi. En su sentencia, el Supremo señala que los argumentos expuestos por la Audiencia Nacional para absolver a Folchi "no se atienen a la lógica y a las reglas de la experiencia".

En este sentido, señala que el propio relato fáctico de la sentencia de la Audiencia indica que la sociedad instrumental Wardbase fue creada en Londres a principios de 1989 para ponerla al servicio del Grupo Torras "siguiendo las instrucciones de Juan José Folchi". Igualmente, indica que el hecho de que Wardbase fuese anterior en cuatro años a la desviación de los 12 millones de euros "resulta irrelevante". Lo esencial, según el Tribunal Supremo, es que Carin Linda Parker, "siguiendo lo indicado" por Folchi, que a su vez recibía instrucciones de De la Rosa, "envió un requerimiento de pago por escrito a Torras Papel S.A. reclamando el pago" de los 12 millones de euros en nombre de Wardbase.

La sentencia añade que cuando Folchi dio las instrucciones para el pago de los 2.000 millones de pesetas a favor de Wardbase –cuyo objeto social era la intermediación inmobiliaria–, era consciente de que dicha sociedad no podía

haber prestado unos servicios en relación con una fábrica de papel y menos aún por tal importe" por lo que las actuaciones tanto de él como de Carin Linda Parker emitiendo facturas falsas fueron "mendaces y no respondían a trabajo alguno".

La Audiencia Nacional consideró, sin embargo, que de las pruebas practicadas no se infería que Folchi, desde cuyo despacho se tramitó la transferencia monetaria, actuara con ánimo ilícito, sino en cumplimiento de las órdenes dadas por De la Rosa, que era el principal ejecutivo de la entidad a la que él asesoraba.

En lo concreto, Wardbase no realizó ningún trabajo a Torras Papel. El grupo Torras finalmente paga y no Torras Papel que se opone a pagar a pesar de los contratos simulados con Wardbase.

Finalmente, fueron condenados el Presidente de Torras Papel quien detentaba una posición de garante y por tanto, tenía la obligación de impedir el ilícito pues sabía que no había motivo para pagar; el embajador es quien recibe el dinero y es condenado como cooperador necesario y un Consejero por comisión por omisión pues teniendo conocimiento de que no se debía pagar no impidió el resultado. Por otra parte, el Director Financiero y su apoderado fueron absueltos en 1ª y 2ª instancia. El tribunal tuvo por probado que ellos firmaron y habilitaron que saliera el dinero pero estimó que no son garantes y no tenían el deber de fiscalizar.

En nuestra opinión, que intentaremos fundamentar en este trabajo, tanto el Director Financiero como su apoderado también debieron ser condenados pues sobre ellos también pendía el deber de garante respecto de los dineros pagados y dado su rol dentro del holding tenían la obligación de tomar las medidas de vigilancia y control acordes al monto de lo pagado, cosa que no hicieron.

Caso BANESTO

Este caso hace referencia a una trama de corrupción empresarial en esta entidad financiera española, que estalló a finales de 1993 y que terminó con la condena judicial de los entonces responsables del banco, con su presidente Mario Conde incluido.

La arista de interés dice relación con la decisión de Banesto de cobrar a todos sus clientes morosos, entre los cuales estaba una sociedad que había solicitado un crédito. El banco, en lugar de accionar en contra de la sociedad, optó por dirigirse en contra de los socios individuales, quienes no se habían constituido ni como avales ni como codeudores solidarios de estas obligaciones sociales. Los socios se querellan por querella calumniosa contra el banco. La Defensa argumentó que el Presidente del banco desconocía el tema, pues como es natural, lo había delegado en el Departamento Jurídico del Banco y en un

abogado externo. Se estimó, que sin perjuicio de ello, y del accionar particular del abogado, subsistía la responsabilidad de los altos directivos del Banco respecto de las decisiones que esta institución adoptó en relación al inicio del cobro a los socios de la empresa. Finalmente, ambos fueron condenados.

Caso MANNESMANN y BSCH

Tanto el caso Mannesmann en Alemania como el caso BSCH en España abordan el ámbito de discrecionalidad del que goza el Consejo de Administración al tratar el tema de las remuneraciones abusivas. Se obliga a los órganos de administración a ser fieles al interés social "entendido como interés de la sociedad" ello sumado al deber de lealtad que prohíbe efectuar actuaciones en perjuicio de la sociedad. Todo ello con la finalidad de evitar e impedir conductas abusivas para con la sociedad y el socio accionista común. Los fallos son diametralmente opuestos pues mientras el Tribunal Supremo alemán revocó el sobreseimiento que había recaído en los acusados presidente del consejo de administración y otros consejeros argumentando que sus bonos de reconocimiento y pensiones de jubilación no se produjeron en interés social entendido éste como el interés de los accionistas, de los grupos de interés y del público en general -no reportaban beneficios para la empresa-, siendo irrelevante el consentimiento accionarial a estos efectos. En sentido contrario el Tribunal Supremo español resuelve, concediendo valor determinante a la aprobación por la Junta General, y haciendo primar un aspecto formal por sobre uno de fondo, que habría sido debatir acerca de la existencia o no de límites a los montos que pudiesen alcanzar los desahucios y las remuneraciones que se pagaron a altos directivos.

2.- Planteamiento del tema y formulación de la pregunta

La empresa moderna suele ser una estructura organizada, basada en principios de división y jerarquía del trabajo, cada día más trasversal y horizontal, inmersa en una globalización de los mercados, con una demanda variable de productos, una competencia férrea entre los distintos oferentes y un sistema financiero complejo, todo lo cual requiere de una gran especialización. En tal escenario, la toma de decisiones se realiza en distintos niveles y la responsabilidad que le cabe a cada uno de los directores, gerentes, administradores, ejecutivos y empleados suele variar entre uno y otro estamento y requerir, por lo tanto, de un análisis particular de parte de la fiscalía y de los tribunales para determinar el ámbito de responsabilidad que le cabe a cada uno de los protagonistas en la cadena de toma de decisiones. En ella, la conducta meramente ejecutiva de un subordinado que produce el hecho ilícito, no suele ser lo más importante, sino que resulta de mayor relevancia, desde una perspectiva de persecución penal, determinar la participación que le ha cabido a aquellos altos ejecutivos, situados jerárquicamente por encima de él y que imparten las órdenes, detentan el control y deciden el rumbo de la empresa. En este

mismo sentido opina Feijoo Sánchez, al señalar que: "lo decisivo no es quien ejecuta 'de propia mano' las acciones, ni tampoco quien tiene mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial, sino que habrá que atenerse a la asignación material de competencias"³. A su vez, Jakobs, afirma al referirse al comportamiento de organización: de esto se deduce que quien no participa en la ejecución del hecho no comete de propia mano un delito, sino que al inducir, aportar medios para la realización del hecho, etc., lleva acabo un comportamiento anterior a dicho hecho⁴. Que creemos también puede generar responsabilidades penales pues vale la pena preguntarse ¿cómo puede imputarse a quien no realiza él mismo todos los actos de ejecución responsabilidad en el resultado? Puede decirse que algo es "propio" no sólo cuando concurre una realización de propia mano sino también cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido. Para que lo injusto sea propio debe estar dentro del rol asignado.

Asimismo, es común que en la moderna empresa se deleguen numerosas funciones y ello es propio de su actual organización. No obstante, deberá estarse atento al abuso de las funciones propias del cargo pues subyace en los directivos y gerentes un deber de lealtad para con la empresa que consiste en no actuar de modo desleal ni extralimitarse en sus funciones ni causar perjuicio a la sociedad. Por otra parte, los negocios implican riesgos y estos deberán estar limitados sólo a los permitidos y respecto del cumplimiento de ellos, habrá que atenerse a lo establecido en contratos y reglamentos.

Debe reconocerse el hecho de que en la empresa moderna se requiere, atendida la complejidad de su organización y la especialización de sus competencias, delegar numerosas funciones por parte del estamento directivo a empleados subalternos, a fin de operar con éxito en el mercado. El problema se suscita cuando un empleado comete un ilícito de orden económico y nuestros tribunales, atendiendo a la responsabilidad personal por el hecho ilícito, lo resuelven condenando al ejecutor material de la conducta descrita en el tipo penal y sólo en algunas escasas ocasiones extienden la responsabilidad a quien ha dado la orden de efectuar el acto ilícito. Las dificultades han sido de tipo doctrinal y probatoria pues obtener prueba convincente que permita la sanción de los altos estamentos de una empresa ha sido siempre difícil. Frente a ello, la doctrina más reciente ha buscado dar solución a este tipo de casos complejos mediante diversos planteamientos: a) como el del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder, creemos eso sí, que ello es más propio de los cuerpos no deliberantes u organizaciones de criminalidad organizada, y no fácilmente aplicable a ilícitos propios de la corrupción o delitos económicos ocurridos en el ámbito de las empresas; b) por otra parte, se ha desarrollado con éxito la figura de la comisión por omisión para ciertas conductas omisivas

³ Feijoo Sánchez, Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial, Revista Indret, 2/2009, p. 38.

⁴ Jakobs, Moderna Dogmática Penal, p. 244.

frente a deberes de garantes de los ejecutivos; y, c) por último, se ha planteado la autoría mediata, como otra forma de atribuir responsabilidad penal a aquellos directivos o administradores que desde la cúpula empresarial imparten órdenes a sus subalternos con el objeto de que estos ejecuten actos ilícitos.

Pero existe una pregunta que cabe formular en una investigación de este tipo y que dice relación con la responsabilidad que le cabe a aquel Director, Administrador o Consejo de Administración que delega parte de las funciones, que no debía delegar en otro administrador u asesor, el cual incurre en una conducta ilícita que pudiese ser una administración desleal, una apropiación indebida o una estafa, por poner algunos ejemplos. Su defensa, probablemente argumentará que el alto ejecutivo carece de responsabilidad, porque actuó sin dolo, o porque no realizó actuación material alguna en relación al hecho ilícito, o porque fue engañado por aquel a quien entregó sus funciones y en quien depositó su confianza; y por último, se afirmará que el delegado actuó en forma independiente y bajo su propia responsabilidad. Concluyéndose, entonces, que no se le puede atribuir responsabilidad alguna a estos altos directivos. Este argumento, es de reiterada utilización en los procesos penales y suele ser muy difícil desvirtuarlo pues normalmente se requerirá acreditar que efectivamente existió alguna orden u instrucción del directivo al subordinado con el objeto de que realizara tal o cual conducta ilícita en beneficio propio o de la empresa. Nosotros, sostendremos en este trabajo, que este no es el único análisis que puede hacerse al respecto y que es posible desarrollar una línea argumentativa basada en las obligaciones propias que pesan en los altos directivos que los hacen responsables por las acciones que realizan sus subordinados cuando las materias, en las cuales se produce el ilícito, son de aquellas que por su importancia requieren una supervigilancia permanente de parte de ellos.

Pregunta a resolver:

Cabe formular entonces la siguiente pregunta, ¿es posible atribuir responsabilidad penal a quien delega facultades que no debió delegar a un tercero subordinado que realiza un hecho ilícito en razón de haber con ello creado un riesgo no permitido para la empresa e incumplido en su deber de garante?

Este es el tema que intentaremos exponer y para lo cual desarrollaremos un esquema de trabajo que pretende explorar la figura de la delegación y sus posibles límites.

3. Consejo de Administración y administración desleal

Realizaremos una breve descripción de lo que debe entenderse por Consejo de Administración y por delito de administración desleal en España y Chile, a efecto de situar la discusión en ese ámbito.

Consejo de Administración

El Consejo de Administración o Directorio es una de las diversas formas que puede adoptar el órgano de administración y de representación de una sociedad mercantil. Se trata de un órgano colegiado, que adopta sus decisiones por mayoría. Los miembros del Consejo son antes que nada administradores, que quedan sometidos por tanto al régimen general propio. Por su carácter colegiado y corporativo, el Consejo es un órgano poco adecuado para atender de forma continua y eficaz a las múltiples cuestiones de la gestión social. Por ello, y a objeto de agilizar la administración ordinaria es frecuente que delegue las actividades normales de la gestión social en alguno o varios de sus miembros. Esta potestad de delegación se presenta como una manifestación de la libertad organizativa del propio Consejo. El consejero o consejeros delegados deben actuar en la órbita de los poderes recibidos por el Consejo, sin rebasar los límites establecidos en el acuerdo de delegación y responden en todo caso de su extralimitación. Si se responde de la extralimitación debe entonces existir un control sobre ellos, y éste debe realizarlo el Directorio.

Al respecto, señala Jakobs, que para la delimitación de responsabilidades en el seno de organizaciones complejas, y dado que el órgano de gobierno responde por organizar el plano común, determinar la responsabilidad en cuanto a la participación en la toma de acuerdos de un Consejo de Administración puede suscitar dificultades. Por ello afirma que "los problemas que se suscitan en este ámbito son fundamentalmente dos: a) La relevancia penal de la intervención activa u omisiva en la adopción del acuerdo; b) Las consecuencias de la externalización del acuerdo. Hay que tener en cuenta de todos modos que en determinados tipos penales lo importante no es la puesta en práctica del acuerdo con posibles consecuencias lesivas, sino la adopción del acuerdo mismo –ocurre así en los delitos societarios—"5.

En tal sentido, se generaría responsabilidad para los directivos desde el momento en que adoptan un acuerdo con fines ilícitos en el seno del Directorio, con independencia de su posterior comisión por parte de un funcionario subalterno ejecutor. En los delitos de corrupción como el cohecho, basta la simple oferta de un beneficio económico realizada a un empleado público con el fin de que realice acciones u omisiones ilícitas, para que se realice la conducta del tipo y genere las responsabilidades penales del caso.

Administración desleal

En palabras de Bacigalupo "se trata de hechos en los que no es el propio sujeto pasivo el que realiza la disposición patrimonial, sino el sujeto activo quien, sin conocimiento del administrado, dispone del patrimonio que le han confiado

⁵ Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1995, pp. 974 y ss, citado en Batista González, María Paz, en Bacigalupo, Derecho Penal Económico, p. 122.

y de esa manera produce el perjuicio del mismo". Los elementos del tipo de la administración desleal del art. 252 del CP coinciden con la alternativa típica de la infidelidad del art. 295 CP: "se requiere en primer lugar que el autor tenga, por decisión del titular del patrimonio o de autoridad competente poder de disponer sobre dinero o sobre activos patrimoniales ajenos. Precisamente este poder es el que determina la posición de administrador. En segundo lugar es necesario que el autor haya obrado infringiendo sus deberes de administrador, sea en forma activa u omisiva, dado que en todo caso, el depositario de poderes de disposición siempre será garante de la integridad del patrimonio ajeno administrado. En tercer lugar, la infracción del deber tiene que haber producido un daño patrimonial".

Este delito recae sobre un patrimonio ajeno, y contempla la infidelidad en el deber de custodiar intereses patrimoniales de terceros y el abuso de los poderes que se han delegado.

Existe un tipo de administración desleal en el artículo 295 CP caracterizado por el abuso de las facultades de disposición que ostenta el órgano societario causando un perjuicio patrimonial. Al respecto, Gómez Jara afirma que: "la administración desleal se estructura sobre la base de una infracción de los deberes de lealtad". En el mismo sentido opina García Cavero, al señalar que "el administrador de la empresa responde por la infracción de un deber especial a él atribuido en virtud de la relación de representación", y de modo similar lo hace Kindhäuser, al afirmar que "se argumenta que la administración desleal implica la vulneración de un deber de salvaguarda patrimonial que, como deber principal (Hauptpflicht), tiene como objeto un cuidado del patrimonio ajeno, caracterizado por la autorresponsabilidad y por la autonomía, en una situación que, desde el punto de vista económico, no sea en absoluto irrelevante".

Por tanto, podemos concluir que quienes desempeñan la labor de administradores no son libres en la toma de decisiones ni en las funciones que desempeñan dentro de la empresa sino que pesan sobre ellos deberes de probidad, de cuidado patrimonial y de vigilancia que limitan y determinan sus deberes y obligaciones.

Respecto del delito de administración desleal, debemos hacer un breve comentario en el sentido de señalar que este ilícito en los términos que lo recoge el artículo 295 y 252 del Código Penal español, no existe en Chile, pues no se

⁶ Bacigalupo Enrique, Derecho Penal Económico, p. 196.

⁷ Bacigalupo Enrique, Derecho Penal Económico, p. 212.

⁸ Gómez Jara, Crisis financiera y retribución de directivos, p. 16.

⁹ García Cavero, Otra vez sobre la responsabilidad del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular, Revista Indret, p. 7.

¹⁰ LPK-Kindhäuser, 1ª ed., 2002 & 266 citado por Gómez-Jara, Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?, p. 238.

dispone de ninguna disposición general de administración desleal, y la única tipificación inequívoca de administración desleal en el Código Penal chileno se encontraría en la figura del artículo 470 N°2, pero como bien afirma Hernández Basualto, que "las propias características del precepto permiten adivinar que su aplicación práctica está muy circunscrita, de suerte que no es una norma que pueda servir como cláusula general de administración desleal en el derecho penal chileno"¹¹. Sin perjuicio de la opinión de Hernández, nosotros consideramos que el artículo 252 español presenta similitud con el artículo 470 N°1 chileno y permitiría capturar la figura típica, aunque no se cuente a la fecha con algún desarrollo doctrinal ni jurisprudencial sobre la materia.

4. Imputación objetiva: posición de garante y riesgo permitido

Tanto la "posición de garante" como la del "riesgo permitido" son los elementos centrales de este análisis en cuanto permiten fijar criterios de responsabilidad en la delegación de facultades directivas y de ejecución. Por otra parte, estimamos que la teoría de la imputación objetiva cuenta con suficientes elementos doctrinarios que utilizaremos para comprobar la robustez de estas dos instituciones frente a la delegación.

De la anterior descripción del Consejo de Administración y del delito de administración desleal pareciera establecerse que los cometidos de los directores nunca son baladíes sino que más bien conllevan una alta responsabilidad en la gestión de la empresa, atendido que forman parte de la cúpula encargada de la toma de decisiones en la sociedad comercial. Sin embargo, no todas las decisiones que ellos adoptan son de la misma gravedad y transcendencia, por lo que deberá diferenciarse entre aquellas esenciales para la marcha del negocio de aquellos actos meramente neutrales, este aspecto lo desarrollamos más adelante al tratar el tema de los límites de la delegación.

Al respecto, Roxin señala que la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados:

- "a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico sólo tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por lo que en su caso se puede imponer la pena de tentativa.
- b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo.

¹¹ Hernández Basualto, La Administración Desleal en el Derecho Penal Chileno, p. 204.

En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo"¹².

Por tanto, estimamos que se genera responsabilidad cuando se supera el riesgo permitido a consecuencia de la delegación de facultades no delegables.

Llamamos la atención de un aspecto que deberemos tener presente al analizar el actuar de los altos ejecutivos que imparten órdenes en las empresas, pues el hecho de instruir a un empleado subalterno la realización de un hecho ilícito puede traer aparejada una investigación de la fiscalía y una posterior condena de los tribunales: respecto del empleado que materialmente ejecutó la conducta del tipo y también del directivo que decidió y ordenó la acción, pero podría además generar responsabilidad penal en la empresa, cuando la comisión del delito¹³ fuese a consecuencia del incumplimiento, por parte de la empresa, de los deberes de dirección y supervisión que ésta debía realizar según establece la reciente ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas ¹⁴.

5. Posición de garante

Consideramos que el directivo o administrador, es garante-responsable frente a la empresa y sus socios del fiel cumplimiento de las funciones a él encargadas y del debido cuidado del patrimonio administrado.

El fundamento de la posición de garante atribuible a los directivos de la empresa, que está detrás de la eventual atribución de responsabilidad penal a los mismos por la no evitación de determinados delitos cometidos por terceros a su cargo, encuentra justificación en distintos planteamientos que pretenden defender esta argumentación. Realizaremos una breve descripción de los más importantes pues consideramos que asentar firmemente esta institución es determinante para atribuir responsabilidad por la creación del riesgo no permitido a quien delega funciones.

¹² Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 364.

¹³ Para generar responsabilidad penal en la empresa en Chile, debe tratarse de un delito de lavado de activos, financiamiento de terrorismo o cohecho a funcionario público nacional o extranjero.

¹⁴ Ley 20.393 RPPJ Chile Art. 3 inc. 1 y 2 "Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior".

Posición de Garante como deber de vigilancia

La posición de garante deriva de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro¹⁵.

i- <u>Por razón del actuar precedente</u>: constituye una opinión ampliamente aceptada que la posición de garante puede resultar de un comportamiento anterior contrario al deber que pone en peligro un bien jurídico. Afirma Roxin, que no es posible asumir una "infracción objetiva del deber" que no implique "lesión del deber de cuidado"¹⁶. Por su parte, Kuhlen al criticar la sentencia del BGH en la sentencia del "spray para el cuero"¹⁷ afirma que "un comportamiento previo contrario al deber no resulta sin más el requisito de un comportamiento previo culpable pues la introducción en el mercado del spray para el cuero sólo podía considerarse contraria al deber si se podía reconocer su peligrosidad en ese momento, cosa que no sucedió en este caso"¹⁸. Con todo, la STS de 23 de abril de 1992 (caso colza)¹⁹ argumenta que el actuar precedente que

- 17 En Alemania, se usó un spray destinado al cuidado y limpieza de zapatos y otros objetos de cuero. En 1980, diversas personas sufrieron trastornos respiratorios, tos, nauseas, fiebres, y en algunos casos edemas pulmonares, tras rosear varios artículos con este spray. A la vista de las primeras reclamaciones, se modificó la composición del producto, pero los daños siguieron produciéndose. Aunque no pudo establecerse cuál fue la sustancia concreta del producto que había causado los daños, el Tribunal resolvió que la causalidad debía entenderse probada siempre que se demostrara una conexión entre el producto y los daños, y pudiera excluirse como causa del daño cualquier otro factor.
 - En este caso además se analizó por parte del Tribunal el comportamiento de cuatro directivos de la empresa productora que decidieron de común acuerdo no retirar el producto y dos filiales encargadas de la comercialización que acataron dicha decisión. El BGH resolvió afirmar la responsabilidad de los citados directivos, quienes debieron responder penalmente por los daños causados. Los miembros del Consejo Directivo fueron condenados en cuatro casos por lesiones en comisión por omisión imprudente y en 38 casos por lesiones peligrosas dolosas (por acción o por omisión).
 - Resulta dable señalar que en este supuesto ni siquiera hubo una hipótesis fundada científicamente sobre cuál de los componentes del spray y bajo qué condiciones pudo causar los daños, pero el tribunal consideró suficientemente demostrado dicha relación con la prueba indiciaria indirecta.
- 18 Citado por Demetrio Crespo en Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión de los Directivos, p. 15.
- 19 Caso del Aceite de Colza del Tribunal Supremo de España (23-4-1992) En 1981 empezaron a aparecer los primeros síntomas de lo que poco después se reveló claramente como un tipo de intoxicación masiva de miles de personas –Síndrome del Aceite Tóxico (SAT)–. Más de 30.000 españoles de los cuales más de un millar de ellos murieron fueron los afectados y esto fue calificado por el Alto Tribunal como una "catástrofe nacional" sin precedentes. Se determinó que la misma habría sido provocada por la ingestión de una partida de aceite de colza, distribuida en 1981, desnaturalizada para su consumo humano. Se condenó a pagar a los trece aceiteros que importaron y vendieron la colza a 540.000 millones de pesetas en concepto de indemnización. Fueron 16 años de litigio ante los tribunales para los más de 30.000 afectados por el síndrome tóxico. Las investi-

¹⁵ En derecho penal económico, Bacigalupo, p. 123.

¹⁶ Citado por Demetrio Crespo en Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión de los Directivos, p. 14.

fundamenta el deber de garantía debe superar, al menos, el nivel de riesgo permitido.

ii- Por razón de comportamiento previo (permitido) que incrementa el riesgo: se extrae la posición de garante del empresario del comportamiento previo, pero sin exigir una infracción del deber, sino que se contenta con que dicho comportamiento "permitido" aumente o cualifique el riesgo. Esta postura es bastante cuestionable porque pareciera ser la extrapolación de una exigencia propia del ámbito administrativo trasladada al ámbito penal atendido que no hay conducta ilícita de parte del inculpado. Sin embargo, en algunos ámbitos de criminalidad organizada dichas posturas resultan útiles pues permiten atribuir responsabilidad a quienes utilizan hábilmente secuencias de actos permitidos para obtener un fin ilícito. Por otra parte Bramunsen ha formulado la tesis según la cual "la posición de garante derivada del deber de vigilancia del productor de mercancías dañinas para la salud le obliga a una retirada de las mismas, con independencia de si los productos se hallan todavía en el ámbito de la empresa, o ya han sido comercializados" 20.

iii- Por razón de la desestabilización de un "foco de peligro preexistente": sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro persistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien —para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado—lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a derecho.

En respaldo de esta fundamentación se mencionan las siguientes sentencias: STS de 4 de septiembre de 1991 que castiga por homicidio imprudente

gaciones concluyeron casi un año después de las primeras muertes y determinaron que el origen fue el aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%, un aceite para uso industrial, que se desvió al consumo humano.

El primer juicio, que se celebró en el auditorio de la Casa de Campo de Madrid, comenzó el 30 de marzo de 1987 y se prolongó hasta junio de 1988, lo que le convirtió en el más largo de la historia. Comparecieron 1.500 testigos y 200 peritos.

El Tribunal Supremo Español emitió su sentencia el 23 de abril de 1992, y se impusieron largas penas privativas de la libertad a los que consideró principales responsables del desastre. Para así decidir, el superior Tribunal aplicó la doctrina desarrollada por el Tribunal Federal Alemán en el caso Contergan, y consideró probada la correlación existente entre los antecedentes de la ingestión y las consecuencias de la muerte o las lesiones. En efecto, consideró que para la determinación de una ley causal natural al menos en el sentido del Derecho Penal, no es necesario que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado (en este caso la toxina que ha producido los resultados típicos) en tanto se haya comprobado una correlación o asociación de los sucesos relevantes y sea posible descartar otras cusas que hayan podido producir el mismo. Sobre este caso cabe resaltar que la responsabilidad individual obliga a conectar el resultado con una determinada acción humana y que es ésta y no la relación causal la que es objeto del reproche o desaprobación penal.

20 Citado por Demetrio Crespo en Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión de los Directivos, p. 17. tanto al anestesista obligado a la vigilancia permanente de la fuente de peligro (paciente), como al cirujano jefe director de la operación y al director del establecimiento hospitalario en que se produjo la muerte. Estos garantes secundarios están obligados a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión; STS de 17 de junio de 1995 incendio provocado dolosamente por un tercero, lo que aun siendo cierto, no hubiera impedido el hecho de que los resultados de muertos, lesiones y daños producidos, también tenían que ser reconducidos a la no instalación por los directores de la empresa de las medidas prescritas por la normativa administrativa en materia de prevención de incendios; STS de 23 de marzo de 1992 (caso colza), Gimbernat sostiene que el TS debió condenar a Fernando B (responsable de los almacenes y de la factoría) por la no evitación imprudente en comisión por omisión de los homicidios y lesiones. Dado que Fernando B tenía que vigilar que los productos vendidos a los consumidores llegaran a los consumidores en buen estado, entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito de aceite adulterado.

De esta tesis es posible deducir que el dueño del negocio, el ejecutivo principal, el administrador, el jefe de finanzas, el representante legal, es decir, todos aquellos que ejercen autoridad y participan en la toma de decisiones de la empresa, están obligados a vigilar los eventuales focos de peligro que se generan en el accionar de ésta. Ello guarda similitud con la implementación de los "modelos de prevención" al interior de las empresas a fin de evitar la responsabilidad penal en las personas jurídicas. Lo que interesa, como efecto preventivo, es que la empresa revise con responsabilidad y cuidado todo su proceso de producción y gestión incluidos sus distintos departamentos, de modo de detectar aquellas "zonas de riesgo" que requieren especial atención. Respecto de las cuales deberán establecerse controles de mayor rigurosidad y revisiones periódicas lo que no es otra cosa que implementar el deber de vigilancia para evitar, dentro de lo posible, la comisión de los delitos "base" que generan la responsabilidad penal en la persona jurídica, tres²¹ en Chile y al menos una veintena en España.

iv- <u>Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa</u>: En opinión de Heine²², una posición de garante del empresario por hechos cometidos en el seno de la empresa sólo puede derivarse del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro típicamente empresariales que resultan particularmente de determinadas empresas y procesos productivos. Este deber comprendería el control continuado y en su caso la adopción de medidas de seguridad. A su vez, refiriéndose al control de las

²¹ Lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional o extranjero.

²² Citado por Demetrio Crespo en Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión de los Directivos, p. 21.

fuentes de peligro, Rotsch afirma que en las grandes empresas de complejidad creciente los riesgos se combaten con medidas a largo plazo, estos no pueden ser dominados a través de la delegación, control, y organización, y por ello, tampoco sería posible argumentar la correspondiente responsabilidad por omisión.

v- <u>Basado en la idea de la competencia organizativa</u>: según García Cavero, la imputación a la esfera de organización del directivo se hará cuando el subordinado sólo ejecute la orden impartida por el directivo, y solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo, si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes o ha configurado aspectos de la empresa de forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes.

vi- <u>Basado en la idea de "dominio" o "control" del dominio</u>: señala Schünemann que la pauta de equiparación restrictiva del "dominio sobre la causa del resultado" puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercida con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación. En su opinión, de esta vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio (atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominen) "se sigue también, natural y forzosamente, que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa se limitan al ámbito dirigido por él y por eso sólo son más amplios en cuestiones fundamentales que competen a toda la dirección de la empresa"²³.

Comprobamos que existe suficiente desarrollo doctrinal para justificar la responsabilidad penal que le podría caber a un directivo, por un hecho delictivo material que ejecuta un empleado subalterno, en base a la posición de garante que éste detenta en razón de su cargo y función dentro de la empresa.

6. Riesgo permitido

Habiéndose establecido que la posición de garante es propia de los administradores y directores, y que en ellos subyace cierta responsabilidad tanto por el hecho mismo de delegar facultades indelegables como por delegar aquellas facultades sobre las cuales debían mantener control y vigilancia en razón de lo peligroso y delicado de la materia delegada. Establecer cuales son las áreas de riesgo en una empresa es propio del concepto de "compliance" el cual está

²³ Citado por Demetrio Crespo en Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión de los Directivos, p. 29.

incorporado en la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas chilena²⁴, y entiendo que también en la española.

Analizaremos a continuación, el riesgo permitido, pues constituye otro eslabón para delimitar el ámbito de lo delegable.

Por regla general, el riesgo permitido es un factor que excluye ya el tipo delictivo y con ello la imputación al tipo objetivo²⁵. Al abordar el tema de los riesgos resulta de importancia, comprobar en los hechos, si la situación de peligro es de aquellas que se quería evitar con la tipificación de la conducta penal y no otra que deriva de la responsabilidad de la propia víctima o por causas fortuitas. Los dichos de Guanes complementan esta idea al afirmar que "debe partirse de la base de que para poder imputar el resultado el mismo debe ser siempre la concreción del riesgo creado y no de cualquier otro riesgo. El resultado no será imputable a una persona cuando no supone la realización del riesgo creado, sino de un "riesgo residual" o "riesgo inevitable" atípico que permitiría explicar el resultado con independencia de la conducta infractora del deber de cuidado. De lo contrario, si se considera que en el caso de que un sujeto infrinja la norma de cuidado se podrá imputar todos los resultados que se producen posteriormente, versari in re ilicita, se podría no estar imputando el resultado a título de dolo o imprudencia, sino solo pura desgracia"²⁶.

Para establecer el nivel del riesgo permitido, deberán estudiarse en cada caso particular los hechos concretos que se cuestionan y establecerse con exactitud si ellos se encontraban dentro de la esfera de las atribuciones y facultades propias legítimas o si estas habían sido transgredidas, en cuyo caso deberá probarse que estas fueron la causa del hecho ilícito, por cuanto crearon un riesgo no permitido. Estimamos que las actividades peligrosas pueden exigir mayor control de parte de los garantes y por tanto, tener más acotado el riesgo permitido. Asimismo, consideramos que deben excluirse de la imputación los casos de riesgo permitido. Sobre lo mismo, Roxin afirma que, "aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido"²⁷.

Consideramos que el directivo puede delegar aquellas actividades que conllevan un riesgo permitido, sin embargo, dependiendo del nivel del riesgo implícito pueden nacer obligaciones de mantener cierta vigilancia y control por

²⁴ Ley 20.393, artículo 3 inc. 3: "Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente".

²⁵ Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 763.

²⁶ Guanes, tesis doctoral, "Consideraciones dogmáticas sobre los denominados delitos de conducción temeraria", Universidad Complutense de Madrid, 2010.

²⁷ Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 371.

parte del delegante, y si se tienen noticias de que el delegado actúa "riesgosamente" debe retomar su rol de garante. Por otra parte, se puede afirmar que si el delegante con la delegación crea un riesgo no permitido entendemos que no se desprende nunca definitivamente del rol de garante sino que este se atenúa en razón de la delegación pero siempre está presente en quien delega, salvo que se trate de delegaciones de actos neutrales o regulares que no traspasen el riesgo permitido y realizados conforme a las normas reglamentarias de la empresa. El Tribunal Supremo español ha fallado resolviendo que el delegante no puede excusarse en su pasividad si conoce antecedentes que subdirectores ejercen actividades ilegales y no actúa para impedirlo.

La Teoría del Incremento del Riesgo sostiene que quien aumenta el riesgo en forma considerable de modo de generar consecuencias nocivas debe hacerse responsable de ello aunque no haya tenido la intensión dolosa de provocarlo. Roxin, al analizar el caso del atropello de un ciclista concluye que "es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto, la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal"²⁸.

La determinación del riesgo permitido es un problema de gran complejidad y que dependerá del análisis concreto que deba hacerse caso a caso, aunque propondremos más adelante algunos criterios genéricos a tener en cuenta al efectuar el estudio particular de los hechos. La pregunta sobre qué ha de ser considerado riesgo permitido, en relación a un determinado ámbito de actuación, es algo que varía a lo largo del tiempo según Jakobs. Por su parte, Sánchez-Vera explica con un sencillo ejemplo lo mutable de este concepto al afirmar que "hubo una época, en la que había más comportamientos dentro del riesgo permitido en el tráfico viario, que en la actualidad. No es difícil acordarse de cuando el cinturón de seguridad era una excepción, o de cuando no existían airbags o, en fin de los tiempos en que no había que someter los vehículos a la denominada "inspección técnica de vehículos"²⁹.

Concluimos que para establecer el riesgo permitido existen distintas opciones, que pueden tenerse en cuenta, pues éste puede encontrarse determinado en la legislación, en el derecho consuetudinario, ex ante por un observador imparcial o construirse a partir de los elementos doctrinarios expuestos.

7. Riesgo no permitido

Habiendo revisado el concepto de riesgo permitido y como el actuar dentro de ese ámbito no debiera generar consecuencias penales, nos vemos obliga-

²⁸ Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 379.

²⁹ Sánchez-Vera, Blanqueo de capitales y abogacía, p. 9.

dos a seguir adelante en este estudio y revisar las consecuencias que generan para su autor el paso hacia el actuar de lo no permitido. Roxin, señala que "la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor"³⁰.

Presupone, entonces, que se rebase el límite de la autorización y con ello la creación de un peligro no permitido. Requiere la realización del riesgo, y por consiguiente del traspaso y vulneración de la norma de cuidado que establece el riesgo permitido, y debiera incluir tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto. Al respecto, Kindhäuser opina que los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar "seguridad". Y seguridad es el "estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente"³¹.

Respecto de las obligaciones para con la empresa, Feijoo afirma que "los administradores detentan deberes positivos de lealtad de los intereses que administran. Sin tener en cuenta la relación de fidelidad o lealtad en la que deben primar los intereses de la sociedad sobre los puramente personales y que proscribe las actuaciones en perjuicio de los intereses que se administran— que caracteriza al administrador no se puede entender adecuadamente la conducta de administración desleal"³².

En consecuencia, hay razones justificadas para investigar al individuo que superó el riesgo permitido pues sobrepasó el límite máximo que era tolerable al no respetar las prevenciones establecidas para evitar la ocurrencia de tal o cual delito, razón por lo cual se genera en el autor del hecho una responsabilidad penal pues creó con su actuar un riesgo no tolerable. No desconocemos que pueden existir causales eximentes de culpabilidad que pudiesen aplicarse a un caso concreto pero que no es del caso analizar en este trabajo. Lo que nos interesa analizar es si la delegación irresponsable de facultades generó un riesgo no permitido que posibilitó la comisión de un ilícito.

Dolo y conocimientos especiales

Junto a la creación del riesgo no permitido debemos referirnos también al elemento del dolo pues este suele ser determinante para la culpabilidad o tipicidad según la postura que se siga. Pero como este análisis pretende dar respuesta a la delegación en los ámbitos permitidos y prohibidos y de como se generan responsabilidades penales, debemos necesariamente intentar clarificar el vínculo entre delegación dolosa y no dolosa.

³⁰ Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 373.

³¹ Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 409.

³² Feijoo Sánchez, Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial, Revista Indret, 2/2009, p. 33.

- a) Consideramos que respecto de los directores y miembros del Consejo de Administración no debiera haber mayor problema en atribuir responsabilidad penal si su actuar ha sido doloso al delegar facultades no permitidas con el objeto de causar daño a la empresa u ordenar la comisión de un hecho ilícito.
- b) En cambio, se genera mayor discusión cuando se delegan facultades no permitidas por un actuar descuidado o negligente del administrador y a consecuencia de ello, se produce un perjuicio a la sociedad debido al mal desempeño del delegado en las gestiones encargadas. Consideramos que es exigible a los administradores y directores delegantes mantener una vigilancia permanente cuando delegan materias riesgosas, que probablemente hubiera bastado para evitar el hecho ilícito o el perjuicio a la empresa. Reconocemos que es un tema abierto. Concordamos con Roxin, "en que los problemas prácticos que se producen para enjuiciar la creación de peligro no permitido se plantean sobre todo en la actuación no dolosa"³³.

Sin perjuicio de considerar el dolo como conocimiento debemos hacer mención al aspecto de imputación subjetiva en el sentido de que "también es evidente que para poder imputar un injusto penal a titulo de autoría o de participación, dicho injusto tiene que ser doloso o, en el caso del 301.3 CP, imprudente. Es preciso que el autor abarque con su dolo (o con su imprudencia) los elementos que convierten su comportamiento en una creación no permitida de un riesgo"³⁴. "La teoría de la imputación objetiva sirve para concretar lo que ha de ser objeto del dolo, pero no para saltarse las exigencias legales con respecto a la responsabilidad subjetiva"³⁵.

"La relevancia jurídico-penal de los conocimientos especiales quedaría limitada a los conocimientos realmente existentes, es decir, al dolo. Sin embargo, un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica"³⁶.

Entonces, si asumimos el concepto de dolo "como aquel conocimiento del riesgo concreto que se pueda producir", el ámbito de responsabilidad por el hecho ilícito aumenta en forma considerable abarcando áreas por los cuales los directores y administradores podrán ser responsabilizados e implica para los gestores aumentar considerablemente el cuidado en sus deberes de control y vigilancia, y adoptar especiales precauciones en torno a la delegación de facultades. Frente a esta postura el alegato de que el administrador no quería causar el perjuicio producido es irrelevante porque no se trata de un asunto de la voluntad sino que del conocimiento. Si conociendo actúa, se deduce que

³³ En Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 367.

³⁴ Feijoo Sánchez, Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial, Revista Indret, 2/2009, p. 55.

³⁵ Feijoo Sánchez, Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial, Revista Indret, 2/2009, p. 56.

³⁶ Jakobs, Moderna Dogmática Penal, p. 237.

quiere el resultado. Entonces, la prueba del dolo debiera versar sobre si conoció o debió conocer los hechos. Para lo cual deberemos analizar en qué rol estaba el sujeto actuante y con ello decidir si tuvo o no conocimiento.

Sobre el particular, hacemos mención de la sentencia del TS español sobre el caso colza, envenenamiento masivo de aceite, en el cual se sostiene que el empresario aceitero industrial sabía que éste contenía elementos que eran peligrosos para la salud humana. La defensa, por su parte, sostenía que no existió dolo porque éste no quería el resultado de muertes y lesiones producido. Se afirmó que bastaba para que existiera dolo que los empresarios supieran que el aceite era nocivo para la salud. Tenían conocimiento del riesgo. Asimismo, respecto del caso Torras Papel, citado en este trabajo, el Presidente de Torras Papel tiene una posición de garante y por tanto una obligación de impedir el ilícito. Él conocía que no había motivo para pagar.

Rol al interior de una organización

Por otra parte, y de conformidad a lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que la empresa en cuanto persona jurídica sujeta a responsabilidad penal deberá implementar modelos de prevención y en ellos, tendrá que identificar aquellas zonas de riesgo que deberán estar sujetas a un mayor control y vigilancia, ya sea por un oficial de cumplimiento u otro alto ejecutivo. Los deberes de cuidado atribuidos a ellos podrán constar por contrato, reglamento u acuerdo, lo cual no debiera desligar, sin más, de responsabilidad a los miembros del Directorio o Consejo. A su vez, el administrador, director, miembro de consejo de administración, alto ejecutivo, etc. tienen roles muy definidos y será labor de la fiscalía reunir las pruebas necesarias para acreditar y formar convicción en el tribunal de que el imputado conocía o debía al menos conocer lo ilícito de la función delegada atendido su rol dentro de la empresa. Para determinarlo, será necesario conocer el contrato y las obligaciones que en él se establecen además del reglamento, estatutos y todo otro documento o medio que permita fijar sus límites y atribuciones, pero ello en lo formal, porque también, deberá estarse muy atento a la función que desempeñaba al interior de la empresa porque en organizaciones criminales el cargo formal no siempre va aparejado del poder real y rol que tiene un controlador en una sociedad. Por ello, deberá recavarse la información sobre el desempeño real que ejercía dentro de la empresa, sus verdaderas atribuciones y los conocimientos que tenía sobre tal o cual materia, las instrucciones que impartía. En consecuencia, "si el titular de un rol no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, cabrá entonces imputarle jurídico-penalmente el hecho que afecta la vigencia de la institución social"37.

³⁷ García Cavero, Otra vez sobre la responsabilidad del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular, Revista Indret, p. 5.

El tema probatorio es un tema vital en todos estos casos de delincuencia económica y corrupción compleja.

Será también determinante para la investigación penal establecer con claridad el rol del imputado, sea administrador o director, pues permiten incorporar un elemento de objetividad al análisis. En palabras de Jakobs, "no son decisivas las capacidades de guien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables"38. También afirma que "el rol relevante no siempre es el de mayor experto, éste únicamente constituye el rol decisivo cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por especialistas, como sucede, por ejemplo, respecto del funcionamiento de una central nuclear. En los demás casos, el rol de referencia es el de quien está autorizado a tomar parte en ese ámbito vital"39. Por su parte señala Feijoo que "a la hora de determinar la tipicidad o atipicidad de determinadas conductas, no se puede prescindir de las posiciones jurídicas o roles sobre los que se proyecta la valoración específicamente jurídico-penal. En general, pero especialmente en el ámbito del Derecho Penal económico, se debe tener en cuenta de partida si nos encontramos ante tipos que parten de una posición jurídica de la que se derivan deberes de no lesionar o "respetar" otros ámbitos de organización o, excediendo el alcance de dichos deberes que se suelen denominar como negativos, el sustrato sobre el que se actúa es una posición jurídica de la que se deriva la obligación de actuaciones positivas en beneficio de otros ámbitos de organización (individuos, sociedades mercantiles, Administración Pública, etc.) o, al menos, deberes más estrechos de colaboración que el mero respeto a otras esferas"40.

Concordamos con que "del rol de administrador de una sociedad se derivan no sólo deberes negativos sino también "deberes positivos o de lealtad". El administrador de una sociedad no recibe una "cosa" (una empresa, un patrimonio, etc.) para devolverla o entregarla, sino que el administrador adquiere (mediante su nombramiento en la mayoría de los casos) un deber de gestión leal de un patrimonio organizado como sociedad derivado sinalagmáticamente de sus amplias competencias y capacidades de decisión"⁴¹.

8. La delegación de la posición de garante

Algunas definiciones necesarias para precisar el ámbito en que se desarrollaran los párrafos siguientes. Se entiende:

³⁸ Jakobs, Moderna Dogmática Penal, p. 209.

³⁹ Jakobs, Moderna Dogmática Penal, p. 234.

⁴⁰ Feijoo Sánchez, Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial, Revista Indret, 2/2009, p. 7.

⁴¹ Feijoo Sánchez, Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial, Revista Indret, 2/2009, p. 35.

Por delegar: dar a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o para conferirle su representación⁴²; nombrar o comisionar a alguno que haga sus veces / conferir a otro toda o parte de su jurisdicción, poder o atribuciones, para que pueda obrar en su nombre, con arreglo a las cláusulas contenidas en el documento que se le autoriza⁴³.

Por delegado: el que ha recibido un encargo, una misión / representante, enviado, comisionado / La persona en quien se sustituye alguna jurisdicción⁴⁴.

Por delegación: otorgamiento a alguien de una facultad, potestad o representación. / Por delegación de facultades: Transmisión de poderes o facultades de un órgano a otro. En derecho público, la delegación debe estar contemplada en la ley y debe referirse a facultades o poderes que pueden delegarse⁴⁵.

Es propio de la administración de la empresa que se puedan delegar facultades de dirección y de ejecución, pues en caso contrario no sería posible una adecuada gestión. Donde existe debate es en torno a la eventual responsabilidad penal que pudiese afectar a aquel directivo o consejero que delegó facultades importantes en otro funcionario o tercero, el cual delinque utilizando las facultades que le habían sido delegadas. Pensamos que no sería razonable que un directivo pudiese eludir, sin más, su responsabilidad penal por un hecho ilícito cometido precisamente por el sujeto a quien ese mismo director le entregó determinadas facultades y cuando ejerciendo estas mismas cometió la conducta ilícita pues, en ese caso, la simple delegación "per se" constituiría una verdadera salvaguarda infranqueable y liberaría de responsabilidad a los directores delegantes. El tema es debatible, y en la responsabilidad penal de las personas jurídicas se plantea un dilema similar respecto del "encargado de prevención" o "de cumplimiento" sobre quien pesa la responsabilidad de implementar el modelo de prevención y dar cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión al interior de la empresa y se ha planteado, por parte de algunos profesores, que este empleado pudiese operar como un verdadero "fusible" interrumpiendo la cadena de responsabilidad hacia los altos ejecutivos de la empresa. Es un tema todavía abierto en Chile, y que deberá resolverse a medida que las investigaciones de la fiscalía se vayan judicializando y se pronuncien los tribunales al respecto.

Somos de la opinión, de que en la investigación penal se deberá analizar con mucho detalle cuales fueron las facultades que se delegaron y cual fue el criterio utilizado para establecer si tales facultades eran o no delegables, pues ello será de utilidad para determinar la responsabilidad que le podría caber al director o administrador por haberlas delegado, ello aun antes de revisar la

⁴² RAE.

⁴³ Diccionario Nacional de la Lengua Española, tomo I, 1869.

⁴⁴ Diccionario Nacional de la Lengua Española, tomo I, 1869.

⁴⁵ Diccionario Jurídico Editorial Jurídica Conosur, 1994.

hipótesis de si existió junto a la delegación una instrucción para la comisión del ilícito, porque pudiese ser que el solo hecho de delegar lo indelegable genere responsabilidad en el administrador. Este tema lo analizaremos más adelante cuando revisemos si es posible ofrecer un criterio para clasificar las facultades en delegables e indelegables. Creemos que García Cavero comparte en parte este planteamiento al afirmar que "si se admite, por un lado, que el delegante se vea liberado de responsabilidad por el simple hecho de la delegación, se advierte que esto puede llevar a consolidar la llamada "organizada irresponsabilidad" en el ámbito de la empresa"⁴⁶.

Una solución satisfactoria debe partir de la base de que "en toda actividad de administración existe un conjunto de competencias indelegables"47, de manera que la delegación de otras funciones no tendrán relevancia alguna para la imputación penal. Ahora bien, la posibilidad de una delegación de competencias no significa liberar al delegante de responsabilidad, pues en determinados casos éste mantiene plenamente sus competencias de organización a pesar de un acto de delegación o, en todo caso, tiene el deber de reasumirlas. Así, permanecen en el delegante competencias de organización cuando ha elegido con conocimiento de causa a un delgado incapaz de cumplir con las tareas encomendadas (deber de selección) o no cumple con darle los medios o las instrucciones suficientes para que lleve a cabo de manera correcta sus funciones (deber de dotación de medios y deber de instrucción). A mayor abundamiento señala García Cavero, que "existe un deber de reasumir sus competencias de organización en caso que el delegado salga de la organización empresarial, se encuentre reconociblemente sobreexigido o se muestre posteriormente como incompetente para el desempeño de las funciones delegadas (deber de intervención). La situación cambia, sin embargo, respecto del incumplimiento de simples deberes de vigilancia sobre el delgado, pues con ello solamente se favorece la configuración delictiva de la esfera de organización del delegado (competente primario)"48. Por esta razón, afirma Silva Sánchez que "el grado de competencia por el incumplimiento de deberes de vigilancia podrá justificar una responsabilidad penal del delegante sólo en calidad de participe⁴⁹".

También debe considerarse que las relaciones se basan en el principio de confianza, según el cual un determinado sujeto se comporta conforme a derecho y confía que el resto de los sujetos también se comporten conforme a él.

⁴⁶ García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, p. 719.

⁴⁷ Vid., Gómez Benítez, Curso de Derecho Penal, pp. 93, 95; Pérez Cepeda, Revista penal 9 (2002), p. 110, como deberes básicos entre los que menciona, citando un estudio comparativo de Tiedemann, los deberes estrictamente personales de control de una sociedad de capitales, deberes de declarar rentas sujetas a tributación, pago de tasas aduaneras, deberes de control de encargados específicos de seguridad en el trabajo.

⁴⁸ García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, p. 721.

⁴⁹ En este sentido, Silva Sánchez, Empresa y delito, p. 17 y s.; García Cavero, La responsabilidad penal, p. 105 citado en Derecho Penal Económico de García Cavero p. 722.

Schünemann afirma que "nadie tiene una posición de garante que le imponga impedir que otras personas cometan hechos punibles"⁵⁰.

Por nuestra parte, sostenemos que la posición de garante genera responsabilidades en quien la detenta y si se delegan parte de esas facultades o todas ellas, deberá analizarse, si no obstante la delegación, persiste la posición de garante o nace un deber de vigilancia en el delegante respecto del actuar del delgado o si el delegante queda totalmente liberado de responsabilidad. Pensamos que ello dependerá principalmente de la "calidad" de la facultad que se delega, de la posición de garante que detente quien delega y del riesgo permitido implícito en el acto particular de delegar.

La Delegación puede ser permanente o momentánea

- a) Si se trata de una delegación de la posición de garante de carácter permanente que realiza el administrador en un subordinado deberá seguirse el procedimiento que establece la propia empresa o institución para tal fin. Entendemos que se produce una desvinculación para siempre de su posición de garante y no cabría atribuirle responsabilidad al administrador delegante en el accionar del delegado, salvo que medie un vicio en la delegación misma o que la delegación supere el riesgo permitido.
- b) Si se trata de una delegación de la posición de garante en forma momentánea u ocasional. Si se produce dentro del riesgo permitido no se transfiere responsabilidad pero si se produce fuera de él no se abandona la posición de garante por parte del delegante.

En tal sentido, creemos que se recupera la posición de garante porque no se rompe el nexo de unión. Concordante con ello algunos autores han sostenido que "la delegación de facultades en el ámbito de la empresa no trae consigo una liberación absoluta del delegante, sino que mantiene todavía ciertas competencias de selección, instrucción, intervención y vigilancia. No obstante, cabe recordar también que el delegante podría liberarse de competencias primarias y reducir su responsabilidad, en caso de cometerse un delito, a una simple participación por la infracción de deberes de vigilancia. Un sector de la doctrina penal señala, sin embargo, que en caso de delitos especiales que se dirigen directamente a un miembro de la empresa (administrador, por ejemplo) una delegación no puede liberar o reducir las competencias del delegante"⁵¹. Esto quiere decir que, "las competencias por organización se mantienen, pese a la delegación, en el delegante, de manera que lo realizado por el delegado se imputa directamente al ámbito de organización del delegante"⁵².

⁵⁰ Schünemann, en Wistra 1982, pp. 41 y ss. citado en Bacigalupo, Derecho Penal Económico p. 81.

⁵¹ Neudecker, Verantwortlichkeit, pp. 40, 143; Alessandri, Manuale, p. 71.

⁵² García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, p. 762.

La Ley de Sociedades Anónimas española respecto a la delegación de facultades⁵³ afirma que únicamente cabe delegación de facultades cuando el órgano de administración adopta la forma de Consejo puesto que cuando nos encontramos ante un administrador único o ante varios administradores estos pueden apoderar pero nunca efectuar una delegación de facultades. Los estatutos pueden prohibir la delegación de facultades o limitarla a determinados temas, e incluso exigir determinados requisitos que debe reunir la persona en quien se delega. Las facultades que son indelegables son la rendición de cuentas y presentación de balances a la junta general, así como las facultades que la junta delegue en el Consejo, salvo que expresamente lo autorizase. La delegación de facultades se puede realizar a favor de uno o varios consejeros delegados, o bien a favor de una comisión ejecutiva o de una combinación de los dos. Su nombramiento y separación compete al consejo, siempre que los estatutos no dispongan otra cosa, y sin perjuicio de que la junta general en uso de las facultades que le corresponden para separar en todo momento a los administradores pueda acordarla con respecto al que ostenta la delegación. Habría que revisar si un deber establecido en la ley constituye de por sí, con ese requisito, un elemento suficiente para establecer para el sujeto obligado un deber de garante. En nuestra opinión, este es un elemento importante a considerar pues podría entenderse que el legislador ha pedido tener un especial cuidado a su respecto.

Competencia por organización: puede que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad. En estos casos, cualquier conocimiento, de que no se están respetando dichos estándares obliga al garante a desplegar una actividad en el seno del rol y, en concreto, a encargarse de restablecer la situación estándar. Jakobs, afirma que "la mera causalidad de un comportamiento desaprobado no basta como explicación, pues un comportamiento no permitido puede tener efectos causales respecto de un resultado, tanto de modo planificable, y en este último caso, a través de la mera variación de riesgos generales de la vida. El comportamiento no permitido sólo constituye una explicación respecto de los resultados evitables de manera planificable. El comportamiento alternativo conforme a Derecho no resulta aquí determinante"⁵⁴.

Tanto el caso Mannesmann en Alemania como el caso BSCH en España abordan el ámbito de discrecionalidad del que goza el Consejo de Administración al tratar el tema de las remuneraciones abusivas. Se obliga a los órganos de administración a ser fieles al interés social "entendido como interés de la sociedad" ello sumado al deber de lealtad que prohíbe efectuar actuaciones en perjuicio de la sociedad. Sin embargo, resuelven en sentidos contrarios pero creemos que en el caso del tribunal español atendiendo principalmente a la

⁵³ Art 57.1 párrafo segundo de la LSL se remite a la Ley de Sociedades Anónimas española.

⁵⁴ Jakobs, Moderna Dogmática Penal, p. 278.

formalidad de la norma más que al espíritu de la ley. Es sabido que la regla de discrecionalidad empresarial⁵⁵ concede un margen de discrecionalidad a los miembros del Consejo de Administración para que puedan adoptar decisiones que afecten al normal funcionamiento de la empresa. Sin embargo, pensamos que no debe confundirse discrecionalidad con arbitrariedad.

Responsabilidad por decisiones colegiadas: En el caso de: a) "estructuras horizontales, la responsabilidad penal se configura con el solo acuerdo del órgano colegiado de la empresa" fo, "todos los que votan formalmente a favor de la decisión, con independencia de si su voto al momento de emitirse puede considerarse causal o no del sentido de la votación, responderán como coautores, pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado" formalmente a favor de la votación, responderán como coautores, pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado" formalmente a favor de la votación, responderán como coautores, pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado" formalmente a favor de la votación, responderán como coautores, pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado" formalmente a favor de la votación, responderán como coautores, pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado" formalmente a favor de la votación formalmente a favor de la votación, responderán como coautores, pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado" formalmente a favor de la votación formalme

b) En estructuras verticales: en caso de una imputación de responsabilidad con base en estructuras verticales, no basta un acuerdo, sino que éste debe necesariamente realizarse para que tenga lugar una conducta penalmente punible. "En estos casos, las consecuencias derivadas de la actuación de los subordinados deberán imputarse directamente a la esfera de organización de los directivos como coautores, concretamente: a los directivos que votaron a favor de la realización de un hecho delictivo. A los miembros del órgano colegiado que no votaron a favor de la decisión, solo podrá alcanzarles la responsabilidad penal por otras razones"58.

Por nuestra parte, concordamos con lo expuesto por Sánchez-Vera en este seminario y que dice relación a que cuando en una decisión colegiada se acuerda la comisión de un ilícito, para ser exculpado no basta con no votar o votar en contra, voto de minoría, sino que se hace exigible denunciar el hecho ante las autoridades competentes.

9. Límites a la delegación de la posición de garante

Habiendo resuelto que los Consejos de Administración, directorios o ejecutivos principales pueden delegar todo o parte de sus facultades queda por resolver si la creación del riesgo no permitido a consecuencia de la delegación permite generar algún criterio que sirva para atribuir responsabilidad al delegante.

El problema fundamental que subyace a toda esta cuestión es el de determinar si la delegación puede tener una eficacia eximente de responsabilidad para

⁵⁵ Bussiness Judgment Rule.

⁵⁶ García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, p. 713.

⁵⁷ Vid. Con mayor detalle, Jakobs, FS-Miyazawa, pp. 421 y ss. Similarmente, Knauer, Die Kollegialentscheidung, p.158; Rodríguez Montañes, FS-Roxin, p. 309 en García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, p. 713.

⁵⁸ García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, p. 718.

quien delega en determinadas condiciones o si, por el contrario, queda subsistente una competencia residual, fundamentalmente de vigilancia. Bacigalupo afirma que "la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que la transforma. Esto determinará la subsistencia de un deber de vigilancia para quien delega y que consistirá en el control del cumplimiento por parte del que asume su posición"⁵⁹.

Proponemos el siguiente esquema de análisis:

a) Cuando la delegación se encuentra expresamente prohibida

- i. Si se delega una competencia expresamente prohibida, se abre la posibilidad de atribuirle al administrador delegante responsabilidad penal en cuanto creador del riesgo que causó el perjuicio en la sociedad o permitió la comisión de un ilícito. Incluso podría sostenerse que su actuar es doloso pues conocía de la prohibición.
- ii. La delegación puede estar prohibida por una ley, norma reglamentaria, decreto, reglamento de la sociedad, dictamen u otro medio formal de establecerla. En las empresas existen informes financiero-contables de la empresa vinculados a balances, impuestos y otras materias delicadas que no deben delegarse, así como información jurídica y legal. A modo de ejemplo, en Chile el libro FUT⁶⁰ de la empresa debe ser firmado por el representante legal de la misma junto al profesional encargado de llevar la contabilidad⁶¹, no siendo delegable en una tercera persona.
- iii. Creemos que por el solo hecho de delegar alguna de estas facultades prohibidas, se podría dar lugar a responsabilidades administrativas o reglamentarias de parte del administrador que delega.
- iv. Para generar responsabilidad penal, en el caso de la administración desleal, consideramos que se requeriría la comisión material de la conducta típica y el perjuicio patrimonial.
- v. En general, dependiendo del ilícito de que se trate, se podría dar lugar a una responsabilidad administrativa o reglamentaria en contra del ejecutivo que delega una competencia que no podía delegar, aunque no se haya producido perjuicio patrimonial a la empresa.

⁵⁹ Bacigalupo, "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", p. 75 citado en Batista González, María Paz, en Bacigalupo, Derecho Penal Económico, p. 130.

⁶⁰ Fondo de Utilidades Tributables.

⁶¹ Art. 14 Ley de la Renta chilena y Resolución SII 2154 1991.

- b) Cuando la materia delegada por su naturaleza crea un riesgo no permitido
- i. Si la creación de un riesgo no permitido es a consecuencia de la naturaleza de lo delegado aunque no se encuentre expresamente prohibida su delegación, estimamos que se podría generar responsabilidad en el delegante y proponemos las siguientes consideraciones a tener en cuenta:
 - a) la naturaleza de la materia delegada: si es de aquellas de alto riesgo y cuidado que en principio no debieran delegarse;
 - si el delegante mantuvo un deber de control y vigilancia sobre el sujeto en quien se delegó o sobre la materia delegada o si incumplió en esa obligación;
 - c) si la delegación es permanente o transitoria;
 - d) si lo delegado requiere conocimientos especiales.
 - A modo de ejemplo, el encargado de prevención en las personas jurídicas debe "identificar las actividades o procesos, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1"⁶².
- ii. Consideramos que si el Directorio de la empresa ha delegado en el encargado de prevención funciones riesgosas, éste (delegado) a su vez no debiera volver a delegarlas. Es él el encargado de implementar el modelo de prevención y asegurar su funcionamiento. Ambos comparten un deber de garante con distintas intensidades.
- iii. Sin embargo, consideramos que el directorio no queda liberado de responsabilidad por el hecho de haber delegado en el encargado de prevención, sino que mantiene cierto control y vigilancia sobre los resultados de las políticas preventivas implementadas. Tal es la razón por la cual la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas chilena al referirse a la "definición de medios y facultades del encargado de prevención" establece el acceso directo a la administración para mantenerla informada oportunamente⁶³. Ello es señal de que los directorios o Consejos de Administración mantienen la tutela sobre materias riesgosas no obstante haberlas delegado.

⁶² Ley N°20.393 RPPJ Chile, art.4° 3 a).

⁶³ Ley 20.393 RPPJ Chile, art.4° 2 b) Definición de medios y facultades del encargado de prevención. b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

c) Cuando la delegación mantiene deberes de control y vigilancia

- Se puede crear un riesgo no permitido al delegar facultades sin que ellas sean de aquellas de especial cuidado pero exigen mantener un control y vigilancia.
- ii. En este caso la posición de garante se ve fuertemente atenuada y se insta a mantener un cierto control.
- iii. Según sea el caso puede subsistir una posición de garante residual.

d) Cuando se delegan facultades neutrales

- i. Aquellas funciones rutinarias que deben delegarse para el buen cometido de la empresa y que no llevan implícito riesgo alguno.
- ii. No generan responsabilidad en el director o Consejo de Administración que delega.

En conclusión, podríamos afirmar que los miembros del Consejo de Administración, de un directorio y los ejecutivos con facultades de dirección pueden delegar validamente; y que, la delegación realizada por altos directivos sobrepasando el riesgo permitido puede generar en ellos responsabilidad penal, y, por último, que la posición de garante y el riesgo permitido permiten establecer criterios de responsabilidad respecto de quien delega.

10. Bibliografía

Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, 2007.

Günther Jakobs, Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados, Editorial Porrúa, 2006.

Enrique Bacigalupo, Derecho Penal Económico, Editorial Hammurabi, 2005.

Bernardo Feijoo Sánchez, Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret Revista para el Análisis del Derecho, 2/2009.

Percy García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007.

Eduardo Demetrio Crespo, Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión en los Directivos de las Empresas, en Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial, 2009.

Percy García Cavero, Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular. InDret Revista para el Análisis del Derecho 3/2006.

Carlos Gómez-Jara, Crisis financiera y retribución de directivos. InDret Revista para el Análisis del Derecho, 2/2009.

Carlos Gómez-Jara, Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?, Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N°74, mayo-agosto 2008.

Héctor Hernández Basualto, La Administración Desleal en el Derecho Penal Chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, pp. 201-258.

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Blanqueo de capitales y abogacía, InDret Revista para el Análisis del Derecho, 1/2008.

Manuel Guanes Nicoli, tesis doctoral "Consideraciones dogmáticas sobre los denominados delitos de conducción temeraria", Universidad Complutense de Madrid, 2010.

UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

VISIÓN PROSPECTIVA EN LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS

Lorena Rebolledo Latorre¹

1. Introducción

Los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD) funcionan a través de la salida alternativa al proceso penal regulada en los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal, denominada "Suspensión Condicional del Procedimiento", en virtud de la cual, mediando el acuerdo del fiscal y el imputado por delitos de menor o mediana lesividad, se detiene el proceso penal por un plazo determinado. Durante este término, que no puede ser inferior a un año ni superior a tres, el imputado quedará sujeto al cumplimiento de una o más condiciones. El efecto de esta herramienta es la extinción de la acción penal, dictándose de oficio o a petición de parte, sobreseimiento definitivo.

Con la introducción del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, nace esta salida alterna, discutiéndose en su época los fundamentos de la misma. «El mensaje del Código Procesal Penal contiene una explicación de varios de estos elementos que resulta bastante ilustrativa al respecto. En efecto, se señala que: "El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de los volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos. Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales al sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que los eventuales beneficios, o porque la rigidez para su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito"»².

En este escenario, podemos afirmar que los Tribunales de Tratamiento de Drogas, como solución integral a ciertos conflictos penales, se encuentran en perfecta armonía con el mecanismo legal que se emplea para dar vida a este programa.

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

Duce J., Mauricio y Riego R., Cristián. "Proceso Penal", Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 307 (véase Mensaje N°110-331 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, 9 de junio de 1995, p. 23).

Mundialmente estos "programas", insertos en tribunales de justicia ordinaria como es el caso de Bélgica, Irlanda, Noruega, Reino Unido y Chile, o "tribunales" propiamente tales en países como Australia (Nuevo Gales del Sur), Jamaica y México, buscan resolver los conflictos subyacentes al delito en población candidata "enferma", pues se presenta como requisito de elegibilidad sanitaria, el consumo problemático de drogas, definido por la Organización Mundial de la Salud como un "Síndrome caracterizado por un esquema de comportamiento en el que se establece una gran prioridad para el uso de una o varias sustancias psicoactivas determinadas, frente a otros comportamientos considerados habitualmente como más importantes"³.

Ahora bien, el gran objetivo perseguido por los TTD es la disminución de la "reincidencia", a través de la rehabilitación. Se busca lograr la disminución o detención del consumo de drogas, mediante el cumplimiento de programas de tratamiento, intensivos o residenciales.

Asimismo, la red sanitaria, con apoyo del tribunal debe propender a la "integración social del imputado", procurando la entrega de herramientas para su desarrollo futuro en la sociedad y en el mundo laboral, para evitar por consiguiente, la comisión de un nuevo delito.

³ www.who.int "Consumo problemático de drogas. Se refiere al uso recurrente de drogas que produce algún efecto perjudicial, para la persona que consume o su entorno, esto es problemas de salud (incluidos los signos y síntomas de dependencia), problemas en las relaciones interpersonales, incumplimiento de obligaciones, entre otros.

El consumo problemático es considerado un indicio de abuso de drogas, por lo cual se han identificado 4 áreas de problemas relacionados con el consumo de drogas: incumplimiento de obligaciones (laborales, académicas, familiares); riesgos de salud o físicos; problemas legales y compromiso en conductas antisociales; y problemas sociales o interpersonales (ver definición de abuso).

En términos operacionales, en los estudios nacionales sobre consumo de drogas se considera consumo problemático a las personas que califican, de acuerdo a los criterios diagnósticos respectivos, como consumidores abusivos o dependientes.

El consumo problemático de drogas tiende a estar relacionado con dificultades personales o familiares y con circunstancias sociales y económicas adversas. Estos factores son similares a los que a menudo se encuentran ligados también a otros problemas sociales como, por ejemplo, las enfermedades mentales y la delincuencia. En este sentido, también puede argüirse que cuanto más se generalice el consumo de drogas entre la población general, más fácil será que las personas con los problemas anteriormente señalados se conviertan en consumidores problemáticos de drogas.

Incluye el abuso, el consumo perjudicial y la dependencia, de acuerdo a la clasificación DSM IV y CIE 10.

Corresponde a un concepto sugerido por la ONUDD que da mayor funcionalidad para focalizar en la población el tratamiento, la rehabilitación y la reinserción". "Glosario de Drogas", marzo de 2008, Ministerio del Interior, CONACE (actual SENDA), p. 8. Disponible en www.bibliodrogas.cl

2. Factores de consumo. Inicio de la integración social durante el tratamiento

"Existen cada vez más pruebas de que la drogodependencia está originada y mantenida por muchos factores que, a su vez, son de naturaleza multidimensional (...); parece claro que las causas que promueven los primeros consumos y las que determinan el mantenimiento de la administración de la droga son, en parte, distintas. Esta naturaleza de multicausalidad y dimensionalidad de los factores que intervienen en la drogodependencia debe recordarse cuando se diseña un programa preventivo o se planifica el tratamiento"⁴.

Ahora bien, si detenemos la mirada en los Tribunales de Tratamiento de Drogas, debemos considerar que puede presentarse un consumo de drogas problema, asociado a una patología mental. Al respecto, "La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la comorbilidad o diagnóstico dual como la coexistencia en el mismo individuo de un trastorno inducido por el consumo de una sustancia psicoactiva y de un trastorno psiquiátrico (OMS, 1995). De conformidad con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), una persona con diagnóstico dual es una persona a la que se le ha diagnosticado un problema por el consumo abusivo de alcohol o drogas además de otro tipo de diagnóstico, normalmente de carácter psiquiátrico, por ejemplo, trastornos anímicos o esquizofrenia (PINUCD, 2000). En otras palabras, la comorbilidad en este contexto se refiere a la coexistencia temporal de dos o más trastornos psiquiátricos o de personalidad, uno de los cuales se deriva del consumo problemático de sustancias"⁵.

Teniendo presente lo anterior, debemos entender la necesidad que existe en el individuo infractor de ley, consumidor problemático de drogas⁶, en este caso, que cumple previamente con los requisitos legales de la suspensión condicional del procedimiento, de obtener un tratamiento holístico, que aborde las variables asociadas al consumo de drogas, y en su caso la comorbilidad, y que no desatienda sus requerimientos sociales y laborales durante el tratamiento. De esta forma, se estima que la integración social debiera comenzar desde las primeras intervenciones sanitarias (y no encuadrarse sólo a partir del post tratamiento) como parte de los programas de rehabilitación que proporcio-

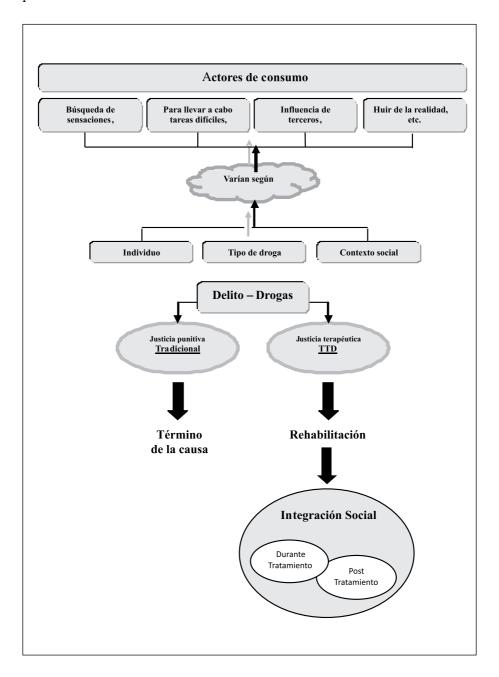
⁴ Negrilla y cursiva agregada. Lorenzo, P; Ladero, J. M; Leza. J.C.; Lizasoain, I. "Drogodependencias. Farmacología. Patología. Psicología. Legislación". Editorial Médica Panamericana. 3ra. edición, 2009. Capítulo 2, Sección I. Fundamentos biopsicosociales de las drogodependencias. Prevención y tratamiento. M. Martín del Moral y P. Lorenzo Fernández, p. 27.

Véase en http://ar2004.emcdda.europa.eu/es/page119-es.html. Informe anual 2004: el problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega.

⁶ Los TTD intervienen personas que han cometido delitos relacionados con las drogas. Al respecto véase la referencia al modelo tripartito de Paul Goldstein en Valenzuela, Eduardo; Larroulet, Pilar. "La Relación Droga y Delito: una estimación de la fracción atribuible". En: www.cepchile.cl.

nan los centros de tratamiento, con miras a un verdadero cambio de vida del imputado, que implique en lo concreto, la posibilidad de interactuar paulatinamente en la sociedad, con inclusión de trabajos, capacitaciones, nivelación de estudios, por citar algunos ejemplos.

Veamos a continuación, una gráfica que pretende mostrar lo descrito en este punto:



La supervisión judicial "como mecanismo de incentivo de cambio, presente y futuro"

La supervisión judicial constituye un eje en la rehabilitación del imputado. En el modelo chileno, se realizan audiencias de seguimiento del caso, con periodicidad mensual. Como se trata de un programa que se enmarca en un modelo de justicia terapéutica, no adversarial, tanto el equipo jurídico como el sanitario –compuestos respectivamente por juez, fiscal y defensor; sicólogo, trabajador social, médico con experiencia en adicciones y centro proveedor de tratamiento- se reúnen con antelación a la audiencia de seguimiento o de revisión del plan de trabajo; son las llamadas reuniones previas o de preaudiencia, en las cuales, el caso se discute y se consensúan decisiones, teniendo a la vista el informe que debe evacuar el centro tratante, que da cuenta del estado de tratamiento de drogas, los avances o retrocesos del imputado. La dirección del juez es fundamental; existe una interacción entre éste y el imputado. En ellas se promueve la adherencia al tratamiento, se premian y refuerzan los logros alcanzados, se "sancionan los retrocesos" (esto último lo explicaremos a continuación) y se promueve la inserción en la sociedad. Nos detendremos en este último punto, pues nos parece de vital importancia el incentivo que entrega el líder jurídico del equipo para lograr cambios profundos en el sistema de vida del candidato.

En efecto, el juez dialoga con el imputado, a fin de que libremente pueda manifestar su experiencia y hacerse responsable de sus acciones. La audiencia es interactiva y, según sea necesario, el magistrado realiza consultas a su red de apoyo presente. La supervisión es un elemento clave en la adherencia al tratamiento y en el proceso de cambio en el candidato.

En función del comportamiento y los resultados obtenidos, informados por el centro de tratamiento y el equipo biopsicosocial, el juez ajusta periódicamente las condiciones de cumplimiento, por ejemplo, puede decretar cambios en la modalidad del tratamiento o espaciar las audiencias de seguimiento. Se trata de trabajar el caso, según las necesidades y el perfil de cada participante.

En caso que el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, el juez, a petición del fiscal o la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, reanudándose éste en su contra. También se revocará en caso que el imputado fuere objeto de una nueva formalización de la investigación, por hechos distintos.

La recaída en el consumo de drogas, no representa en sí misma una condición para la revocación de la suspensión condicional, ya que se asume que ésta puede ser parte del proceso de rehabilitación.

En caso que el incumplimiento no revista los caracteres de grave o reiterado, el tribunal podrá dialogar con el imputado, a objeto de verificar cuales fue-

ron las razones del incumplimiento del plan de trabajo. De esta forma, podrá imponer nuevas "metas", a fin de que éstas sean cumplidas y revisadas en la próxima audiencia de seguimiento.

No hay que confundir las condiciones decretadas por el juez de garantía mediante la herramienta legal de la suspensión condicional, con los incentivos y sanciones que en su caso puede determinar que sean cumplidos por el imputado, y revisados en las audiencias de seguimiento. En el primer caso, las condiciones que se establecen son: el ingreso a tratamiento y la supervisión judicial. En el segundo caso, los incentivos y sanciones pueden ser los siguientes:

3.1 Incentivos

- 3.1.1 Felicitaciones y reconocimiento público de sus respectivos progresos terapéuticos, ya sea por parte del juez, fiscal o defensor.
- 3.1.2 Coordinación con instituciones que ofrecen estudios o trabajo, a fin de que los participantes puedan reinsertarse en la sociedad.
- 3.1.3 Disminución de las audiencias de seguimiento (periodicidad bimensual).
- 3.1.4 En caso de tratamientos residenciales, se les otorga permisos de salida.
- 3.1.5 En investigaciones por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, se ha dispuesto como incentivo, y siempre que el centro de tratamiento así lo recomiende, que se levante la prohibición de acercarse a la víctima.

Creemos relevante destacar que para el ingreso al programa TTD, los incentivos para el imputado son los siguientes:

- ✓ Ausencia de antecedentes penales (finalizado este programa).
- ✓ La realización de un tratamiento de drogas, de calidad, gratuito y
 oportuno.
- ✓ Oportunidad de trabajo, estudios o capacitación. Durante y posttratamiento.

3.2 Sanciones

- 3.2.1 Amonestaciones o reprimendas.
- 3.2.2 Aumento en la frecuencia de las audiencias de seguimiento o control.
- 3.2.3 Fijación de metas adicionales, por ejemplo compromiso de mejorar la relación con su red de apoyo, padre, madre, hermanos.
- 3.2.4 En algunos países se utiliza como sanción, el incremento en la realización de test de drogas y alcohol.

En este contexto, la Fundación Paz Ciudadana ha referido que: «Los programas TTD operan bajo la convicción de que la adicción es una enfermedad crónica tratable y que las recaídas son parte del proceso de rehabilitación. Siguiendo un enfoque cognitivo conductual, en los TTD se premian los logros y se castigan los incumplimientos, según una tabla pre acordada de incentivos que van incrementándose gradualmente. El informe UNODD plantea que "Las sanciones frente a los incumplimientos del plan de tratamiento deben ser prontas, conocidas y consistentes".

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país⁷, todos los programas de TTD utilizan la privación de libertad como la sanción más gravosa posible de imponer antes de la expulsión del programa. Los programas de Estados Unidos, Canadá y Australia, contemplan esta sanción, los programas de Escocia, por ejemplo, cuentan con esta atribución desde julio de 2003, la que les fue concedida en la Ley de Justicia Criminal (de Escocia) de ese año»⁸.

4. Desafíos en torno a la integración social

Si bien la participación del candidato al programa es esencialmente voluntaria, pues él decide si ingresa a TTD o bien se mantiene en la justicia tradicional, el tratamiento de drogas que es establecido por el juez como una de las condiciones a cumplir bajo la institución de la suspensión condicional del procedimiento, según la óptica sanitaria lo es en contexto obligado, pues se enmarca en un instituto legal.

Por lo tanto, ingresar a un proceso de rehabilitación es una decisión personal y voluntaria, la cual es motivada principalmente por un deseo de cambio. El contexto legal en donde se ofrece la opción de tratamiento, genera en los imputados una presión externa y social que difícilmente pueden rechazar, pues existe un temor, socialmente construido, de recibir una sanción penal.

Lo descrito anteriormente explica la importancia de intervenir oportunamente en el plano judicial, pues muchos de los candidatos del programa no hubieran optado en ese momento a tratamiento, por motivación propia.

En este sentido, cobra relevancia la intervención realizada por el centro de tratamiento, la cual debe enfocarse en generar un cambio motivacional en el imputado. El trabajo terapéutico debe centrarse en transformar aquellos aspectos que incentivaron su ingreso al programa, en motivaciones internas. Con el paso del tiempo, con apoyo terapéutico permanente y refuerzo del tribunal, aquellos imputados que, presionados por su involucramiento en el sistema penal ingresaron a TTD, comienzan a vivir experiencias positivas

⁷ Frase agregada.

⁸ Varios autores. "Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, Material educativo". Editado por Catalina Droppelmann Roepke. 1ra. edición, enero de 2010. "Esquema de incentivos graduales", p. 54. Disponible en www.pazciudadana.cl.

relacionadas con la abstinencia y la opción de rehabilitación, por ejemplo: mejoramiento de relaciones familiares, de salud y aspecto físico.

Habiendo hecho estas precisiones, corresponde indicar que en este programa se persiguen diversos objetivos tanto legales como terapéuticos. Desde lo legal, se espera el cumplimiento de las condiciones decretadas por el juez dentro del término de la suspensión y la posterior dictación del sobreseimiento definitivo de la causa. La persecución penal apunta a la resolución del conflicto criminal. Los *Tribunales de Tratamiento de Drogas* apuntan a que el individuo no vuelva a cometer un nuevo delito.

Por otra parte, los objetivos terapéuticos dicen relación con la disminución o detención del consumo de drogas, y la consecuente rehabilitación del candidato. Asimismo, y con igual intensidad, se persigue *la integración social*. Sin ella, no podemos tener un resultado satisfactorio, tanto para el sujeto mismo como para la sociedad, pues se corre el riesgo de la amplificación del delito y la recaída en el consumo de drogas, por parte de un individuo que se encuentra "a la deriva", sin oportunidad de reinserción socio-ocupacional.

El cambio de vida que se espera debe ser producto de una intervención integral generada por el equipo que monitorea el caso, nos referimos aquí a todos los integrantes del equipo del TTD. Le daremos claramente mayor énfasis e importancia en este punto a la coordinación sanitaria, dado que los centros tratantes cuentan con programas de reinserción sociolaboral.

"(...) Los sujetos que ingresan a los programas TTD se encuentran en su mayoría sin un trabajo formal, por lo cual se hace necesario un arduo trabajo de reinserción socio-ocupacional para evitar una futura reincidencia en el delito..."9.

"En el TTD de Toronto, por ejemplo, para que una persona se gradúe, debe cumplir con los siguientes criterios de reinserción, además llevar un mínimo de cuatro meses sin consumir drogas: (i) tener vivienda estable, (ii) tener un trabajo, estar en el colegio o en un curso de capacitación, estar haciendo trabajo voluntario, o estar en el hogar como padre/madre de tiempo completo, y (iii) tener una red de apoyo sólida fuera del centro de tratamiento. El TTD del Bronx (Nueva York, Estados Unidos) exige que el participante esté trabajando o estudiando en horario completo para graduarse"¹⁰.

Por ende, resulta obligatorio reforzar la visión prospectiva que debe tener este programa, con énfasis en el desarrollo, durante y post-tratamiento, de la integración social.

⁹ Droppelmann, Catalina. Fundación Paz Ciudadana. "Análisis del proceso de implementación de los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile". Marzo de 2008. "Capítulo IX, Conclusiones y desafíos; 4. Programas de reinserción", p. 46.

¹⁰ Varios autores. "Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, Material educativo". Op. cit., p 55.

Lo anterior no puede ser obtenido sin un trabajo intersectorial, que en Chile se ha venido desarrollando desde el año 2004, existiendo a la fecha 19 tribunales de garantía adscritos a este programa.

Recientemente, las instituciones que convergen en este programa, esto es, Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Servicio Nacional de Menores, Gendarmería de Chile, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) y la Fundación Paz Ciudadana, firmaron un "Convenio Interinstitucional sobre Tribunales de Tratamiento de Drogas¹¹", en virtud del cual se comprometieron a colaborar en la institucionalización, desarrollo y ampliación de los TTD, a través de la Unidad Coordinadora del Programa del Ministerio de Justicia. En nuestro país, actualmente el programa TTD es liderado por este último organismo.

Con el mismo fin, se encuentra en discusión un pre-proyecto de ley ¹² que intenta dotar a los TTD de una legislación especial, que permita definir claramente sus objetivos, actores y procedimientos, a objeto de mejorar la metodología de trabajo aplicada, y desde luego lograr "una adecuada planificación del tratamiento de rehabilitación para el candidato".

¹¹ Suscrito con fecha 29 de marzo de 2012.

¹² Del Poder Ejecutivo, que persigue establecer normas especiales para el juzgamiento de los infractores con consumo problemático de drogas.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN BERNARDO QUE CONDENÓ POR EL DELITO DE PREVARICACIÓN Y ESTAFA A LA ABOGADA DE DOS IMPUTADOS POR TRÁFICO ILICITO DE DROGAS

Renzo Figueroa Aste1

Introducción

El presente artículo tiene por objeto comentar el fallo dictado por el Juzgado de Garantía de San Bernardo, en causa RUC N°1100823609-9, RIT 14602-2011, de fecha 4 de febrero de 2012, en el que se condenó a la defensora particular de dos imputados por tráfico de drogas, por los delitos de estafa y prevaricación.

Sentencia

Los hechos en que se fundó la acusación se remontan a enero de 2012, fecha en la que la defensora particular Marcia Kern Bascuñán asumió la representación de dos imputados por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas del artículo 4° de la Ley N°20.000.

De acuerdo a lo reseñado por la fiscalía en su acusación la abogada defensora, abusando de su profesión y aprovechándose que uno de los imputados se encontraba en prisión preventiva, procedió a exigir una suma de dinero para la revisión de dicha medida cautelar, argumentando que tal audiencia la habría solicitado previamente para que fuera radicada "... en una sala con un Juez y un Fiscal que necesariamente le otorgarían la libertad..."², razón que habría llevado a su cliente a efectuar el pago de la suma requerida.

No obstante lo anterior, y pese a lo prometido por la defensora, el Tribunal negó la solicitud de revocación de prisión preventiva. Dicha situación llevó a la abogada a solicitar a la imputada una nueva suma de dinero argumentando que el Fiscal a cargo de la investigación le había ofrecido la posibilidad de terminar la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado, previo pago de \$3.000.000 (tres millones de pesos), a pagar en tres cuotas, y que gracias a eso podría obtener una pena inferior a la señalada para ese tipo de delitos la cual además se le tendría por cumplida atendido el tiempo que llevaba en prisión preventiva, lo que obviamente fue aceptado por la imputada.

En virtud de lo señalado, la imputada aceptó expresa y voluntariamente los hechos materia de la acusación, como así también los antecedentes de la investigación en que se fundaron, mostrándose con ello conforme

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

Considerando Primero, Acusación Verbal.

a someterse a un procedimiento abreviado.

A juicio de la Fiscalía, los hechos configuraron el delito de estafa, en concurso ideal con el delito de prevaricación, por lo que se solicitó la aplicación de la pena más gravosa para el tipo penal del delito de prevaricación, en atención a lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal.

Con la aceptación de los hechos y principalmente con los mensajes de texto obtenidos en forma directa del teléfono entregado por la víctima a la Fiscalía, unido a otras pruebas de cargo, el tribunal tuvo por acreditado que efectivamente la acusada asumió en su oportunidad la representación como abogado defensor de ambos imputados por el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N°20.000.

También se pudo acreditar que, ejerciendo tal defensa, les solicitó dinero por concepto de pago de representación, entregando boletas de menor monto y, abusando de la relación de confianza profesional que mantenía con ellos, los engañó fundamentando alguno de dichos pagos en supuestas negociaciones con la Fiscalía para obtener una salida beneficiosa para el conviviente de la imputada y conseguir una "buena Sala", para obtener la inmediata libertad del mismo.

No obstante lo anterior, la Defensa solicitó la absolución de su representada por el delito de prevaricación, toda vez que a su juicio no existió un perjuicio procesal, requisito necesario para configurar el ilícito, señalando que la actuación de la acusada, esto es, haber solicitado audiencia de revisión de prisión preventiva y reuniones con el Fiscal de la causa, se enmarcó dentro del ejercicio de la profesión y del derecho de defensa radicada en su representación como abogado de las supuestas víctimas.

Para el Tribunal, se logró probar la existencia de la relación profesional de confianza entre la acusada y las víctimas, como también la existencia de un abuso malicioso por parte de la primera en el ejercicio de la profesión, provocando con su actuar un perjuicio a quienes eran sus representados, materializado en la obtención de sumas de dinero que perjudicaron en forma dolosa a sus clientes.

En cuanto al requisito del "perjuicio procesal", necesario para configurar el delito y al que aludió la defensa, el Tribunal señaló que el artículo 231 del Código Penal en ningún caso establece dicho requisito, y que el tipo penal es una figura amplia en el sentido de exigir la existencia de un abuso malicioso, lo que implica la presencia de un dolo directo que perjudique en este caso al cliente, cuestión que ocurrió, ya que se provocaron perjuicios económicos como también de carácter procesal, al crearle expectativas a la víctima de posibles salidas procesales beneficiosas a cambio de dinero. Lo anterior claramente configura una conducta de abuso malicioso que excede cualquier tipo de relación profesional o defensa técnica, que se dedujo de los hechos de la causa, ya que la acusada logró el convencimiento por parte de sus representados a través de conductas y negociaciones falsas, imaginarias e injustificadas que provocaron la disposición patrimonial de la víctima³.

En definitiva, el Tribunal estimó que estaba acreditado el delito de prevaricación del artículo 231 del Código Penal descartando absolver por el mismo, toda vez que, como se adelantó, el tipo penal no discrimina entre un perjuicio procesal y uno económico.

Por otra parte, el Tribunal señaló que el delito de estafa, su existencia, consumación, modus operandi y perjuicios económicos en contra de la víctima, se habrían producido a través de actos engañosos que efectuó la imputada, lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 467 del Código Penal, en relación al 468 del mismo texto legal, se materializó haciendo creer a la víctima que entregando una determinada suma de dinero podría negociar con los operadores jurídicos, principalmente con el fiscal de la causa. De esta forma, la disposición patrimonial y el perjuicio económico y procesal de la víctima se concretizó en la entrega de dinero por parte de ésta a la autora, hecho que finalmente fue calificado como delito de estafa en los términos que establece el artículo 467 N°2 y 468 del Código Penal⁴.

Para efectos de determinar la pena a aplicar, la Fiscalía requirió la imposición de la mayor correspondiente al delito más grave, esto es, la establecida para la prevaricación, inhabilitación absoluta perpetua para el ejercicio de la profesión, fundando su solicitud en la existencia de un concurso ideal de delitos, ya que a su juicio un solo hecho constituyó dos delitos.

De esta forma, considerando los antecedentes y la naturaleza de los ilícitos, el Tribunal estimó que en virtud del artículo 75 del Código Penal, existió un concurso ideal de delitos, por lo que correspondía imponer la pena mayor asignada al delito más grave, esto es, la de la figura de la prevaricación, pena que determinada por el tribunal quedó establecida en dos años y un día de suspensión de la profesión titular en su grado máximo más el pago de una multa a beneficio fiscal.

Revisada la sentencia y deteniéndonos en el delito de prevaricación, podemos señalar que si bien normalmente se asocian los delitos de prevaricación a aquellas conductas ilegales cometidas por miembros del poder judicial u otros funcionarios públicos en razón de su cargo, el delito de prevaricación abarca además a abogados y procuradores en ciertas circunstancias y relativo a ciertas conductas ligadas, como dice Etcheberry, a una "infidelidad profesional".

En relación con lo aseverado anteriormente, el delito de prevaricación lo encontramos justamente en el "Título V" sobre crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, específicamente en el numeral 4, en el que del artículo 223 al 227 del Código Penal se tipifica y sanciona esta figura en relación al orden judicial, esto es, en general a los miem-

³ Considerando Quinto.

⁴ Considerando Quinto.

bros de tribunales de justicia. Por su parte los artículos 228, 229 y 230 del Código Penal, tipifican y sancionan conductas de funcionarios públicos no pertenecientes al orden judicial.

El sujeto activo en el delito de prevaricación tiene un carácter amplio que incluye, como dice Etcheberry, a ciertos funcionarios del orden político-administrativo y también a los abogados y procuradores, y si bien no llega a ser un delito común a todos los empleados públicos, directa o indirectamente el delito sigue vinculado a la administración de justicia. Invocando a ANTÓN Y RODRÍ-GUEZ, podríamos caracterizar la prevaricación como la "(...) grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por las personas especialmente obligadas a ello"5.

Para Politoff, Matus y Ramírez, el delito de prevaricación puede clasificarse dentro de aquellos que afectan la correcta administración de justicia, cometidos por magistrados, abogados y otros funcionarios, donde podemos a su vez subdividirlos en prevaricación judicial (fallar contra ley expresa y vigente, otras formas de torcida administración de justicia, prevaricación cohecho y prevaricación solicitación), desobediencia, prevaricación del abogado y procurador y prevaricación administrativa. También podemos clasificarla como un delito contra la administración de justicia cometidos por particulares, donde encontramos el falso testimonio, el perjurio, acusación o denuncia calumniosa, presentación en juicio de testigos o documentos falsos y obstrucción a la justicia⁶.

En el caso en comento, el delito fue cometido por la abogada defensora, por lo que debemos detenernos en el artículo 231 del Código Penal, que es aquel que sanciona a dicho profesional o procurador que "...con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos...".

Según señalan Politoff, Matus y Ramírez, para que se configure el delito no es requisito que el abogado esté patrocinando una causa concreta, es decir, no es necesario tener mandato judicial. Por su parte, perjudicar al cliente supone dolo directo y además la existencia de un perjuicio, de cualquier índole que éste sea, pero si éste se produce a través de un medio engañoso, ese mismo hecho configuraría el delito de estafa, es decir, habría un concurso ideal de delitos⁷.

Para Etcheberry, como dijimos anteriormente, este es un tema de "infidelidad profesional", donde la penalidad está dada por el perjuicio, sin que la ley señale de qué forma la distinta gravedad influye en la pena. Para el autor la forma de causar perjuicio puede ser cualquiera, siempre que ella signifique un abuso mali-

⁵ Citado por Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo V, tercera edición, reimpresión 1999, Editorial Jurídica de Chile, pp. 213 y 214.

⁶ Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, 2005, p. 504.

⁷ Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, 2005, pp. 510, 511, 512.

cioso del oficio, lo que supone un dolo directo⁸.

Al igual que para Politoff, Matus y Ramírez, Etcheberry señala que no es necesario que el abogado haya asumido el patrocinio, sino que basta sólo el hecho de haberlo atendido o asesorado profesionalmente, en cambio en el caso del procurador, y según se desprende de la historia de la ley, es necesario haberle constituido mandato.

Comentario final

En el caso en análisis, y como se señaló, el tribunal tuvo por acreditado que la abogada asumió la representación de las víctimas y que en virtud de ello, en reiteradas ocasiones, les solicitó dinero fundado en gestiones propias de sus facultades como patrocinante, pero que sin embargo algunas de ellas se fundaron en el engaño asociado a la realización de trámites y negociaciones alejadas de una correcta y ética representación, a saber, el de llegar a acuerdo con la Fiscalía para obtener una salida beneficiosa de uno de sus representados y conseguir una "buena Sala" para obtener la inmediata libertad del mismo, lo que constituyó claramente un abuso en la relación de confianza profesional que mantenía la abogada con sus clientes, cuestión que fue probada, señalando el tribunal que dicho abuso fue malicioso y en el ejercicio de la profesión, lo que provocó un perjuicio a sus representados, materializado en la entrega de sumas de dinero que de no mediar engaño no habrían sido entregadas.

Fue justamente ese engaño, sumado al perjuicio económico, el que configuró además el delito de estafa, materializándose un concurso ideal de delitos⁹, entendido como aquel en que un solo hecho es constitutivo de dos o más delitos, o como lo señala Cury: "... cuando con un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces", ¹⁰ situación en que para los efectos de determinar la pena a aplicar, se está a la mayor del delito más grave, esto es, la establecida para la prevaricación.

Texto completo de la sentencia:

San Bernardo, cuatro de febrero de dos mil doce

OÍDOS LOS INTERVI-NIENTES Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el Ministerio Público formuló acusación verbal en contra de MARCIA EUGENIA KERN BASCUÑÁN, cédula de identidad N°XXX, nacida en Portales el día 26 de noviembre de 1960, casada, de profesión abogada, domiciliada en XXX, representado legalmente por el Defensor Penal don Fernando Inzunza por los siguientes hechos:

"La imputada Marcia Kern Bascuñán en su calidad de abogada asumió

⁸ Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo V, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 1999, p. 221.

⁹ Artículo 75 del Código Penal.

¹⁰ Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Parte General Ediciones Universidad Catolica de Chile, 8ª edicion, septiembre 2005, p.663.

en enero de 2012 la representación judicial de J.C.M.C. y L.R.M.P., en causa RUC 1100823609-9, RIT 14602-2011 por el delito de tráfico en pequeñas cantidades seguida ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo; en esa calidad, abusando de su oficio de abogado y en atención a que su ofendido M.C., pareja de L.M., se encontraba en prisión preventiva en la causa antes referida, podreció (sic) a exigir en su perjuicio en horas de la mañana del día 23 de enero de 2012 la suma de \$800.000 para la revisión de prisión preventiva que ella había solicitado previamente fuese radicada "en una sala con un Juez y un Fiscal que necesariamente le otorgarían la libertad"; en razón de lo anterior, doña L.R.M.P., procedió a efectuar el pago de la suma requerida en las afueras del Juzgado de Garantía de San Bernardo en el vehículo de la imputada. Posterior a ello y ante la negativa del Tribunal de Garantía de revocar la prisión preventiva en la audiencia que tuvo lugar con fecha 23 de enero del presente año, procedió nuevamente a argumentarle a L.R.M.P. que el Fiscal a cargo de la investigación le ofreció la posibilidad de concluir la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado para lo cual él habría exigido la suma de \$3.000.000.000 pagaderos los días 03, 10 y 17 de febrero; acuerdo que incluso conllevaba la solicitud de una pena inferior al marco penal establecido en la Ley para el delito que se le imputa; además que permitiera que la pena que se le impusiera se tuviera por cumplida atendido el tiempo que llevaba en prisión preventiva, lo cual fue aceptado bajo la condición de parcializarse el pago

en tres cuotas en la fecha indicada, alcanzando a pagarse solamente la suma de \$20.000 las cuales fueron canceladas el día 03 de febrero en la calle Nuevo Centenario frente al N°1879 de la comuna de Santiago Centro".

A Juicio del Ministerio Público, los hechos antes descritos configuran el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 en relación con el artículo 467 N°2 del Código Penal, en concurso ideal con el delito de prevaricación descrito y sancionado en el artículo 231 del Código Penal grado de desarrollo consumado con participación en calidad de autor de conformidad al artículo 15 N°1 del Código Penal.

El Ministerio Público, estimando que concurre a favor de la acusada la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal; esto es su irreprochable conducta anterior, y en efecto dadas las circunstancias y el concurso ideal alegado, solicita se le imponga la aplicación de la pena más gravosa, para el tipo penal del delito de prevaricación, siendo éste el de Inhabilitación absoluta perpetua para el ejercicio de la profesión y la multa de Once Unidades Tributarias Mensuales.

SEGUNDO: Que en esta audiencia, presente la imputada y la defensa, previa a las advertencias legales, aceptó expresa y voluntariamente los hechos, materia de la acusación como de los antecedentes de la investigación en que se fundan y manifestó su conformidad con el procedimiento abreviado regulado en los artículos

406 y siguientes del Código Procesal Penal.

TERCERO: Oue, concordante en éste caso con la manifestación de voluntad que efectuó la imputada en audiencia, aceptando los hechos de la acusación y los antecedentes de la investigación, el Ministerio Público sustento su acusación Fiscal incorporando los antecedentes de la investigación recabada durante esta etapa consistentes en principalmente: un CD donde contaban los mensajes de textos entre la víctima y la imputada; declaración del Fiscal de la causa de fecha 03 de febrero de 2012 quien da cuenta que ese día la había atendido en una reunión, da que la imputada representa al señor M. y su conviviente, da cuenta como antecedente de la investigación, la efectividad de un análisis de la división jurídica del Ministerio Público de abrir la posibilidad de un procedimiento abreviado, refiere también la declaración del funcionario policial que participó en el procedimiento del día 03 de febrero del corriente, da cuenta la existencia de la entrega por parte de la víctima de un sobre sellado a la imputada y su posterior detención en las cercanías del Centro de Detención Preventiva de Santiago Uno, da cuenta de 4 fotografías donde se señala el sobre con el dinero; copia del acta de audiencia de revisión de prisión preventiva en la cual representa la imputada a la víctima y su conviviente de fecha 23 de enero de 2012; declaración de la víctima y denunciante que refiere principalmente de cómo logra comunicarse con la imputada para obtener sus servicio profesionales, la entrega de sumas de dinero a la imputada, de la suma entregada de 2.300.000 y que solo se habría otorgado boleta de honorarios en una suma muy inferior a lo pagado por la víctima; copias de las boletas de honorarios por abonos en una suma muy inferior a lo realmente pagado por la víctima a la víctima; entrega del teléfono de propiedad de la víctima, donde se dan cuentan las fechas de las comunicaciones, donde se exigía la entrega de sumas de dinero, principalmente el 14 de enero donde se exige la suma de \$800.000 para obtener la libertad del conviviente de la víctima, previa concurrencia de una buena sala, un buen Juez y los hechos materia de la acusación; declaración voluntaria de la imputada posterior a su detención donde solo se pagó \$1.930.000 por parte de la víctima, también reconoce, que las negociaciones que supuestamente se habrían efectuado, fueron falsas y con el sólo fin de obtener entrega de dinero de parte de la víctima, declara que el día de ayer, que se habría solicitado la suma de \$3.000.0000 que supuestamente debían ser entregados derivados de la negociación que habría efectuado la abogada con el fiscal de la causa para obtener alguna solución favorable y la libertad del conviviente de la víctima.

Que todos los antecedentes reseñados precedentemente, los cuales se reproducen en forma extractada; toda vez que fueron detallados íntegramente en la alegación efectuada por el Ministerio Público a los cuales tuvo acceso la Defensa el día de hoy unido a la aceptación de los hechos de la acusación y de los antecedentes de

la investigación, efectuada en forma libre, voluntaria con pleno conocimiento de los derechos que le asisten por parte de la acusada, al tenor de lo que expresamente contempla el procedimiento abreviado del artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal, es posible tener por acreditado, principalmente con lo que se colige en los mensajes de texto que fueron expuesto textualmente por parte del Ministerio Público que habrían sido obtenidos en forma directa por el teléfono entregado por la víctima al Ministerio Público, corroborado también por la declaración de la víctima, la copia de las boletas donde da cuenta por los servicios de honorario y a mayor abundamiento la declaración que prestó la imputada el día de ayer, es posible acreditar que:

- 1.- efectivamente la acusada Marcia Eugenia Kern Bascuñán asumió en su oportunidad en el mes de enero la representación como abogado defensor de confianza de doña L.L.P. y de su conviviente J.M. en causa RUC 1100823609-9, RIT 14602-2011 por el delito de tráfico en pequeñas cantidades seguida ante este Tribunal.
- 2.- También es posible acreditar que una vez que asume como abogado de confianza, la imputada respecto a las dos víctimas ya individualizadas, habría requerido sumas de dinero con la finalidad de obtener por parte de las victimas la entrega de la misma, otorgando una boleta muy inferior a la que originalmente se pago por concepto de la representación de la defensa donde claramente dicha circunstancia obedece a los requerimientos efectuados por la imputada

en ejercicio de la profesión donde dio cuenta, abusando expresamente de la relación de confianza profesional que mantenía con sus representados logró perjudicar mediante el engaño a sus representados a través de la obtención supuestas negociaciones ficticias radicadas principalmente en hechos carentes de realidad, como sería la conversación y negociación que habría mantenido con el Fiscal para obtener una salida beneficiosa para el conviviente de la víctima, antecedentes que también se dan por acreditados con la declaración del Fiscal de la causa, declaración de la víctima, corroborada las boletas de honorarios por servicios profesionales y declaración de la imputada.

3.- Que se tiene por acreditado, con la declaración del Fiscal, de la víctima, el registro de llamados y mensajes de texto entregadas por la víctima al Ministerio Público, de que efectivamente las supuestas entregas y negociaciones que había señalado la imputada para efectos de la entrega de dinero de parte de su clienta, darían cuenta de circunstancias de que supuestamente existía una negociación por parte del Fiscal de la causa donde con la finalidad de obtener soluciones favorables como la libertad del conviviente de la víctima en la causa, respecto del cual, también se tiene por probado de la sumatoria de dinero entregada por servicio de honorario la suma de \$800.000 se habrían entregado directamente por la víctima a la imputada con el objeto de obtener una buena Sala, Juez Y Fiscal con la finalidad de obtener inmediata libertad del conviviente de la víctima, corroborándose dicha circunstancia, con el hecho de la supuesta entrega de dinero de \$3.000.000 que debería efectuarse posteriormente en tres ocasiones, siendo la primera de ellas el día 03 de febrero por la suma de \$1.000.000 cada una de ellas, suma que solamente se habría efectuado en la cantidad de \$20.000 el día de ayer y que motivó la detención de la imputada en situación de flagrancia.

CUARTO: Que, por su parte el día de hoy la Defensa de la acusada ha solicitado la absolución de su representada en su calidad de autor del delito de prevaricación, toda vez que a juicio de la defensa, solamente se requiere para efectos de acreditar el tipo penal de la prevaricación la existencia de un perjuicio procesal, no siendo esta la circunstancia, da cuenta de que los antecedentes de la causa en lo cual ha aceptado su representada en ningún caso refieren de una perjuicio procesal, sino más bien sería una circunstancia propia del ejercicio de la profesión dentro del derecho a defensa lo que implicaría solicitar audiencia de revisión de prisión preventiva como lo que habría ocurrido y reuniones con el Fiscal de la causa, siendo claramente dentro del ejercicio de la profesión dentro del derecho de defensa radicada en su representación como abogado respecto a las víctimas.

Respecto del delito de estafa la Defensa, nada indica en lo que respecta a la calificación jurídica de éste segundo delito ni tampoco respecto de la participación y grado del mismo; a raíz de lo anterior, la Defensa solicita solamente la san-

ción por el delito de estafa y en base a ello, solicita la rebaja de la pena en base a las circunstancias minorantes que beneficiarían a su representada de irreprochable conducta anterior y de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, con lo cual solicito la defensa la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, la multa en la parte inferior y su respectiva rebaja en cuotas, asimismo la concesión de beneficios de remisión condicional de la pena.

QUINTO: Que, habiendo ya dado por establecido los hechos en el numeral III solamente procede determinar la calificación jurídica verificando principalmente los hechos acreditados unidos a los antecedentes de la causa; de acuerdo al mérito de los antecedentes que se han dado por acreditado en la presente sentencia donde, se logró probar la existencia de la relación profesional de confianza entre acusada y las victimas en cuya asumió la representación de dichos clientes en donde existió un abuso malicioso efectuada por parte de la acusada en el ejercicio de la profesión que provocó un perjuicio a las víctimas en su actuar, toda vez que la imputada solicitó la obtención de sumas de dinero de 800 mil pesos y posteriormente tres millones de pesos con la finalidad de obtener dicho dinero perjudicando en forma dolosa a los clientes; lo que se acredita con la declaración de la víctima. la existencia de llamados de teléfono y mensajes de texto que dan cuenta de dicha circunstancia, los que si bien, tal como señala la defensa, dan cuenta la inexistencia de un perjuicio

procesal, no es menos cierto, que a juicio de este Tribunal el artículo 231 en ningún caso se posesiona dentro de la hipótesis de la existencia de un perjuicio de carácter procesal toda vez que el tipo penal es amplio en el sentido de la existencia de un abuso malicioso, lo que implica la existencia de un dolo directo que perjudique a un cliente, lo cual se ha ocurrido en este caso, ya que se ha provocado también a raíz de existencia de perjuicios económicos y a nivel de defensa de carácter procesal en la causa, toda vez dando expectativas a la víctima de la existencia de salidas procesales beneficiosas para el conviviente de la víctima, se logró la obtención de dineros de parte de la imputada derivado de una conducta de abuso malicioso que excede cualquier tipo de relación profesional o defensa técnica, que se podría haber deducido de los hechos de la causa, ya que la acusada logró el convencimiento por parte de sus representados a través de conductas falsas de negociaciones falsas e imaginarias, injustificadas que provocaron la disposición patrimonial de la víctima. Es por ello que el Tribunal, estima que dadas dichas circunstancias, es posible acreditar el delito de prevaricación del artículo 231 del Código Penal descartando lo que implica absolución que ha solicitado la Defensa, toda vez, que el tipo penal no requiere únicamente la existencia de un perjuicio procesal, sino también el tipo penal no discrimina lo que es un perjuicio a nivel procesal y la existencia de perjuicios económicos a raíz de la misma relación de confianza.

La existencia del delito de prevaricación y su consumación y la existencia de perjuicios económicos provocados en contra de la víctima y el modus operandi, se produjo a través de actos engañosos que efectuó la imputada, donde de acuerdo a los criterios que establece el legislador en el artículo 467 del Código Penal en relación al 468 del mismo texto legal, se basa en negociaciones imaginarias y engaños efectuados que supuestamente habría realizado la imputada con los operadores jurídicos, con Ministerio Público y principalmente con el fiscal de la causa, lo cual es corroborado con la declaración de la imputada. Estamos en presencia de un actuar de la imputada, donde a raíz de un engaño, existió una disposición patrimonial de la víctima, en cuyo a través del engaño y error se logró un perjuicio económico y también procesal de la víctima, la cual debe ser calificado del delito de estafa en los términos que establece el artículo 467 N°2 y 468 del Código Penal. El Tribunal estima que ambos ilícitos se encuentran en grado de desarrollo de consumados, lo que se establece principalmente de la dinámica de los hechos, declaración del funcionario aprehensor, declaración de la víctima y los mensajes de texto. En cuanto a la participación, se estima que en ambos casos, le corresponde en calidad de autor conforme lo establece el artículo 15N°1 del Código Penal, toda que participó en la ejecución de los delitos de manera directa e inmediata, lo cual se desprende del análisis de los antecedentes vertidos y que dan cuenta de la declaración de la víctima, registro de llamado, mensaje de texto y declaración de fiscal de la causa.

SEXTO: Que, se tienen por acreditados las circunstancias modificatorias del artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal, éste último no solamente por la colaboración prestada de conformidad con los términos del artículo 407 del Código Procesal Penal, sino por también por el hecho de la declaración prestada por la acusada en dependencias del Ministerio Público, las que refuerzan los antecedentes de la carpeta de investigación.

SÉPTIMO: Así las cosas, para efectos de la determinación de la pena al caso concreto, el Ministerio Público, ha requerido la imposición de la pena del delito más grave, prevaricación, fundando su solicitud, en la existencia de un concurso ideal de delitos, ya que a juicio del ente persecutor un solo hecho constituyó dos delitos. Requiriendo la pena mayor asignada al delito más grave de inhabilitación absoluta perpetua para el ejercicio de la profesión.

El Tribunal considerando los antecedentes que se han podido establecer y la naturaleza de los ilícitos por las cuales se ha presentado acusación, desestimando la alegación expuesta por la defensa en base a los antecedentes señalados en los motivos anteriores y también la circunstancia que constituyó los delitos de prevaricación y estafa en un solo hecho; es que el Tribunal estima que se da en la especie, conforme lo establece el artículo 75 del Código Penal la existencia de un concurso ideal de delitos donde claramente procede en la

imposición de la pena, la mayor asignada al delito más grave. Estimando que la pena más grave es por el delito de prevaricación, la imposición de la pena debe ser por la sanción del delito más grave, en el que, conforme lo dispone el artículo 68 del Código Penal, para establecer los criterios de determinación de pena, la entidad de las circunstancias minorantes de responsabilidad, la extensión del daño, el prejuicio provocado a las víctimas, el Tribunal, conforme a los criterios que establece el artículo 69 del Código Penal; procederá la rebaja a la pena solicitada por el Ministerio Público en tres grados, conforme lo establece el artículo 68 inciso tercero del Código Penal, por lo que se aplicará la sanción en el tramo de suspensión de cargo u oficio publico o profesiones titulares en su grado máximo como se dirá en lo resolutivo de la presente sentencia.

En el caso de la multa; el Tribunal, estimando la entidad de las minorantes de responsabilidad y el perjuicio provocado, va a aplicar la multa en la parte mínima autorizando la concesión de parcialidades para su pago, conforme a los criterios del artículo 70 del Código Penal y las alegaciones de la defensa.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 9, 14, 15 N°1, 18, 21, 25, 30, 50, 56, 68, 69, 70, 75, 231, 467 n°2 Y 468 del Código Penal; artículos 36, 297, 340, 342, 406 y siguientes del Código Procesal Penal; **SE DECLARA:**

I.- Que se condena a MARCIA EUGENIA KERN BASCUÑÁN,

ya individualizada, como autor del delito de PREVARICACIÓN en concurso ideal con el delito de ESTAFAS, ambos cometidos en grado de desarrollo consumado y perpetrado en el territorio jurisdiccional de este Tribunal, a sufrir la pena única de DOS AÑOS Y UN DÍA DE SUSPENSIÓN DE PROFESIÓN TITULAR EN SU GRADO MÁXIMO y al pago de una multa a beneficio fiscal de ONCE UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUAL.

II.- Autorizase el pago de la multa impuesta en 11 parcialidades, iguales, mensuales y sucesivas, a la razón de una unidad Tributaria mensual, las que deberán ser enteradas durante los últimos cinco días de cada mes, a contar del mes de febrero del actual.

El no pago de una de las cuotas hará exigible el total de lo adeudado y si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena 55 días de reclusión, a razón de un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual.

III.- Por haber aceptado el sentenciado someterse a las normas del procedimiento abreviado, lo que evitó la realización de un juicio oral y público, exímasele del pago de las costas de la causa.

Ejecutoriada que sea la presente sentencia, dése cumplimiento oportuno a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiando a las instituciones que corresponda.

Registrese.

RUC 1200133218-8

RIT 1344 - 2012

Dictada por don(ña) MARIA JOSE MORENO BRAVO, Juez Titular del Juzgado de Garantía de San Bernardo.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

PROCEDENCIA DE LOS BENEFICIOS DE LA LEY N°18.216 PARA LOS CASOS DE VIOLACIÓN IMPROPIA Y VIOLACIÓN CON HOMICIDIO

Edison Carrasco Jiménez¹

1. Preliminares

En la Ley N°18.216 que: "Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala", la regla general es la plena procedencia de los beneficios de la Ley 18.216 para el caso de delitos sexuales, salvo para los casos de violación impropia y de violación con homicidio, con las limitaciones de edad que allí se señalan tratándose de este último delito².

En efecto, el artículo 1° inciso 2° de la Ley 18.216 señala:

"No procederá la facultad establecida en el inciso precedente [de otorgar las medidas de la Ley N°18.216] tratándose de los delitos previstos en los artículos 362 y 372 bis del Código Penal, siempre que en este último caso la víctima fuere menor de 12 años".

Sin embargo, esta disposición, ha arrastrado un problema, toda vez que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°19.927, se elevó el límite etario en el delito de violación impropia del artículo 362 del Código Penal, de doce a catorce años. Sin embargo, no se modifica el inciso precedente de la Ley N°18.216.

En las situaciones en concreto, donde existen víctimas de violación impropia de un mayor de doce y menor de catorce años, o en los casos de violación con homicidio de un menor de catorce años, pero mayor de doce ¿procede o no el beneficio de la Ley N°18.216?

Esta es una situación que en general la doctrina penal nacional no se ha referido, y por consecuencia es la jurisprudencia aquella que necesariamente se ha

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

² Hoy por hoy existen una serie de proyectos de ley en tramitación que amplían a otras conductas típicas en delitos sexuales, la prohibición de la Ley 18.216, tales como a la violación propia, o a la reiteración de abusos sexuales contra menores, con lo cual en estos casos, no se haría procedente los beneficios (Vid. Proyecto de Ley que Modifica el Código Procesal Penal, en materia de prisión preventiva y la ley N°18.216 en materia de otorgamiento de beneficios carcelarios a condenados Boletín N°8055-07; Proyecto de Ley para restringir beneficios establecidos en ley 18.216 para condenados por delito de abusos sexuales cometidos contra menores de edad, Boletín N°3914-0).

pronunciado, y además, de modo casi unánime en un sentido interpretativo bien definido.

Este sentido, puede ser apoyado aun más, por la historia fidedigna del establecimiento de la disposición en comento.

Igualmente, y a raíz de esta misma situación, queda expuesta la circunstancia de los doce años como límite etario en comparación a los catorce fijados como edad límite para el estatuto general de los delitos sexuales. ¿Por qué el de su presencia en el texto legal, pese a haberse modificado la edad límite para la víctima, en catorce años?

Todas estas cuestiones serán revisadas a continuación.

2. Exposición de la jurisprudencia

la jurisprudencia ha sido prácticamente unánime en denegar los beneficios aludidos ante las situaciones ya especificadas. Salvo una sentencia en particular y a examinar por nosotros *Infra*, frecuentemente no se explicita al detalle los fundamentos de la negativa, recurriendo a argumentos tales como la extensión de la pena impuesta por la ley al delito para rechazar la concesión de los beneficios, o a la fórmula general del hecho que no se cumplen los requisitos establecidos por la Ley para otorgarla. En las que se explicita algún argumento, éstos van en la dirección de estimar improcedente la concesión de beneficios alternativos, por el tenor literal de lo que prescribe el artículo 1°, inciso final, de la Ley 18.216³.

El fallo al que hacíamos alusión y que se pronuncia de modo argumental más consistente y extenso que los anteriores citados, es una Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 27 de octubre de 2008, la que deniega un Recurso de Apelación en contra de la Sentencia condenatoria del Juzgado de Garantía de Los Andes de fecha 17 de octubre de 2008, dictada en procedimiento abreviado⁴.

La Sentencia recién señalada del Juzgado de Garantía de Los Andes, y para el caso de violación a una menor de doce años, no sólo condena, sino además

^{3 &}quot;De acuerdo a lo expresamente señalado en el artículo 1° de la ley 18216..." (STOP, 1° Santiago, 28-1-2008, Parte resolutiva, IV, RIT. 100-2.007, RUC 0600146602-8); "Que no se le concede ninguno de los beneficios previstos en la Ley 18.216, por [que] ello resulta improcedente al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del citado cuerpo legal", (STOP, 2° Santiago, 24-2-2009, Parte resolutiva II, R.I.T. 7-2009, R.U.C. 0800113369-2); "... debiéndose considerar que no proceden los beneficios de la ley 18.216, en virtud de los dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 de la expresada normativa" (STOP, 1° Santiago, 27-10-2006, Parte considerativa, vigésimo quinto, RIT N°40-2006, RUC N°0500616446-5. En el mismo sentido, STOP, 5° Santiago, 20-08-2007, Parte considerativa, Considerando noveno, RIT N°17-2007, RUC N°0500620938-8).

⁴ RUC N°0800820175-8, RIT N°4393 – 2008.

deniega los beneficios de la Ley N°18.216, fundado en el hecho de la "prohibición expresa del artículo 1 de la Ley 18.216"⁵.

El Tribunal de Alzada, por su parte, y ante la apelación de la defensa en contra de la Sentencia del Tribunal *a-quo* recién nombrada, determinó que el límite de los doce años era aplicable a la mención del art. 372 bis, y no a la del art. 362, basado en el tenor literal del Artículo 1° inciso final de la Ley en comento, por señalar aquella "siempre que en este último caso [del 372 bis] la víctima fuere menor de doce años". Los siguientes considerandos así bien lo expresan:

"Primero: Que el delito por el cual resulta condenado (...) es el contemplado en el artículo 362 del Código Penal, esto es, el de violación de menor de catorce años, resultando aplicable la prohibición del artículo 1° inciso final de la Ley N°18.216, en orden a que de imponerse la condena por tal ilícito, no se puede conceder al sentenciado ninguno de los beneficios contemplados en la citada ley.

Segundo: Que, en cuanto a la alegación formulada por la defensa en orden a que la menor víctima tendría trece años de edad y no doce como los exige la norma prohibitiva a que se ha hecho referencia, se tiene presente que esa limitación está referida para el supuesto del artículo 372 bis del Código Penal, y no respecto del delito por el cual queda condenado el mencionado imputado, motivos suficientes para desestimar el recurso de apelación deducido por esa parte"⁶.

Del fallo se extraen las siguientes inferencias. En primer lugar, la sentencia considera la disposición del artículo 1° inciso final, una norma prohibitiva como expresamente se le representa. En segundo lugar, que tal prohibición abarca dos casos diferenciados: a) el que no pueda otorgarse por el por el Juez, el beneficio que las medidas significan, a los condenados por el delito del art. 362 del Código Penal; b) el que no pueda otorgarse por el Juez, los beneficios aludidos a los condenados por el delito del art. 372 bis del Código Penal siempre que en este caso la víctima sea menor de doce años.

Sobre la misma se pronuncia la Corte Suprema que conoce de la resolución de la Corte de Apelaciones vía recurso de queja, la cual lo desecha fundado en que no existió falta o abuso grave en la interpretación del Tribunal de Alzada⁷. Es así como se resuelve:

"Que del mérito de los antecedentes y lo informado por los jueces recurridos, se advierte que los sentenciadores han dado correcta aplicación a

⁵ Considerando II, SJG Los Andes, 17/10/2008, RUC N°0800820175-8, RIT N°4393-2008.

⁶ Considerando 2°, RIT 4393-2008, Rol 1108-2008.

⁷ SCS, 7-4-2009, Rol N°6694-08.

la norma del artículo 1, inciso final, de la Ley N°18.216 y, en todo caso, procedieron en uso del derecho privativo que ésta les confiere en la interpretación de las normas jurídicas en relación a las situaciones de hecho que deben conocer, de modo que no es posible concluir que hayan incurrido en falta o abuso grave que amerite la actuación de la Corte por esta vía".

Como puede notarse, la tónica en todos los casos expuestos, considera a dicha disposición del artículo 1° inciso final de la Ley N°18.216, la expresión de una norma prohibitiva, y por ende, les impediría actuar de modo contrario a la prohibición, y donde dicha prohibición está referida al art. 372 bis y no al art. 362 del Código Penal⁸.

Considérese además que todos los fallos revisados aquí, son posteriores a la Ley N°19.927 que es la que introduce la elevación de la edad cronológica del sujeto pasivo de violación impropia, de los doce años a los catorce años. Ninguno de los fallos revisados ni aludidos, hace mención de las diferencias existentes en los márgenes etarios, o que tal diferencia en el texto de la ley sea un impedimento para ser considerada como norma prohibitiva, y por ende, fundamento de la denegación de los beneficios alternativos de la misma Ley N°18.216.

3. Elemento de intepretación histórico: la historia fidedigna de la Ley N°19.617

La Ley N°19.617 es aquella que incluye el inciso final del artículo 1° de la Ley 18.216 en comento.

El trámite del Veto Presidencial al Proyecto de la Ley N°19.617, es quien materialmente lo incluye, y entre sus fundamentos, explicita cómo en las dos situaciones representadas por los art. 362 y art. 372 bis del Código Penal el límite de doce años es aplicable para uno y otro caso de forma separada. Es así como expresa:

⁸ Esta tesis parece ser acogida en los fundamentos del "Proyecto de Ley para restringir beneficios establecidos en ley 18.216 para condenados por delito de abusos sexuales cometidos contra menores de edad". En efecto, en el fundamento N°1 del Proyecto se señala lo siguiente: "Se establece por el artículo 1° de dicha ley que no podrán aplicarse las medidas alternativas en el caso de personas condenadas por el delito de violación cometida contra un menor de 14 años (artículo 362), y de violación con resultado de muerte, siempre que la víctima fuere menor de 12 años". Y en el fundamento N°2, se expresa: "Por último, se propone modificar el inciso segundo del artículo 1° de la ley 18.216, para actualizar la edad de protección legal establecida en la ley 19.927, sustituyendo 12 por 14 años en la referencia hecha a propósito de la violación con resultado de muerte" [el resaltado es nuestro] (Boletín N°3914-0, p. 1 y 2), [Disponible online: http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=4308&tipodoc=mensaje_mocion], [fecha de visita: 17/4/2012].

"Elimina la posibilidad que los condenados por los delitos del artículo 362 del Código Penal –violación de menores de 12 años— y del artículo 372 bis del mismo Código –violación con homicidio, en este último caso si la víctima se tratare de una persona menor de 12 años—, puedan acogerse a las medidas de libertad vigilada, remisión condicional de la pena y reclusión nocturna, declarando expresamente que ellos no procederán en ninguno de estos casos" [el resaltado es nuestro].

Se puede comprobar como de la expresión que señala el veto en este texto, tanto la referencia al art. 362 como al art. 372 bis del Código Penal, contienen un señalamiento expreso de la edad límite de doce años de modo específico y separado, y cómo la mención de la expresión del inciso sobre los doce años se efectúa solo al último caso del art. 372 bis del Código Penal.

4. Observaciones y analítica

a. Referencia única al artículo 372 bis del Código penal según el elemento gramatical

La salida hermenéutica del fallo de la Corte de Apelaciones no se encuentra lejana de fundamento sólido, ya que realiza una *interpretación gramatical* basada –aunque no se diga expresamente– en la existencia de la coma (,) como signo que atribuiría un significado semántico distinto a la expresión entera que contiene la referencia al artículo 372 bis, en relación a la expresión anterior y que refiere al artículo 362 del Código Penal.

En efecto, una primera estructura gramatical estaría construida por la oración "tratándose de los delitos previstos en los artículos 362 y 372 bis del Código Penal". No podría considerarse la mención a ambos artículos como dos estructuras distintas (art. 362 / art. 372 bis), ya que ambos se encuentran unidos por la conectiva copulativa "y".

La segunda estructura reza: "siempre que en este último caso la víctima fuere menor de 12 años". Esta estructura se diferencia de la anterior, por la utilización del signo lingüístico (,), estando referida al segundo artículo citado como primer guarismo (372 bis), y no al primero de ellos (362).

Esto es así, y en primer lugar, por la expresión "siempre que en este último caso", lo que semánticamente indica que su referencia es al segundo guarismo, y no al primero, ya que el último caso mencionado, es el del art. 372 bis, y además señala en singular al 'último caso', y no en plural, a estos 'últimos casos', con lo que claramente no se aplica el límite etario de los doce años al caso de

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°19.617, Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación, 12 junio 1999, p. 727.

la violación impropia del art. 362. En segundo lugar, porque el uso de la coma, permite que esta segunda estructura se use *si y solo si* la referencia semántica es al segundo guarismo y no al primero también, con lo que la coma cumple funciones de exclusión y exclusividad semántica. El uso de la coma contrarresta semánticamente la significación semántica (no en su valor sintáctico) que equívocamente podría haber tenido la conectiva "y" como copulativa en la oración.

Referencia de los doce años de edad

No consideramos como una regulación especialísima la del caso del artículo 372 bis del Código Penal en relación al estatuto general del menor de edad sujeto pasivo de delitos sexuales, como para contar aquí, con un sujeto pasivo menor de doce años.

Como se sabe, la Ley N°19.927 modifica dicho estatuto general, al elevar la edad de doce a catorce años del sujeto pasivo menor de edad en los delitos sexuales. Por ende, no creemos que respecto de esta disposición la ley penal hubiese de hacer una excepción particularísima a dicho estatuto, sin además contar con algún fundamento racional que apoye la idea de mantener los 12 años como límite.

Por ende, entendemos esta referencia a los doce años de modo específico como límite etario, más bien, como un olvido del legislador, y que por algo motiva su propuesta de modificación por los proyectos de ley que hoy se ocupan de intentar la reforma de la Ley N°18.216¹º.

De ahí que, el argumento jurídico que estimamos para la situación a la referencia al 372 bis, es la consideración de una derogación tácita y parcial de la edad de doce años por catorce años que efectuaría la Ley N°19.927, al ser reformado el estatuto general de la edad del sujeto pasivo como límite etario mínimo.

5. Conclusión

Como ha podido comprobarse, la jurisprudencia en la totalidad de los casos revisados, junto con aquella emanada de los Tribunales Superiores de Justicia, se dirige en el sentido de estimar que en los casos en que se presenta una violación impropia cuya víctima sea menor de catorce años pero mayor de doce años, la prohibición dirigida al Juez de imponer medidas alternativas de la Ley N°18.216, también es procedente en este caso, ya que la limitación de edad de los doce años que señala el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°18.216 se refiere al artículo 372 bis y no al artículo 362 del Código Penal.

¹⁰ El ya mencionado *Supra*, "Proyecto de Ley para restringir beneficios establecidos en Ley 18.216 para condenados por delito de abusos sexuales cometidos contra menores de edad", Boletín N°3914-0.

Tal decisión nos parece acertada, en virtud que del tenor literal se extrae claramente la inferencia antes señalada, más aun cuando no existe un elemento interpretativo que contraste al elemento gramatical en la interpretación de la disposición, por el contrario, súmase a aquél el elemento histórico.

Por su parte, y según nosotros, la referencia al límite etario de los doce años que efectúa la última parte del inciso ya indicado, lo entendemos como un olvido del legislador y punto para su corrección futura, y que respecto de él existe una derogación tácita en la edad de la víctima.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA CONDENA POR EL DELITO DE SECUESTRO CON HOMICIDIO

Catalina Duque González¹

I. Aspectos generales

En este artículo se analizan los aspectos más relevantes de la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal (TOP) de Antofagasta con fecha 11 de enero del año 2012², por el delito de secuestro con homicidio. La investigación fue desarrollada por la Fiscalía Local de Antofagasta y da cuenta de un hecho que causó conmoción pública y que implicó un número importante de diligencias de investigación.

Abordando en términos generales el fallo, cabe señalar que se trata de una sentencia condenatoria por el delito de secuestro con homicidio, figura penal contenida en el artículo 141 inciso 5° del Código Penal. La pena impuesta al condenado fue de presidio perpetuo calificado más accesorias y costas.

Esencialmente, los hechos que se tuvieron por acreditados consisten en que, con fecha 27 de noviembre de 2010, pasadas las 23:00 horas, C.J.B., mientras se dirigía hacia su hogar fue abordada por el acusado, D.R.P -empleado de la empresa Audiocar allí emplazada, que vivía en una habitación instalada sobre el taller- quien en contra de la voluntad de la ofendida, luego de hacerla ingresar a dicho recinto, la privó de su libertad ambulatoria por al menos tres horas, lapso durante el cual, ante la resistencia de la joven, la agredió con golpes en su cuerpo y cabeza -ocasionándole diversas lesiones, rasgando además la polera que vestía- como asimismo la amordazó, empleando tanta fuerza que el género utilizado para ello se incrustó en la mandíbula de la víctima, causándole ello la muerte. Después de las 02:00 de la madrugada del domingo 28 de noviembre y antes de la mañana del día lunes 29 de noviembre, utilizando un bus del taller donde trabajaba, D.R.P se trasladó hasta la Ruta B-400 de Antofagasta, lugar donde abandonó el cuerpo sin vida de C.J.B. a la orilla de un camino alternativo, aproximadamente a 500 metros de distancia de la mencionada ruta, lugar donde un tercero lo encontró el día 24 de diciembre de 2010.

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

² Causa RUC 1001114210-4 y RIT 316-2011.

II. Aspectos doctrinarios

a) Conducta

Los verbos rectores de la figura penal del secuestro son "encerrar" y "detener". Ambas conductas se traducen en impedir ejercer la facultad de cambiar de un lugar libremente³.

Por detención se ha entendido "(...) la aprehensión de una persona, acompañada de la privación de su libertad. Incluye conductas tales como amarrar, aturdir, narcotizar, etc. Consiste en obligar a una persona a estar en un lugar contra su voluntad, privándosela, así, de su libertad ambulatoria, siendo indiferente el medio empleado para ello"⁴.

En el caso en concreto, se trata del verbo rector "detener", específicamente, tal como refiere el Tribunal Oral de Antofagasta, "(...) D.R.P. –empleado de la empresa Audiocar allí emplazada, que vivía en una habitación instalada sobre el taller– quien en contra de la voluntad de la ofendida, luego de hacerla ingresar a dicho recinto, la privó de su libertad ambulatoria por al menos tres horas, lapso durante el cual, ante la resistencia de la joven, la agredió con golpes en su cuerpo y cabeza –ocasionándole diversas lesiones, rasgando además la polera que vestía– como **asimismo la amordazó**, empleando tanta fuerza que el género utilizado para ello se incrustó en la mandíbula de la víctima"⁵.

b) Bien jurídico

Como apuntan Politoff, Matus y Ramírez, "Los principales bienes jurídicos protegidos en delito de secuestro son la seguridad individual y la libertad ambulatoria. Esta no es más que una especificación de la libertad, la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto, referida a la capacidad del sujeto para trasladarse de un lugar a otro".

Libertad ambulatoria "(...) se la define como la facultad de fijar libremente su situación espacial sin ninguna otra limitante que respetar la libertad ajena"⁷.

³ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, p. 194.

⁴ Ibíd.

⁵ Considerando sexto de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

⁶ Politoff, S., Matus, J.P., Ramírez, M.C., Ob. cit. p. 193.

⁷ Martiñón Cano, Gilberto Delito de Secuestro Editorial de la Universidad de Granada, p. 74, recuperado http://libro.ugr.es/bitstream/10481/2048/1/17658822.pdf, el 19/03/2012, 12:00 horas.

Conforme lo ha señalado la doctrina, el delito de secuestro es considerado un delito de lesión, "(...) ya que para que se considere consumado es necesario el menoscabo de la libertad ambulatoria"8.

En conclusión, se advierte que los bienes jurídicos en juego son de carácter esencial, tanto a nivel individual como social. En el caso del delito de secuestro con homicidio, en donde también se protege la vida humana, la entidad y pluralidad de los bienes jurídicos protegidos por la figura explicaría que nos encontremos ante el margen máximo de la escala de penas, como es el de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

c) Regla de subsidiaridad expresa

Conforme a lo dispuesto en el Art. 141 inc. 5° CP⁹ "cuando los mayores daños se producen después de comenzado el secuestro, las reglas de agravación de esta figura operan como **reglas de subsidiaridad expresa**, estableciendo la penalidad aplicable. Así, si durante un secuestro deciden los secuestradores violar a una de las aprehendidas, no se produce un concurso de delitos, sino se aplica directamente la figura del Art. 141 inc. 5° CP"¹⁰.

En el caso en comento, habiéndose cometido además el delito de homicidio, corresponde aplicar esta regla de subsidiaridad expresa. Lo anterior resulta en la asignación de una penalidad hiperagravada, cuyo marco oscila entre el presidio mayor en su grado máximo y el presidio perpetuo calificado.

Finalmente, en este apartado cabe hacer presente que el delito de secuestro, para la doctrina mayoritaria, es un delito permanente. En el caso concreto del Art. 141 inc. 5 puede conjugarse con otros tipos penales como son por ejemplo el homicidio o la violación. "El secuestro es un delito de lesión y además de aquellos delitos llamados permanentes, debido a que se realiza todo el tiempo mientras perdura la privación de la libertad. Esta última característica es importante para las cuestiones relativas a la participación, la legítima defensa, el **tempus delicti** y la prescripción"¹¹.

⁸ Ibíd.,, p. 127.

^{9 141} inc. 5° CP " El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado".

¹⁰ Politoff, S., Matus, J.P., Ramírez, M.C., Ob. cit., p. 197.

¹¹ Ibíd., p. 196.

III. Aspectos de interés de la sentencia analizada

a) Aspectos probatorios

1. Prueba por medios indirectos

Resulta de interés el análisis por parte del Tribunal Oral de la prueba rendida por el Ministerio Público, puesto que dadas las circunstancias de ejecución del delito, no se contó con testigos presenciales del acometimiento, como tampoco de la detención y la muerte de la víctima. Así, el considerando quinto señala al respecto: "Que la Fiscalía ratificando su acusación expresó los hechos se demostraran no por medios directos, sino otros que permitan reconstruir lo ocurrido; agregando, que la privación de libertad en este caso fue mayor al tiempo necesario para dar muerte a la víctima; en tanto la Querellante, adhiriéndose ratificó las pretensiones de cargo contenidas en la acusación, explicando además, que la complejidad de la prueba determinará tres etapas, la primera que fue la privación de libertad de la víctima; la segunda la muerte de ésta y circunstancias en que ocurrió; y finalmente los actos destinados a garantizar su impunidad. En concordancia por lo mismo, sostiene además la demanda civil en todas sus partes".

Es así que la Fiscalía, esencialmente a través de prueba testimonial y pericial, reconstruye los hechos y establece la participación culpable del acusado.

A) PRUEBA TESTIMONIAL

Establecimiento de la hora, lugar de los hechos, presencia de la víctima e imputado

- Contiene el fallo la declaración de testigos que compartieron los últimos momentos con vida de la víctima, de la cual se despiden alrededor de las 23:00 horas del día de los hechos, luego testigos que declaran que el imputado se encontraba en el lugar de los hechos a las 22:50 de la noche resultando sospechoso que vestía con ropas oscuras, que mantenía el portón del lugar abierto y la luz apagada. Luego la declaración de un testigo que vivía a unos metros del lugar de los hechos y que "siente a eso de las 23:00 horas un grito de pánico y angustia de una mujer joven y luego otro grito apagado, los que parecían venir del taller de Audio Car" (lugar de los hechos). Un testigo que señala que el día de los hechos en la noche, como 22:50 horas dejó el vehículo Bus Hygger patente XXX en el taller de Audio Car y que al día siguiente, se encontraba estacionado en otro lugar del taller¹².

¹² Considerando décimo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

- Resultan de importancia los dichos de funcionarios policiales quienes, a través de las diligencias de búsqueda (por presunta desgracia) primero, y luego de investigación (delito de secuestro con homicidio), entrevistan a los testigos ya mencionados en párrafo precedente y también a la ex conviviente del imputado quien les señala que el día de los hechos, entre las 22:00 y 22:30 horas el imputado telefónicamente le indica que ese día no se encontrarán y que él se quedará en su pieza, en el taller de Audio Car¹³.

Análisis del registro del tacógrafo del bus Hygger

Otra diligencia se relaciona con el posterior traslado de la víctima, al lugar de su hallazgo.

De esta diligencia dan cuentan los funcionarios policiales y dice relación con el uso del bus Hygger patente XXX por parte del condenado para el traslado del cuerpo de la víctima desde Audio Car hasta la Ruta B-400 donde fue encontrada. Se realiza por los funcionarios el referido trayecto dejando al inicio el tacógrafo en cero y se recorre desde Antofagasta hasta la ruta B-400, luego hasta el lugar del hallazgo y se toma dirección a Antofagasta; al llegar a la empresa señala el tacógrafo 96 kms. Esta información permitió realizar el comparativo con el tacógrafo del Bus Hygger patente XXX, ya que la misma noche de los hechos por uno de los testigos se deja constancia del kilometraje a ese momento y al día siguiente se advierte la diferencia de kilometraje del bus en cuestión¹⁴.

Análisis de perfil del sospechoso

Conforme al considerando undécimo, M.A.V.P., Sargento de Carabineros quien realizó diligencias para establecer antecedentes del sospechoso, señaló que "(...) R.P. aparecía registrando anotaciones penales por robo por sorpresa, con intimidación, violaciones reiteradas y hurtos, causa de los Tribunales del Crimen y una última, en la Fiscalía que no perseveró; que se determinó que dicha persona sólo el día 3 de noviembre había terminado de cumplir una pena por robo, además ese nombre coincidía con una lista de trabajadores de Audio Car donde aparecía desvinculado con fecha 22 de noviembre. Que con las copias de los archivos de las causas, se analizó un perfil del mismo, determinándose de acuerdo al estudio, que abordaba a las víctimas a través del engaño, que conducía un taxi básico, que las víctimas eran mujeres de entre 15 a 22 años de edad; que una vez abordadas cambiaba de trayectoria siempre hacia la Ruta 26 salida hacia Calama, de poco tránsito, y en el trayecto las intimidaba con arma blanca y cuando se oponían las golpeaba. Explicó que en una oportunidad, una de las jóvenes se

¹³ Considerando décimo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

¹⁴ Considerando undécimo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

lanzó al suelo, y el acusado la siguió con el vehículo atropellándola, era un tipo decidido y violento; en otra causa terminada por no perseverar, se repetía el perfil, correspondía a una joven de 14 años en un hecho ocurrido en el sector de Juan López; causa en que se repetían varios patrones, ya que cuando dicha joven quiso huir, también fue atropellada".

B) PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial rendida se ocupó de conectar los dichos de los testigos y hallazgos del caso. Esencialmente es abordada en los considerandos noveno y décimo de la sentencia en donde se informan peritajes de lesiones, químico, bioquímica, planimétrico y tanatológico.

b.1 - **Informe pericial de lesiones al imputado**: Establece la existencia de lesiones, data de las mismas y su naturaleza defensiva todo en relación a los hechos investigados; que se observó en el antebrazo derecho de éste, una cicatriz lineal de cuatro centímetros, y que el periciado manifestó haber sido causado en su estadía en la cárcel por un chinche, habiendo sido objeto de curación en dicho lugar donde se le efectuaron suturas. Que para comprobar se consultaron las fichas clínicas y las de Gendarmería, sin embargo, allí no hay constancia ni antecedentes de curación alguna. La cicatriz tiene una data superior a 10 ó 15 días a lo menos, pudiendo ser aún de mayor tiempo, es una escoriación profunda, de naturaleza superficial, compatible con un estigma de defensa, lesión, que pudo ser realizada por una uña, aún cuando pudo ser también otro elemento¹⁵.

b.2 - Pericia bioquímica ADN: Se exponen "los informes periciales D 1737/ 10 D-1750/2001 e informe D-001/2001, refiere que luego de haber recibido varias muestras para su estudio, puede concluir su experticia, afirmando que las contenidas en dos muestras de sangre en papel FTA correspondiente a presunto padre y madre de la víctima, determinándose dicha probabilidad en un 99,9999%; que las muestras remitidas de contenidos vaginales no presentaron material genético alguno; que la muestra del preservativo, solo presentó un perfil único masculino; y en relación a las muestras contenidas en cinco frascos con muestras de uña de la mano derecha y cuatro de la mano izquierda de la víctima, la evidencia de ADN remitida como informe químico N°124 / año 2007, por la Policía de Investigaciones de Antofagasta, evidenció un perfil coincidente, con uno de tres encontrados en las uñas de la mano derecha de la víctima, coincidencia que resultó en un 99,8 %.

Explicó al efecto, que los exámenes demostraron que además de la víctima, había ADN mezclado de dos sujetos masculinos. Que esto le hizo solicitar muestras de sangre del imputado, la que se recibieron en los primeros días de enero del año 2011, evidencias que luego de los análisis respectivos determinó

¹⁵ Considerando décimo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

que dicha coincidencia y <u>causalidad se elevaba ahora a un **99,98%**, donde el <u>cromosoma "Y" del acusado, se vinculaba a las muestras de la víctima, razón por la cual, no es posible excluir a dicho individuo</u>, como contribuyente al perfil mezclado, donde además conforme demostraron los exámenes, hay otra fuente biológica masculina concurrente¹⁶.</u>

b.3 - **Peritaje químico**: De las muestras que fueron remitidas a Santiago para un examen del contenido del estómago de la víctima, diligencia destinada a precisar el tiempo aproximado entre la última ingesta de alimentos y el deceso, el peritaje efectuado por el perito farmacéutico concluyó que la muerte no se produjo <u>nunca antes de dos o tres horas</u>, y no <u>más allá de cuatro a cinco horas</u>, considerando esto último, como de cierta variación atendido a factores de estrés y también ambientales, alteración que pudiere producirse por el tiempo y calor ambiental que puede lentificar la digestión¹⁷.

b.4 - **Peritaje tanatológico**: Señala que el cuerpo examinado presentaba en forma visible un trozo de tela introducido firmemente en la boca proyectando hacia atrás la lengua, elemento anudado al costado derecho del rostro. La causa de muerte fue asfixia por amordazamiento con un trozo de tela introducido profundamente en la boca, acción de tipo homicida, presentando el cuerpo también otras lesiones¹⁸.

2. Valoración de la Prueba

En este punto el Tribunal Oral de Antofagasta señala en el considerando décimo cuarto "Que en definitiva, en la relación sucinta de hechos, pero latamente descrita en la prueba, queda de manifiesto que la víctima estuvo privada ilegítimamente de su libertad ambulatoria por a lo menos un par de horas, que estaba viva cuando se le puso la mordaza, única forma de entender la necesidad de ponerla, ya que siendo agredida según demostraron lesiones vitales –causadas en vida– como afirmó el legista, debió gritar, lo que explicaría lo escuchado a esa misma hora por el vecino al local de Audiocar, lugar donde se cometía el ilícito, descrito como "un grito de pánico y angustia de una mujer joven y luego otro más apagado", lo que pericialmente se refuerza con la experticia -no controvertida de modo alguno- referida al contenido de nutrientes que tenía la occisa en su estómago, que indicó que ella dejó de realizar el proceso digestivo pasadas unas 4 a 5 horas desde su última ingesta de alimentos, esto último que, como dato cierto, aconteció a las 22.00 horas de ese mismo día y teniendo presente que ella debió pasar frente al local de Audiocar sólo escasos minutos después de las 23:30 horas, ya que

¹⁶ Considerando noveno de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

¹⁷ Considerando décimo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

¹⁸ Considerando noveno de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

al salir su amiga D.J. y la mamá de ésta, P.O., de su edificio, no la vieron en la vía pública, después de haberse separado previamente en el ascensor".

De la sentencia fluye claramente la valoración positiva que se hizo del conjunto de la prueba presentada por el Ministerio Público, pues ésta fue capaz de generar de manera integrada, cronológica y causal el desarrollo del delito, permitiendo que de forma unánime el tribunal llegara a la convicción de su ocurrencia y de la participación culpable del acusado.

B) CALIFICACIÓN JURÍDICA DE SECUESTRO CON HOMICIDIO

El razonamiento del tribunal para sostener la calificación jurídica de secuestro con homicidio está contenida en el **considerando décimo séptimo**, a saber: "(...) Lo cierto es, y en términos más simples, que el acusado a lo menos por dos horas, privó de su libertad ambulatoria, de su capacidad de desplazamiento, de su voluntad y, sin derecho alguno que lo justificare, tuvo bajo su dominio, control, y posesión a la víctima que amordazó, tiempo que incluso está explicado por el proceso digestivo de la ofendida. La exigencia de precisión de la hora de la muerte resulta solo una excusa frente a la verdad procesal claramente asentada por las distintas probanzas rendidas en juicio y respecto de la cual el tribunal tiene su convicción íntima.

Ahora bien, descartado el dolo directo de homicidio en relación al medio que produjo la muerte de la víctima, denotando el amordazamiento un afán de asegurar el éxito de la privación de libertad de la ofendida, resulta claro que la muerte se produjo debido a un proceso provocado voluntariamente por el hechor y que se desarrolló a su vista y paciencia, por el lapso tantas veces señalado, evidenciando sin duda y en todo momento su agonía, sin que, pudiendo hacerlo en cualquier momento, hubiese puesto fin a dicha situación, lo que culminó su muerte. Tanto es así que ni siquiera luego de su deceso fue capaz de sacar la mordaza a C.J., que aún la ostentaba al hallarse su cadáver. Estas circunstancias son las que permitieron al Tribunal llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que R.P., habiéndose representado la probable muerte de C.J., aceptó dicho resultado, lo que no es otra cosa que la concurrencia de un dolo eventual, que lo ha hecho penal y plenamente culpable del delito de secuestro con resultado de homicidio".

Dentro del análisis de la calificación jurídica, cabe hacer presente que con fecha 14 de marzo del presente año, la Corte de Apelaciones de Antofagasta se pronunció sobre el recurso de nulidad deducido por la Defensa basado el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, y subsidiariamente en la errónea aplicación de derecho. Respecto a la petición principal, ésta se fundó en que el fallo adolecía de falta de fundamentación suficiente en el sentido que éste no se hizo cargo de todos los medios de prueba rendidos en juicio. En la solicitud subsidiaria se alega, entre

otras cosas, que la sentencia <u>califica el hecho</u> punible como delito de secuestro con homicidio y no como homicidio simple.

La Ilustrísima Corte se pronuncia **rechazando el recurso de nulidad**, señalando en su considerando décimo: "Que en la medida que no se ha verificado la existencia de error de derecho en los términos del artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal debe también rechazarse la causal subsidiaria del recurso, puesto que los antecedentes fácticos que constituyeron el presupuesto esencial para establecer la existencia del delito de secuestro con resultado de homicidio, para estimar la concurrente la agravante del artículo 12 N°12 del código penal, sólo pudieron ser analizados y ponderados por el tribunal ante quien se desarrolló el Juicio Oral, que precedió la sentencia impugnada en este recurso".

c) CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS

Al condenado se le consideró la agravante del Art. 12 N°9 del Código Penal, esto es, "ejecutar el delito de noche o en despoblado", como lo consigan los considerándoos séptimo y décimo octavo de la sentencia.

"<u>Séptimo</u>...Conforme a la propuesta fáctica, se estimó que perjudica al acusado la agravante objetiva de nocturnidad, lo que fluye de la dinámica y contexto de los hechos, otorgándole un plus de injusto a la conducta agresora en cuanto favoreció su ilícito actuar".

"Décimo Octavo: ...se acogerá la agravante de la nocturnidad, por cuanto tal como lo dice la acusadora, el imputado se valió de esa condición ambiental que proporciona a quien espera o acecha para cometer un ilícito, altas posibilidades de lograr su cometido, basta recordar que objetivamente el ilícito se cometió pasadas las 23.30 horas, o sea de noche, sin perjuicio de considerar que el sector donde se encontraba el acusado escondido y estaba a oscuras, tal como lo dijo el testigo Ferrer y ello se desarrolló en un local en las mismas condiciones como lo indicaron otros testigos vecinos a dicho lugar, antecedentes que le otorgan justificación a esta agravante".

No concurren la irreprochable conducta anterior ni la colaboración sustancial alegadas por la Defensa, pues como consta en el considerando vigésimo primero, "la FISCALÍA incorporó el extracto de filiación y antecedentes del acusado, que con diversas anotaciones entre ellas una condena por Robo por Sorpresa en causa Rol 12.417/1991, y Rol 21.005/1995 del Cuarto Juzgado del Crimen de esta ciudad; en causa Rol 59.968/1997 del Segundo del Crimen de esta ciudad como autor del delito de violaciones reiteradas y robo con intimidación donde se le condenó a dos penas de cinco años y un día; y finalmente otra condena por robo por sorpresa en causa RIT 230/2007 del Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad. En consecuencia acreditó que no concurre a su respecto la irreprochable conducta anterior".

En el considerando vigésimo segundo, se señala que "se rechaza desde luego la atenuante solicitada de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos por cuanto no se observa ni remotamente un atisbo de colaboración del acusado, mucho menos, que sea de tal entidad para calificarla, por cuanto si la verdad procesal se construyó no fue precisamente con su ayuda, la muestra de ADN fue aceptada por éste cuando aún desconocía los resultados de los exámenes de rigor -que ya habían arrojado resultado positivo con una muestra previa que existía del acusado, proveniente de un delito anterior-, y las versiones dadas y la determinada maquinación destinada a sustentarla con una carta falsa, atenta a la inteligencia para conceder dicha minorante. El hecho que haya reconocido su participación, en una versión parte verdad, parte mentira, esto es, cuando aceptó haberla amordazado, y que ello ocurrió dentro del local de Audio Car, -lo que puso en duda su propia defensa letrada en parte de su alegato- que la llevó en el bus al lugar donde la dejó Ruta 400 y luego fue encontrada, no justificando todo el recorrido, no es suficiente atento todo lo dicho, para acoger la minorarte solicitada".

Conclusiones

De lo expuesto podemos señalar básicamente que la presente jurisprudencia:

- a) Confirma que el delito de secuestro analizado corresponde a la modalidad de la detención, pues como señala la sentencia "privó de su libertad ambulatoria, de su capacidad de desplazamiento, de su voluntad y, sin derecho alguno que lo justificare, tuvo bajo su dominio, control, y posesión a la víctima que amordazó"¹⁹.
- b) Sostiene la calificación jurídica de secuestro con homicidio al señalar "(...) que R.P., habiéndose representado la probable muerte de C.J., aceptó dicho resultado, lo que no es otra cosa que la concurrencia de un dolo eventual, que lo ha hecho penal y plenamente culpable del delito de secuestro con resultado de homicidio"²⁰.
- c) Acoge la agravante de la nocturnidad, toda vez que "(...) el imputado se valió de esa condición ambiental que proporciona a quien espera o acecha para cometer un ilícito, alta posibilidades de lograr su cometido, basta recordar que objetivamente el ilícito se cometió pasadas las 23.30 horas, o sea de noche, sin perjuicio de considerar que el sector donde se encontraba el acusado escondido y estaba a oscuras..."²¹.

¹⁹ Considerando décimo séptimo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

²⁰ Considerando décimo séptimo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

²¹ Considerando décimo octavo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

- d) Desecha las atenuantes de irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos alegadas por la Defensa, por cuanto el acusado al momento de los hechos contaba con extracto de filiación y antecedentes con diversas anotaciones y durante la investigación no aportó antecedentes para su éxito sino que incluso trató de introducir elementos falsos por medio de una carta falsa²².
- e) Que la pena impuesta fue el máximo de la escala de penas, presidio perpetuo calificado.

Sentencia

ANTOFAGASTA, once de enero de dos mil doce.-

VISTOS, OIDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha dos a seis del mes y año en curso, ante este Tribunal Oral en lo Penal, integrado por los magistrados, Guillermo Cádiz Vatcky, Ingrid Castillo Fuenzalida y Luis Emilio Sarmiento Luarte, se llevó a efecto el juicio oral por el ilícito de secuestro con resultado de homicidio en contra de DANIEL MARCELO ROJAS POOL, chileno, chofer, 44 años de edad, RUN N°10.213.809-0, actualmente en prisión preventiva en la presente causa, y quien fuere asistido por los abogados de la Defensoría Penal Pública doña Karin Rivas Navarro y don José Mario Fuentealba Riquelme, ambos domiciliados en calle Balmaceda N°2536, 4to,. piso Antofagasta, y con forma de notificación al correo electrónico krivas@dpp.cl

Fueron sus requirentes el <u>Ministerio</u> <u>Público</u>, representado en la audiencia por la señora Fiscal doña <u>Ana</u> <u>María Escobar González y el señor</u> Fiscal don <u>Patricio Martinez Felip</u>, ambos domiciliados en calle Baquedano N°430 de Antofagasta, correo electrónico <u>aescobar@minpublico.cl</u>, y los <u>querellantes particulares</u> abogados don <u>José Fidel Castro Allende</u> y don <u>Jaime Araya Guerrero</u>, con domicilio en calle Maipú Nª 499 oficina 303 de Antofagasta, y forma de notificación correo electrónico jicm@vtr.net.

SEGUNDO: Que la acusación penal objeto del juicio y a la cual se adhirió la parte querellante en todos sus términos, es del siguiente tenor: "Que con fecha 27 de noviembre de 2010, pasadas las 23:00 horas, el imputado Daniel Rojas Pool, aprovechando la oscuridad de la noche, la circunstancias que en el local comercial que le servía de morada permanecería solo, lo controlaba y conocía, su superioridad de fuerza, las especiales características del local en relación a la visual de inmuebles colindantes, la disposición de medios del recinto comercial con los cuales podría ocultar el delito y, habiendo previamente evitado que terceros concurrieran o permanecieran en el local, procedió a interceptar a la víctima, C.J.B., quien transitaba sola en dirección a su hogar por Avenida

²² Considerando décimo octavo de sentencia del TOP de Antofagasta, once de enero de dos mil doce.

Angamos a la altura del 1100 de esta ciudad, y contra su voluntad la privó de su libertad ambulatoria por al menos cinco horas, resistiéndose la víctima y agrediéndola en ese período con golpes en su cuerpo y cabeza, ocasionándole lesiones craneanas y faciales bilaterales en dorso superior y ambas manos, para posteriormente amordazarla con tal fuerza que el género utilizado para ello se incrustó en la mandíbula de la víctima, provocándole por al menos el lapso de dos horas la muerte por asfixia por sofocación secundaria a amordazamiento en un procedimiento totalmente inhumano. Luego de lo anterior, utilizando un bus que no contaba con instrumental de seguimiento y de lo cual tenía pleno conocimiento y disposición, tomó el cuerpo, dejándolo abandonado en la Ruta B-400 de esta ciudad hasta que un tercero lo encontró el día 24 de diciembre de 20110".-

A juicio de la <u>Fiscalía y Querellante</u>, los hechos descritos son constitutivos del delito consumado de secuestro con resultado de homicidio previsto y sancionado en el artículo 141 inc. final del código penal., y siendo el acusado ROJAS POOL autor directo e inmediato del mismo conforme al Artículo 15 N°1 del Código Penal; requerido respecto de quien, no concurren circunstancias atenuantes, pero si las agravantes de responsabilidad penal del Artículo <u>12 Nros 1; 5; 6; y 9;</u> esto es, cometer el delito contra las personas con alevosía; obrar con premeditación conocida; abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa; y, ejecutar el delito de noche o en despoblado, se solicitó en definitiva y por esas consideraciones imponer al acusado la pena de PRESIDIO PERPETUO CALIFICADO, como autor de secuestro con resultado de homicidio, las accesorias legales y el pago de costas.-

TERCERO: Oue además **QUERELLANTES,** dedujeron **DEMANDA CIVIL**, señalando los hechos, los fundamentos de derecho y las peticiones concretas que someten a consideración del Tribunal, en los siguientes términos: **HECHOS**: Indican que con fecha 27 de noviembre del año 2.010, pasadas las 23:00 horas, el imputado Daniel Rojas Pool, aprovechando la oscuridad de la noche, la circunstancias que en el local comercial que le servía de morada permanecería solo, lo controlaba y conocía, su superioridad de fuerza, las especiales características del local en relación a la visual de inmuebles colindantes, la disposición de medios del recinto comercial con los cuales podría ocultar el delito y, habiendo previamente evitado que terceros concurrieran o permanecieran en el local, procedió a interceptar en la vía pública a la hija de sus representados, doña C.J.B., quien transitaba sin acompañantes en dirección sur a su hogar por Avenida Angamos a la altura de la numeración 1.100 de esta ciudad, y contra su voluntad la privó de su libertad ambulatoria por no menos de cinco horas, período durante el cual frente a la resistencia de la víctima, el acusado y demandado procedió a agredirla con golpes en su cuerpo y cabeza, ocasionándole lesiones craneanas y faciales bilaterales en dorso superior y en ambas manos, para

posteriormente amordazarla con tal fuerza, que el género utilizado para ello se incrustó en la mandíbula de la víctima, provocándole como consecuencia de ello, la muerte por asfixia por sofocación secundaria a amordazamiento en un procedimiento totalmente inhumano.-

Agrega la demanda, que luego de ello, con el propósito de lograr la impunidad y prevaliéndose de la infraestructura y medios con que contaba, utilizó un bus que no contaba con un sistema instrumental de control de seguimiento para trasladar el cuerpo de la víctima, abandonándolo en la Ruta B-400 de esta ciudad hasta que un tercero lo encontró el día 24 de diciembre de 2010. Explican que la muerte de la hija de sus representados, ha causado un irreversible e imperecedero daño personal y familiar, una grave aflicción e indescriptible sufrimiento por la ausencia de su hija con quien existían lazos afectivos muy sólidos; añadiendo que el sentimiento de aflicción se agrava más, cuando se considera que la estadía de la víctima del delito, constituía un esfuerzo familiar y personal para que ésta obtuviese logros personales, académicos y en definitiva profesionales, y como consecuencia de ello, sus padres ahora ven diluidas no sólo sus expectativas como tales, sino que destruido todo un proyecto de vida por los actos inhumanos perpetrados por el acusado y demandado civil.

FUNDAMENTOS DE DERE-CHO: En dicho orden indican que el hecho punible trae aparejado efectos civiles, que con motivo de la muerte de doña C.J.B. sus padres han quedado evidentemente impactados, máxime si se tiene presente las circunstancias en que ocurrió el deceso. Así, el artículo 59 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 108 y 261 d) del mismo cuerpo legal, faculta a las víctimas para deducir, dentro del procedimiento penal, las acciones civiles a las que haya lugar, con motivo de la comisión del ilícito penal; y asimismo, el artículo 2.314 del Código Civil, impone la obligación al agente del daño, de indemnizar los perjuicios que provienen del delito o cuasidelito civil, sin perjuicio de las sanciones que por el mismo hecho, impongan las leyes. Señalan los demandantes, que el demandado, ha provocado un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial cuya ponderación resulta extremadamente difícil, pues se trata de un dolor imperecedero, un hondo pesar y una aflicción insoportable de sobrellevar que genera la pérdida de una hija, más aún si se tiene en consideración las circunstancias en que falleció.

Teniendo presente que el acusado debe responder por todo daño, esto es, que la reparación debe ser integral, demandan a título de daño moral, la suma de \$250.000.000.- de pesos para doña M.B.A. y la suma de \$250.000.000.- de pesos para don E.J.P., pues partiendo del supuesto que ninguna suma de dinero podría compensar la pérdida de una hija y, en consecuencia, los severos daños padecidos por sus representados, solicitan tomar en consideración, que el delito por el cual se acusa, son de aquellos que siendo pluriofensivos, lesionan los bienes jurídicos de mayor valía, esto es, la vida y la libertad ambulatoria de una persona. Un

cambio de esa magnitud en la vida de sus representados, no puede menos que significar un daño de proporciones inimaginables que ha lesionado su bienestar psiquicofísico, por lo que el monto que se pretende por este rubro representa modestamente la reparación a la que deberá ser condenado el demandado, ya que el "pretium o pecunia doloris [no es sino] el pesar o desconsuelo producido por el fallecimiento del ser querido, por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, esto es, por el doloroso vacío...". (Domínguez Hidalgo, El Daño Moral, 2000, Vol. II, pág. 737).

Explican que la jurisprudencia de los tribunales ha entendido que la sola circunstancia de la verificación de muerte, trae aparejada la existencia de daños morales, los que establece, a partir de presunciones judiciales que se sostienen en hechos objetivos acreditados en autos, así, sólo a vía ejemplar, citan las siguientes sentencias. C.S. 3 de mayo de 1956. Rev. t.53, secc. 4°, pág. 38 (indemnización a padres y hermano natural del occiso); C. de Concepción, 2 de julio de 1955. Rev., t.52, secc. 4°, pág. 156 (indemnización al cónyuge del occiso); C. de Concepción, 19 de agosto de 1965. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, N°136, pág. 85; C.S. 27 de mayo de 1966. Rev., t.63, secc. 4°, pág. 129 (indemnización a padres del occiso); C.S., 24 de octubre de 1968. Rev., t.65, secc. 4°, pág. 293 (indemnización a la cónyuge e hijos de la víctima); etc.

En su parte petitoria solicitan tener en consecuencia por dedu-

cida demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de don DANIEL MARCELO ROJAS POOL, declararla admisible, someterla a trámite, acogerla en definitiva, y declarar el definitiva que el demandado debe indemnizar a las víctimas doña M.B.A. y a don E.J.P. en la suma total de \$500.000.000.de pesos a título de daño moral o lo que el Tribunal estime de justicia fijar, conforme a su recto criterio, justicia y equidad natural, todo ello con reajustes, intereses y costas".

CUARTO: Que el delito de secuestro en los términos propuesto por los acusadores, implica acreditar más allá de toda duda razonable una conducta que consiste en encerrar y detener, sin derecho a otra persona, y que el caso que nos ocupa, que con ocasión de ello cometiere un delito de homicidio; y en el orden civil, acreditada la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo le corresponda al acusado, la ley impone la obligación de indemnizar y responder a la pretensión de la actora, que en su caso exigiere ser resarcido en el daño producido por el ilícito.

QUINTO: Que la Fiscalía ratificando su acusación expresó los hechos se demostraran no por medios directos, sino otros que permitan reconstruir lo ocurrido; agregando, que la privación de libertad en este caso fue mayor al tiempo necesario para dar muerte a la víctima; en tanto la Querellante, adhiriéndose ratificó las pretensiones de cargo contenidas en la acusación, explicando además, que la complejidad de la prueba determinará tres etapas, la primera que fue la privación de libertad de la víctima; la

segunda la muerte de ésta y circunstancias en que ocurrió; y finalmente los actos destinados a garantizar su impunidad. En concordancia por lo mismo, sostiene además la demanda civil en todas sus partes.

Que la <u>Defensa letrada</u> por su parte, se encargó de precisar que a su juicio solo se está ante un homicidio simple, no existiendo evidencia alguna respecto del secuestro, como tampoco de las agravantes invocadas, ya que ambas están construidas en base a meras suposiciones y sin fundamentos; agregan que el relato fáctico de cargo, se basa en los dichos de su representado, al igual que la prueba de ADN cuando aún tenía la calidad de testigo y no de imputado, por lo que le favorece la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. El acusado advertido de su derecho a declarar, decidió guardar silencio.

SEXTO: Que una vez concluido el juicio oral, público y contradictorio, analizadas las pruebas, y ponderado sus respectivos valores probatorios, el Tribunal por votación unánime resolvió condenar a DANIEL MAR-CELO ROJAS POOL, como autor del delito de secuestro con resultado de homicidio, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso final del Código Penal, teniendo especialmente presente para así decidirlo que con la acreditación de cargo, consistente en testimonial, documental, y pericial, apreciada libremente, resultó en definitiva, establecida más allá de toda duda razonable, la siguiente relación fáctica:

Que con fecha 27 de noviembre de 2010, pasadas las 23:00 horas, en circunstancias que C.J.B., luego de haber visitado a una amiga en el domicilio de esta última, ubicado en el edificio XXX de la XXX de esta ciudad, se dirigía hacia su hogar, transitando en dirección al sur por la vereda poniente y aproximadamente a la altura del 1.100 de dicha arteria, fue abordada por el acusado, Daniel Rojas Pool, empleado de la empresa Audiocar allí emplazada -que vivía en una habitación instalada sobre el taller ubicado en el patio trasero de dicho establecimiento comercialquien, en circunstancias no precisadas, pero en contra de la voluntad de la ofendida, luego de hacerla ingresar a dicho recinto, la privó de su libertad ambulatoria por al menos tres horas, lapso durante el cual, ante la resistencia de la joven, la agredió con golpes en su cuerpo y cabeza -ocasionándole diversas lesiones, rasgando además la polera que vestía- como asimismo la amordazó, empleando tanta fuerza que el género utilizado para ello se incrustó en la mandíbula de la víctima. Luego de lo anterior, utilizando un bus que no contaba con instrumental de seguimiento -GPS, sistema de posicionamiento global- y de lo cual tenía pleno conocimiento y disposición, trasladó a la afectada -en tiempo y forma no precisados con exactitud, pero dentro del período comprendido después de las 02:00 de la madrugada del domingo 28 de noviembre y antes de la mañana del día lunes 29 de noviembre- hasta la Ruta B-400 de esta ciudad, lugar donde abandonó su cuerpo ya sin vida a la orilla de un camino alternativo, a aproximadamente 500 metros

de distancia de la mencionada ruta, lugar donde un tercero lo encontró el día 24 de diciembre de 2010.

Efectuada posteriormente la autopsia al cadáver, se determinó que la víctima falleció por asfixia por sofocación, secundaria a la situación de amordazamiento a la que fue sometida, en un proceso que, atendida su edad y condición física, se prolongó por a lo menos dos horas, de acuerdo a la pericia refrendada en estrados por el médico legista que la efectuó.

SEPTIMO: Que los hechos antes descritos son constitutivos del delito consumado de secuestro con resultado de homicidio, por cuanto la acción ejecutada por el acusado de, luego de hacer ingresar a la víctima al interior del inmueble que habitaba, privarla ilegítimamente de su libertad de desplazamiento y a continuación proceder a amordazarla de tal forma que la obstrucción de las vías respiratorias que lo anterior implicó, unido al evidente estrés que las condiciones y particulares circunstancias en las cuales lo anterior se ejecutó -esto es, de noche, en un lugar obscuro y empleando además violencia- desencadenó un proceso que, prolongándose por al menos dos horas, culminó con la muerte de ésta por asfixia por sofocación, acción que configura los presupuestos típicos y antijurídicos a que se refiere el artículo 141 inciso final del Código Penal.

De la misma prueba de cargo, fluye además con certeza suficiente la <u>participación criminal y culpable del acusado DANIEL MARCELO ROJAS POOL</u> quien, en pleno

dominio y conocimiento del desarrollo causal del ilícito, y manteniendo el control tanto objetivo como subjetivo de las circunstancias que se evidenciaban en todo momento, actuó como autor del delito de secuestro que, ejecutado en las condiciones ya reseñadas, culminó con la muerte de la afectada, todo ello conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal, en cuanto intervino en su desarrollo causal y en la generación de los mismos, de una manera inmediata y directa.

Conforme a la propuesta fáctica, se estimó que perjudica al acusado la agravante objetiva de nocturnidad, lo que fluye de la dinámica y contexto de los hechos, otorgándole un plus de injusto a la conducta agresora en cuanto favoreció su ilícito actuar.

En el mismo orden, atento a lo razonado se desestimó la calificación jurídica propuesta por la defensa –esto es el delito de homicidio simple- y las restantes circunstancias agravantes invocadas por el ente acusador y la parte querellante.

OCTAVO: Que para llegar a dicha conclusión se consideraron en el orden testimonial, pericial y documental, las siguientes pruebas:

Lo dicho por ARIELA ALVA-RADO CASTRO, estudiante de medicina, que manifestando haber sido compañera de pieza de C.J. en el hogar universitario de calle Angamos, de esta ciudad, puede señalar que ese día sábado 27 de noviembre de 20010, se enteró por Irene otra compañera del hogar, que ésta luego de compartir al interior de dicha dependencia, concurrió cerca

de las 20.00 horas, donde su compañera Daniela que vivía en un edificio cercano; que C. no regresó y al día siguiente, extrañadas por su ausencia y través de la misma Daniela, se enteraron que ésta había salido de su casa el día anterior cerca de las 23.00 horas; que de este modo y muy preocupadas con amigos y compañeros, el día lunes siguiente, empezaron a indagar respecto de su paradero, buscándola y haciendo carteles en dicho sentido.

Aquello referido por **DANIELA <u>JULIO OSORIO</u>**, compañera de la carrera de enfermería y amiga de C., refiriendo que ésta llegó como a las 20.30 horas a su departamento; que allí compartieron y luego acompañadas de su hermano y su madre tomaron once consumiendo C., torta de un cumpleaños anterior, así como palta y huevos; que en todo esto se les hizo un poco tarde, y cerca de las 23.30 horas, su mamá y ella decidieron ir al sector norte de la ciudad a dejar a su hermano a una fiesta, aprovechando C. en esa circunstancias a retirarse; que todos bajaron quedando su amiga en el piso uno y ellos bajaron al menos uno. Que al día siguiente la habían invitado a almorzar y no fue a su departamento, por lo que trató de ubicarla sin resultado ya que también tenían que concluir un trabajo de la universidad. Explicó que C. era muy sociable, en la medida, que hubiere establecido algún contacto previo con amigas; que ese último día que estuvieron juntas, y así recuerda, que ésta vestía una polera negra con tachas doradas hacia abajo, un jeans azul oscuro muy apretado, con botones delanteros, un chaleco negro con cuello corto y con cierre de metal.

ratificado por **PATRICIA** OSORIO ALVAREZ, madre de Daniela, que señalando haber llegado del supermercado a su departamento entre las 21.30 a 22.00 horas; que allí estaba C. compañera de su hija, que procedieron a tomar once compartiendo una torta de cinco sabores, con mermelada de frambuesa, crema pastelera, biscocho y merengue; que luego ya cerca de las 23.30 horas, ella debió ir a dejar en auto a su hijo al sector norte siendo acompañada de Daniela; que por lo anterior, todos incluida C. bajaron dejándola antes de separarse invitada para el almuerzo del día siguiente: que al salir en auto del edificio ya no la vieron en la vía pública; que al día siguiente no fue al almuerzo que estaba invitada, y posteriormente se enteró de su desaparición, agregando, que la última vez, vestía un chaleco negro y un jeans oscuro.

También concurre al respecto lo dicho por OSCAR ANDRES BACO-VICH GONZALEZ, Subprefecto de la P.D.I. con asiento en la ciudad de Santiago, que asistió a la policía local en una denuncia por presunta desgracia que involucraba a C.J., al pasar ya 20 días de las ultimas noticas sin resultado alguno, y del hecho de no haberse establecido que ésta hubiese salido efectivamente del edificio que visitó el día de su desaparición. De este modo, en las diligencias respectivas se entrevisto nuevamente al grupo familiar que ya había declarado, comprobándose coincidencia en todo lo ya dicho respecto de los horarios y en qué circunstancias habían bajado, haciéndolo la joven en el piso uno del edificio, con la clara intensión física de ir en dirección a la

salida del edificio, y rumbo hacia el hogar universitario de donde había salido, distante tan sólo a unos 150 metros más al sur por la misma avenida. Explicó, que no hubo testigos que la vieran salir efectivamente. En dicha actividad investigativa, se trajo un can busca cadáveres, para hacer rastreo respecto de la presencia de evidencias de putrefacción tanto en los departamentos del edificio, como en los ductos del mismo, y en lugares aledaños. En fotos (documental 7) reconoció el edificio XXX donde reside la familia J.O., la puerta de acceso y citófono donde se comunica al interior.

En e1 mismo orden declaró **EDUARDO GUILLERMO CAMPOS SUAREZ**, inspector de rutas de los camiones de combustible de la empresa Copec, refiriendo que el día 24 de diciembre del año 2010, ya cerca del mediodía, mientras buscaba posible lugares donde algunos choferes se desvían para sustraer combustible de la empresa, se internó por un camino lateral a la Ruta 400; que pasado unos 200 metros observó desde su vehículo en marcha algo parecido a una mancha que asocio a aceite, pero luego con mayor detención se percató que era el cadáver de una persona; que se bajó y evidenció que era una mujer con frondosa cabellera, a la que se le veía una mano y estaba semienterrado de cubito abdominal, con los pantalones abajo; que de inmediato llamó a carabineros quienes arribaron como a los 20 minutos, luego llegó la Fiscalía, la P.D.I. y también Labocar. En fotos que se le exhiben (prueba 19 a 28) reconoció y describió en detalles el lugar distante unos 40 kilómetros del aeropuerto de esta ciudad, e indica con las gráficas distintos aspectos de su descubrimiento, tales como la mano de la occisa que asoma en un ángulo de 70 grados respecto del cuerpo, su cabellera, el cuerpo mismo de la persona encontrada, y un forado que se evidencia en la parte posterior a la altura de su ano. Indicó, que en el sector conocido como la ruta del ácido, no se botan residuos domiciliarios, a lo más y eventualmente, se encuentran algunas mangueras utilizadas para sustraer combustible.

NOVENO: Que consecuente con lo anterior, IVANIA NEVENKA MILOVIC URQUHART, perito bioquímico, del Labocar, se presentó a la audiencia, explicando el informe químico forense N°1384/2010, 1386/2010, como el de biología molecular N°2372/2011. Respecto del primero, vinculatorio al sitio del suceso y demás evidencias, indicó que el día 24 de diciembre concurrió al sitio del hallazgo, ubicado en el kilometro 25 de la Ruta 400, allí se encontraba un cuerpo signado como N.N., de mujer, 1.61 metros de estatura, en avanzado estado de putrefacción semienterrado, con su cabeza hacia el poniente y un brazo que hacía un ángulo de 70 grados, con su zona dorsal y glútea expuesta hacia la superficie. Así declaró haber observado que a nivel de la clavícula, el glúteo y pie derecho, se encontraron huecos con desprendimiento de tejidos y que los glúteos estaban afectados por la fauna carroñera del sector; explicó que el cuerpo vestía pantalón jeans oscuro con una pretina de seis botones dorados, un chaleco color negro, y su ropa interior era de color amarillo, más abajo asomaban sus zapatos N°38. Refirió en su atestado, que no se encontró el pulgar de la mano izquierda, y que ambas manos estaban en proceso de desecación presentando los dedos acartonados, que por estas razones se encapsularon las manos con bolsas de papel para protegerlas y efectuar su análisis respectivo, por ser un mecanismo natural de defensa y eventualmente mantener evidencias. Agrega que se volteó el cuerpo que estaba oleoso e impregnando las prendas que la cubrían, allí se observaba en su cabeza, las cavidades de los ojos que estaban huecas por las larvas y la fauna del lugar como por la acción de insectos. En dicho examen pudo observar un trozo de tela tipo mordaza en la boca fuertemente anudado, elemento que obstruía totalmente el sector de la mandíbula; que finalmente el cuerpo fue encapsulado siendo trasladado al Servicio Médico Legal de Antofagasta. En el lugar se halló además un trozo de tela, un cordel y un llavero.

Reconoció luego el informe químico forense 1386/2010 indicando, que la pericia y análisis del trozo de tela encontrado cerca del cadáver signado como E-10, no tenía interés criminalístico y se conservó para futuros análisis, en tanto lo relativo al trozo de tela rotulado como mordaza, signado como E-11, presentaba bastante material oleoso, suciedad y fauna cadavérica, tenia cortes irregulares en su extremos y la presencia de cabellos, se tomaron muestras para su perfil genético, agregando, que en lo referente al calzón también con presencia de fauna no se pudo

observar rastros de fluido biológico en especial.

También en dicha oportunidad se guardaron cinco contenedores que mantenían las uñas de la mano derecha y otro cuatro de la mano izquierda; un preservativo E-6, y unos cortes de tela a fin de obtener células epiteliales; en todo ello, se tomaron muestras en búsqueda de células nucleadas que permitieran más adelante obtener un perfil genético. Explicó que en las uñas se busca dicho material ya que es posible que un rasguño o una fuerte interacción entre víctima y su causante, deje evidencias útiles para su análisis posterior. Refirió por último, que dentro de la investigación, en los primeros días de enero, no recuerda fecha exacta, se tomaron muestras testigos y como material de comparación, tanto al acusado, como a Carlos Ferrer, Andrés Seco y a Jorge Rosales. Toda la exposición de la perito, fue acompañada de diversas fotos explicativas. 1 a la 58, 32,33, y 89 a 98 (prueba documental N°28)

En la misma relación **RODRIGO** VALDES ANNUNZIATA, médico y perito tanatólogo se refirió al informe 1385/2010, elaborado a dicho efecto, sosteniendo a su respecto, que recibió el cadáver el día 25 de diciembre, se le hizo un examen de rayos para tomografía, y como presentaba signos de putrefacción se detuvo artificialmente dicho proceso. El cuerpo examinado presentaba en forma visible un trozo de tela introducido firmemente en la boca proyectando hacia atrás la lengua, elemento anudado al costado derecho del rostro; vestía además jean azul oscuro, un chaleco con orificios y desgarros propios de la fauna, una blusa negra, un sostén negro, calzones amarillos; explicó que a la observación, se evidenciaba larvas propias del proceso y también lesiones superficiales tanto en los muslos del lado izquierdo, en la espalda entre las paletas, como antebrazos y la región facial izquierda y también fronto parietal del mismo lado.

A nivel genital no se encontró tejido por la acción necrofágica de las aves carroñeras, lo que hizo desaparecer los tejidos vulvares, perianales, anales y parte de los glúteos, quedando solo fragmento de los labios mayores, y absolutamente nada de los órganos internos de esa zona. Se levantó también parte del tejido del pulpejo para su identificación, la víctima presentaba sus uñas largas y bien cuidadas. Concluye que por la identidad presunta, el cadáver era de C.J.B., por lo que reitera se le sacó parte del tejido pulpejo para su identificación. La causa de muerte fue asfixia por amordazamiento con un trozo de tela introducido profundamente en la boca, acción de tipo homicida presentando también otras lesiones <u>ya descritas</u>.

Luego describió y explicó su informe de Autopsia N°269/2010, buscando una interrelación entre las lesiones externas y los signos morfológicos en cuanto si esa lesiones <u>fueron o no vitales</u>, esto es, causadas en vida. Indicó al respecto, que el golpe en la cabeza hecho con un elemento contundente, no produjo en el orden interno una hemorragia importante; que al examen el cerebro era pastoso y estaba contenido en su membrana, que el corazón se encontraba pre-

servado, y a nivel abdominal había ausencia de vísceras pélvicas, en tanto el estómago estaba relativamente conservado. Reiteró, que el deceso se causó por asfixia, la lengua de la víctima estaba relativamente conservada y proyectada hacia atrás por el trozo de tela; concluye al respecto, que el estudio histológico reveló que todas las lesiones superficiales fueron de carácter vitales.

Finalmente, explicó que posteriormente debió ampliar dicho informe, atento que el acusado indicaba que la caída del capot de un automóvil había producido las lesiones, lo que luego se desestimó al inspeccionar el vehículo, mecanismo que en modo alguno y en la dinámica propuesta, pudo haber causado una lesión de tal magnitud y en toda la distribución geográfica del cuerpo. La data de la muerte se puede establecer 27 días previos al procedimiento, agregando en dicha proyección, que hay aspectos que influyen en la putrefacción como la presencia de determinados coleópteros, siendo de vital importancia en este punto, el análisis del contenido gástrico ya que al producirse el deceso se detiene la digestión. Insiste ante los requerimientos, que las lesiones fueron claramente determinadas como vitales y no fenómenos agregados por la putrefacción. Refiere luego con énfasis, que la intensidad de la mordaza fuertemente anudada dejó un surco notable en toda la zona de contacto y craneal, y que dicho elemento de obstrucción impidió un ingreso más continuo de aire. Toda su exposición estuvo acompañada de fotos explicativas.

Manifestó, así, que una persona en dicho estado de impedimento y dificultad para respirar se desespera, se produce estrés, la dificultad de tomar aíre puede también agravarse con el llanto; que todo ello aumenta la circulación y la exigencia de oxígeno, donde su déficit afecta el cerebro y lleva a la muerte en un tiempo que va a depender tanto del grado de amordazamiento, como del estado y edad de la víctima donde naturalmente una persona joven tiene más resistencia. Agregó, que este tipo de muerte, produce gran sufrimiento dentro de la tortura por la angustia que ello significa para la víctima, pudiendo ello haberse producido en este caso, en no menos de dos horas.

También declaró **JAIME GON-**ZALEZ TROCCO, explicando su informe pericial dactiloscópico N°1387/2010, en el sentido que con los antecedentes del pulgar de la mano derecho, pulpejo que se hidrató al efecto, y que se le hizo llegar el mismo día 25 de diciembre del año 2010, conforme la experticia realizada y la comparación a la ficha dactiloscópica respectiva, pudo establecer con un rango bastante alto de probabilidad, esto es, 12 de 14 concordancias, que la huella correspondía a C.J.B. Su exposición la acompañó con fotos explicativas de su pericia.

De igual manera se tuvo presente lo dicho por MARCO AGUILERA CANDIA, refiriendo que hizo un peritaje mecánico N°35/2011, en el local comercial Audio Car ubicado en calle Angamos N°1087 de esta ciudad, a dos automóviles marca Kia, modelo Majestic patentes BLKG-

28 y BLKG 29, en lo relativo al sistema de seguridad que mantiene abierto los capot cuando se opera en el motor. Concluye en su experticia que dichas piezas están asegurados de tal manera con un sistema hidráulico que las hace descender muy suavemente, que ello impide cualquier caída violenta; sistema que incluso llega a detenerse a más de 30 centímetros de su cierre total. permitiendo incluso a quien opera el motor, no ser afectado en modo alguno. Su exposición la acompañó con fotos explicativas donde detalló la pericia en toda su integridad (Documental 31)

Prestó igualmente testimonio <u>CAR</u>-LOS ALBERTO PIZARRO **BASCUR**, Subprefecto de la P.D.I. señalando que encontrado el cuerpo de la víctima y conocido ya antecedentes del acusado, el día 06 de enero de 2011, se tomó la decisión investigativa de determinar su perfil y saber que había hecho en la fecha de la desaparición de ésta. Así le correspondió entrevistar a la señora Lanyon Campos, exconviviente de éste y madre de dos de sus hijos, quien refiriéndole que el acusado era una persona muy agresiva, le manifestó en lo puntual, que ella supo que el día 03 de noviembre había salido de la cárcel después de cumplir una condena, que trabajaba en Audio Car donde le pasaron una pieza, lugar muy austero que ella visitó en algún momento y donde tuvieron intimidad; en su relato dicha testigo, le precisó que el día 27 de noviembre, ella lo llamó telefónicamente a fin de reunirse y éste le manifestó que estaba ocupado y que tenía que hacer un trabajo, solo

volviendo a verlo posteriormente el día 12 de diciembre de 2010.

DECIMO: Que también en dicho orden declaró JAIME FELIDOR CASTILLO SILVA, Sargento de Carabineros, señalando haber entrevistado a la exconviviente del acusado. Que ésta le señaló que dicha sujeto era de naturaleza violenta e incluso ella lo había denunciado por violencia intrafamiliar en una oportunidad; que había salido de la cárcel el día 03 de noviembre, y que posteriormente el día 24 de ese mes se juntaron cuando éste deseaba ver a uno de los hijos comunes. También dicha testigo le contó, que el día 27 de noviembre ella lo llamó cerca de las 22.00 o 22.30 horas, para conversar la situación de convivencia que se encontraban y éste le manifestó que no podía juntarse con ella ya que estaba acostado, y que además al día siguiente, tenía que efectuar un servicio para la empresa Audiocar, lugar donde vivía y trabajaba. Dicha testigo además le manifestó que la última vez que lo vio fue el día 03 de diciembre cuando lo fue a visitar en su habitación y mantuvieron relaciones sexuales, ocasión, donde dicho sujeto le manifestó estar preocupado ya que la policía podía sospechar de él por la desaparición al venir saliendo recién de la cárcel.

Se efectuó policialmente la comprobación y la efectividad de la llamada telefónica del día 27 de noviembre desde el celular de la exconviviente N°xxx al N°91529103 del acusado; reconociendo la prueba documental N°5 incorporada a juicio que da cuenta de dicho tráfico de llamada.

Agrega luego, que tomó declaración a Carlos Ferrer, chofer que trabajaba también en Audio Car, quien le manifestó que el acusado habían ido en una oportunidad a su domicilio a solicitarle le prestara el computador y a ducharse. En lo referente al día 27 de noviembre, dicho testigo le indicó que luego de efectuar un servicio de transporte a Mejillones para la empresa, llegó esa noche a guardar el bus a su cargo, cerca de las 21.55 horas, y al ir a abrir el portón para estacionarlo al interior de la empresa, lo vio abierto lo que no resultaba normal; que en eso de pronto y detrás de un pilar que hay en las afueras del local, apareció el acusado, quien vestía ropas oscuras; que él se asustó ya que en dicho lugar no hay luz directa; que el acusado le explicó que esperaba a su mujer, con quien iban a comer algo y tomar unos tragos. Que él por su parte, estacionó la máquina en su interior delante de un bus que solo utilizaba el acusado, conversaron un poco retirándose del local de AudioCar como a las 22.50 horas. Que al día siguiente fue a buscar el minibús a su cargo y lo encontró en otro lugar, lo que le extrañó bastante, sosteniendo que el único que pudo moverlo y desplazarlo dentro del local era el acusado.

Lo aportado por XIMENA ALE-JANDRA ALBORNOZ CASTI-LLO, médico cirujano que al tenor del informe pericial de lesiones N°024/2011, señaló haber examinado el día 07 de de enero del año 2011, al acusado quien era acompañado de personal policial a fin de determinar la existencia de lesiones, datas de las mismas y su naturaleza defensiva todo en relación a los hechos investigados; que ella observó en el antebrazo derecho de éste, una cicatriz lineal de cuatro centímetros, y que el periciado manifestó haber sido causado en su estadía en la cárcel por un chinche, habiendo sido objeto de curación en dicho lugar donde se le efectuaron suturas. Que para comprobar se consultaron las fichas clínicas y las de Gendarmería, sin embargo, allí no hay constancia ni antecedentes de curación alguna. La cicatriz tiene una data superior a 10 ó 15 días a lo menos, pudiendo ser aún de mayor tiempo, es una escoriación profunda, de naturaleza superficial, compatible con un estigma de defensa, lesión, que pudo ser realizada por una uña, aún cuando pudo ser también otro elemento. Reconoció finalmente al acusado, presente en la audiencia.

Lo sostenido por **EUGENIA ALE-**JANDRA AGUIRRE MORA-LES. bioquímico legista exponiendo los informes periciales D 1737/ 10 D-1750/2001 e informe D-001/2001, refiere que luego de haber recibido varias muestras para su estudio, puede concluir su experticia, afirmando que las contenidas en dos muestras de sangre en papel FTA correspondiente a presunto padre y madre de la víctima, determinándose dicha probabilidad en un 99,9999%; que las muestras remitidas de contenidos vaginales no presentaron material genético alguno; que la muestra del preservativo, solo presentó un perfil único masculino; y en relación a las muestras contenidas en cinco frascos con muestras de uña de la mano derecha y cuatro de la mano izquierda de la víctima, la evidencia de ADN remitida como informe químico N°124 / año 2007, por la Policía de Investigaciones de Antofagasta, evidenció un perfil coincidente, con uno de tres encontrados en las uñas de la mano derecha de la víctima, coincidencia que resultó en un 99,8 %.

Explicó al efecto, que los exámenes demostraron que además de la víctima, había ADN mezclado de dos sujetos masculinos. Que esto le hizo solicitar muestras de sangre del imputado, la que se recibieron en los primeros días de enero del año 2011, evidencias que luego de los análisis respectivos determinó que dicha coincidencia y causalidad se elevaba ahora a un 99,98%, donde el cromosoma "Y" del acusado, se vinculaba a las muestras de la víctima, razón por la cual, no es posible excluir a dicho individuo, como contribuyente al perfil mezclado, donde además conforme demostraron los exámenes, hay otra fuente biológica masculina concurrente.

Aquello que explicó **JOYEE** KATHERINE **STOCKINS** RAMÍREZ, arqueóloga forense del S.M.L. de Santiago, que exponiendo su informe Protocolo 112/10 U.E. luego de describir y analizar las ropas de la víctima como su estado de conservación, indicó que estas fueron afectadas en las condiciones de depositación en que estuvo, por la impregnación de la arena, la degradación natural, y la acción de depredadores. Explicó que se analizó el chaleco que sugiere una acción tipo cortante, en tanto la polera, sugiere una acción de tracción en el pabilo izquierdo, como en el centro y lados del escote. Concluye en su experticia que el estado de conservación de éstas prendas se explica por las condiciones desérticas donde se mantuvo el cuerpo, indicando que las manchas encontradas en las mismas y que fueron analizadas en su momento, no dieron resultado alguno.

Lainterpretación criminodinámica de KARIME YASMIN HANANIAS GUARNIERI, experta tanatólaga respecto de anexo a Protocolo 112-10 UE. esto es, cómo y de qué manera, la posición y estado de las prendas analizadas pudieren informar de alguna acción en particular sobre la víctima. Al respecto dicha perito refiere que analizando la polera que vestía la víctima, esta prenda de vestir presenta rasgaduras evidentes que son indiciarias de tracción manual en distintos sentidos, llegando dicha fuerza a rasgarla hacia uno de los costados en un ángulo bien definido, donde además se evidencian pliegues que es indiciario de una acción premortem, ya que los bordes una vez plegados en el examen respectivo que se le hizo, esto es desenrollados para su análisis estaban limpios y sin contaminación del ambiente externo. Añade además, que esta forma de fuerza, "tipo pinzas", se efectuó en una zona naturalmente erógena de la víctima, y que tiene que ver con una motivación del agresor de acceder a las mamas de ésta. El chaleco que la víctima portaba, presentaba también unos cortes pequeños pero muy singulares evidenciados por la limpieza lineal, que solo es posible de hacer con un cuchillo cartonero, lo que sugiere a su entender maniobras intimidatorias, todo ello en forma anterior a su traslado al ambiente de arena, daño hecho en forma previa, esto se evidencia conforme se interpreta la adaptación la arena del lugar donde se le dejó, al material oleoso del cuerpo, que las impregnó lentamente en el proceso posterior de putrefacción, explicando con fotografías dicha conclusión.

También contribuyó a establecer los hechos lo declarado por AARON <u>JARA PENAILILLO,</u> entomólogo forense Sargento de Carabineros, quien explicando su informe N°161/2001, relató que investigando lo relativo al intervalo post morten, fue al Hospital Regional a levantar evidencias del cuerpo de la víctima, y también concurrió al sitio del suceso, levantando allí otras muestras, y todo ello lo vinculó a las temperaturas máxima y mínimas del lugar donde se encontró el cuerpo, -explica que solicitó informe a meteorología- y considerando también, el tiempo desde su desaparición hasta su hallazgo.

Así, puede señalar que todo los insectos del cadáver como los del sitio donde se le encontró se alimentan de materia en descomposición, que en dicho lugar solo se encontró pupáreos -término del proceso de metamorfosis de huevo a adulto- de una mosca cuyo hábitat es urbano o a lo mas semirural, pero no desértico lo que indica que el sector del hallazgo no fue el sitio del deceso, incluso se hizo prueba en dicho lugar con carnes y no apareció la mosca en referencia, solo había coleópteros que atacan pieles secas propios de zonas desérticas; a su juicio, el cuerpo debió ser trasladado dentro de seis días del deceso a dicho lugar y que el intervalo post mortem, es de entre 26 y 27 días previos a su hallazgo. Indicó que hay que considerar que esas moscas ponen sus huevos solo de día, nunca de noche y requieren que el cuerpo se encuentre sin movimiento; agregando que la metamorfosis, entre huevo, larva y pupareo transcurren un lapso no mayor a seis días.

Se presentaron además como testigos ALBERTO ALEJANDRO WILIAMS CONTRERAS PATRICIO ALBERTO GODOY GOMEZ, ambos ingenieros, el primero, señaló que vive en el segundo piso del edificio aledaño al local de Audio Car y que el día 27 de noviembre cerca de las 23.00 horas, mientras esperaba a un amigo y se encontraba cerca de la ventana de su dormitorio que da en dirección al patio de dicho local, sintió un grito de pánico y angustia de una mujer joven y luego otro más apagado que dio la impresión como que lo hubieren interrumpido; que para saber su procedencia, miró desde su ventana tanto hacia calle Pistellli como también al patio de Audio Car el que se encontraba totalmente a oscuras; que luego llegó su visita, que compartieron estimativamente hasta cerca de las 2.00 horas de la madrugada, mientras acompañaba a la visita que fumaba en un balcón que mira hacia calle Angamos, vio salir a esa hora un bus color celeste del local de Audio Car; que esto lo observó a no más de 8 metros, y ello en particular le llamó la atención tanto por la oscuridad como por la hora en lo que hacía, ya que conociendo los horarios de los servicios a la minería que allí se efectúan le resultaba extraño; explicó que en dicha salida, no sintió -como siempre ocurre- el ruido que se produce al cerrar el portón; que no comentó

nada del grito que había escuchado, hasta que pasado uno días, cuando andaban uno jóvenes buscando a la niña desaparecida se acordó de ello, incidencia que comentó a su mujer y luego a su amigo y visita, recordando ambos, también la circunstancia particular de la salida del bus de dicho lugar, dando posteriormente dichos antecedentes a la policía. Reconoció finalmente en una foto que le exhibe la Fiscalía al bus que observó salir esa noche. El segundo testigo, ratificó que ese día 27 de noviembre, fue a la casa de su amigo, llegando algo atrasado cerca de las 23.00 horas, que estacionó su auto, cerca del portón de Audiocar, lugar que en esa oportunidad estaba más oscuro que de costumbre; que subió al departamento de su amigo para compartir con éste y su grupo familiar, que estando más tarde en el balcón ya que deseaban fumar, pudo observar cerca de las 2.00 horas de la madrugada que del local de Audio Car, salía un bus color celeste, máquina que se asomó y luego partió raudamente hacia el sector sur de la ciudad, que ello le llamó naturalmente la atención por la hora especial en que ello ocurría. El bus sólo lo volvió a ver un día cuando observó en la televisión que la policía lo revisaba en relación con el caso de la desaparición. Reconoció en fotos (documental 24) que se le exhibieron tanto del local como el móvil (bus) y de la ubicación que se tenía en el departamento al momento de la salida de dicho móvil. En correlato con lo anterior y en orden confirmatorio se presentó JUAN PATRICIO TORRES CARRENO, perito planimétrico e investigador criminalística del Labocar, que exponiendo su pericia, con el informe pericial N°0123/ 2001, explicó haber determinado que la distancia del balcón del segundo nivel de donde fue observado el bus, respecto de la ubicación de dicho móvil, cuando salió del portón del local, no es mayor a 8.00 metros con 82 centímetros. Presentó gráfica y un plano indicativos de las respectivas distancias.

En el mismo CRISsentido TIAN EDUARDO JORQUERA CEA, expuso su informe pericial N°34/2001, acompañado de fotografías, indicando que hizo la búsqueda de cualquier elemento de interés criminalística al bus Hygger patente CVGX-24, antes referido, que se aplicaron polvos químicos, y se le efectúo una revisión tanto externo como interno y en los compartimentos de carga habitáculo izquierdo, encontrando solo en este último lugar, con el asesor químico y el uso de luz ultravioleta, dos manchas de aspecto sanguinolento que luego analizadas no correspondían a sangre humana, pero también se pudo evidenciar claramente con la aplicación de un compuesto de luminol, la existencia de líquidos de limpieza en dicho sector.

Lo aportado por <u>CRISTIAN</u> <u>BENJAMIN MONTENEGRO</u> <u>SOBARZO</u>, Gendarme Primero, quien señaló que el acusado el día 23 de abril le pasó una carta para que la revisara e hiciera llegar a la calle con algún imputado que se fuera libre; que por instrucciones internas la entregó al Jefe de Unidad, carta que con previa autorización judicial para ser incautada pasó a Fiscalía ya

que su contenido "era complicado", precisa respecto a su actuación, que no la leyó en forma completa, pero recuerda, que allí se hablaba que todo había sido un accidente y el acusado le pedía ayuda a su primo. Así le explicaba que habiendo salido a comprar de Audio Car y sacando sin permiso un bus, al ver unos familiares del dueño decidió devolverse, que bajado el bus al interior del local, por los espejos observó que había un cuerpo. Se le exhibió la evidencia N°2, reconociendo la carta que recibió del acusado, y también a la persona de éste presente en la audiencia.

Aquello dicho por <u>CRISTIAN</u> ALEJANDRO FUENZALIDA FAUNDEZ, perito de Labocar quien en relación al informe planimétrico y documental, señaló haber periciado dos documentos, el primero E-1 consistente en dos hojas con llenos manuscritos atribuibles al acusado Rojas Pool y el segundo E-2 consistente en dos hojas atribuibles a una persona anónima. Explicó que comparados uno y otro documento, en su grafías, llenados, tipo de letras, consistencia, pausas, empalmes, cultura gramatical -en ambos documentos se escribió con error la palabra "UNIVERCITA-RIA- como la pasta utilizada y no obstante, que en el segundo documento -anónimo- se trató de cambiar la escritura, concluyó que ambos provienen del mismo autor y los llenos manuscritos fueron realizado por la misma persona.

Consecuente con lo anterior, La Fiscalía incorporó como primer documento, el signado como <u>E-1</u>, la carta de fecha 23 de abril del año 2011

consistente en dos hojas que dirige el acusado a su primo Marcelino Carvajal, solicitando en síntesis, ayuda legal, e indicando que ahora frente a la acusación que se le hace como autor de secuestro con homicidio, se decide a decir la verdad, que todo fue un accidente, que atropelló a la víctima, el día de los hechos con el bus, que luego trató de ayudarla pero se murió dentro del local de Audio Car, que la sacó en el portamaletas del bus y la trasladó al desierto por la Ruta 400, tapándola allí con algo de tierra; que desea que ahora se sepa "la verdad" ya que lo dicho antes, que se le había caído el capot "eso es mentira" no era cierto. De igual forma la Fiscalía incorporó mediante lectura el documento signado como E-2 carta que aparece dirigida vía Courier Nacional, nombre remitente, Francia Rojas Molina al Defensor Regional donde una persona anónima -universitarios- expresan que al saber que defiende al conductor de Audio Car, reconoce que con un amigo provocaron a la joven, la que asustada huyó siendo accidentalmente atropellada. "Carta Anónima".

sostenido por el perito **EDUARDO HERNAN TORRES** SEPULVEDA, químico farmacéutico del S.M.L. en relación a sus experticias e informes que reconoce N°13387 al N°133393-10, quién, refirió haber practicado a las muestras que le fueron remitidas a Santiago, tanto un examen toxicológico respecto a la víctima -sin resultados positivos- como también un examen al contenido del estómago de la víctima, diligencia destinada a precisar el tiempo aproximado entre la última ingesta de alimentos y el deceso.

El primer reconocimiento como explicó fue negativo, en tanto el segundo, referente al contenido del estómago, fue altamente indiciario que el deceso de la víctima se produjo entre 5 a 6 horas después de la última ingesta de alimentos, explicando que de un hecho conocido se deriva su consecuente, dónde la dinámica de los nutrientes de los alimentos contenidos en la comida evidencia que en este caso, fueron carbohidratos con alguna de presencia de grasas o aceites. Explicó en forma pormenorizada y en detalle, que los primeros nutrientes se difieren de de dos a cuatro horas, y los segundos, en tiempo similar al de las proteínas; agregando luego, que se enteró más tarde, en una nueva información que se le entregó, que la víctima comió o tuvo ingesta de alimentos, cerca de las 22.00 horas, consistente en torta de cinco sabores, que tiene entre sus componentes frambuesa, compuesto que evidenció un nuevo examen más especifico en dicho sentido ya que antes se había confundido con vino tinto; la víctima en dicha oportunidad también realizó ingesta de cecinas, lo que también explican los aceites. Reitera en consecuencia, que en el primer informe que efectuó no tenía antecedentes -lo que da seguridad y evitar contaminar el trabajorespecto de los alimentos ingeridos, y en un segundo informe, si los conoció fortaleciendo y confirmando en consecuencia su conclusión, en cuanto que la muerte no se produjo nunca antes de dos o tres horas, y no más allá de cuatro a cinco horas, considerando esto último, como de cierta variación atendido a factores de estrés y también ambientales alteración que pudiere producirse por el tiempo y calor ambiental que puede lentificar la digestión.

También fueron aportes aquellos testimonios de los conductores de la empresa Audio Car, que declararon. Así, VICTOR DANIEL VARAS **BARRAZA**, manifestó que alcanzó a conocer al acusado como compañero de trabajo en Audio Car, persona que por instrucciones expresa de su jefe y dueño de la empresa, debió ir a buscar a la cárcel y luego trasladar a una residencial donde se alojaría; el acusado trabajó como vigilante y chofer conduciendo a veces dentro del local, era el encargado del chek list de los móviles, esto es, su revisión, presentación y limpieza, todo los vehículos tenían G.P.S. salvo el bus Higer, situación conocida en el local por los dueños y choferes, agregó, que lo dejó de ver ya que sólo trabajo un mes y medio y luego cambio de trabajo. ALFREDO **OLIVARES VICENCIO**, por su parte refirió que como conductor de la empresa Audio Car, el día 26 de noviembre condujo el bus Higer en un servicio a Mejillones, máquina que entregó ese día con su hoja de ruta que indicaba 8.271 kilómetros; que dicho móvil quedó ese día en la empresa procediendo él a descansar sábado y domingo; que el día lunes supo que se ocupó esa máquina en otro servicio por el conductor José Jara. Explicó, que el acusado que trabajaba y vivía en una pieza de dicho lugar condujo en algunas oportunidades ese bus, añadiendo en su relato, que como registro del recorrido de las máquinas, se ocupaba el G.P.S. control que carecía el bus Higer, y además se utilizaba la hoja de ruta,

que se entregaba al secretario de la empresa. Reconoce en su atestado (documental 17) hoja de ruta de dicho vehículo de los día 25 y 26 de noviembre donde aparece anotado la cifra 8271 con último kilometraje de ese día. En el mismo sentido lo aseverado por **MAURICIO EUGENIO** ORTIZ FERNANDEZ, al referir que como chofer de la empresa Audio Car conocía al acusado, quien era el encargado del Chek list, o sea la revisión y puesta a punto de los móviles, ignora si todos los vehículos de la empresa tenían un control de G.P.S. revisión que también se hace manualmente con las hojas de ruta a cargo de cada conductor que trabaja en el vehículo. Indicó que el día sábado 27 de noviembre llegó muy temprano a buscar un bus a su cargo, para un servicio, esto como las 05.30 horas; que estaba oscuro y las luces de sensor de movimiento que tiene el lugar no funcionaban, que hizo el comentario que dichas luces estaba malas, pero no lo reportó a la jefatura, agregando, que el resto de las luces del patio se prenden o apagan manualmente de un interruptor ubicado en un pilar distante a diez metros del portón. Describió además el lugar y que el acusado tenía acceso a las dependencias, computadores, bodegas y teléfono del lugar y ocupaba una pieza al fondo del patio arriba de la bodega del fondo; y también lo explicado por **ESTEBAN** ANDRES MEDINA SANDO-<u>VAL</u>: quien señaló haber compartido trabajo con el acusado en la empresa Audiocar, entre los meses de noviembre y diciembre del 2010, persona quien moraba en dicho lugar y tenía la tarea de cuidador, de aseo y mantenimiento de los vehículos, los que también conducía, incluso, lo vio conducir a lo menos unas 10 veces el bus Higer; explicó que la relación del acusado era de confianza con el dueño de la empresa, era como el junior, y siempre lo llamaba para sus traslados.

Agregó que el acusado era de personalidad agresiva, y que en una oportunidad le contó haber hecho el amor en el lugar a una niña de 22 años de edad –hija de un recluso- dentro del bus Higer. Manifestó además que él salió de vacaciones cerca del 17 de diciembre y que al volver, el acusado ya no estaba trabajando en la empresa. Explicó que los vehículos se controlaban en sus desplazamientos con un sistema de G:P.S.

Lo que en términos puntuales respecto del día 27 de noviembre dijo **CARLOS ANTONIO FERRER COSTA**, chofer indicando que ese día al volver de un servicio de la empresa Audio Car y siendo las 21.55 horas detuvo su máquina frente a la oficina, se bajó para abrir el portón con las llaves, y al acercarse por la luz del sensor de movimiento, se percató que estaba abierto y mirando a al costado derecho, observó al acusado como medio escondido y vestido con ropa oscura en un sector donde no llega la luz de los focos que detentan los movimientos; que extrañado le preguntó porqué el portón de acceso se encontraba abierto y el acusado le explicó que estaba esperando a su exconviviente que llegaría como a las 23.30 horas, que así entró su vehículo lo estacionó en el patio en forma aculatada y delante del bus Hygger ya que habían otros vehículos en

dicho lugar, conversaron como 10 a 15 minutos, para seguidamente dejar la hoja de ruta respectiva y retirarse, dejando las llaves en un lugar conocido por todos los choferes. Explicó, que al día siguiente siendo las 06.00 horas al ir a retirar dicha máquina no estaba en el mismo lugar donde lo dejó, se encontraba estacionado en un lugar diferente y en el local no había nadie más que el acusado.

Refiere que a éste lo conoció como el 4 0 5 de noviembre cuando llegó a trabajar, que lo visitó en tres oportunidades en su departamento del piso 19; él vive en un edificio que queda solo a unos 30 metros de Audio Car, que el motivo de la visita era para ducharse ya que le estaban habilitando una pieza en el taller, y en otra oportunidad, fue para ocupar el computador que ocupaba para contactar su familia. Explicó que los vehículos de la empresa tenían G.P.S. salvo un bus nuevo; piensa que la máquina a su cargo, se lo movió de lugar el acusado, era el único que estaba en ese lugar, aún cuando conforme su hoja de ruta no evidenció kilometraje extra, señaló finalmente que en el exterior de la empresa hay dos focos sensores de movimientos, que se activan cuando se acerca una persona al portón.

Aquello declarado por JORGE HERNAN ROSALES VERA; manifestando ser dueño de la empresa Audio Car, que en esa actividad conocía al acusado desde el año 2004 cuando trabajó para él, que luego cuando el 03 del mes de noviembre del año 2010 salió de la cárcel lo volvió a contratar como chofer, lo hizo por 30 días contrato

que se extendió por otros 30 días para que regularizara sus papeles, que dicha relación laboral duró hasta que tuvo que finiquitarlo con fecha 22 de noviembre por cuanto sacó sin autorización del local un automóvil, circunstancia denunciada que el sistema G.P.S. que tienen todas su maquinas, incluidas los buses, salvo el minibús marca Higer, modelo chino que recientemente había adquirido para la empresa y no se le había instalado, añadiendo que además, estos se controlan con la hoja de ruta respectiva. Agregó que el acusado vivió en principio en una residencial y luego en el mismo local de la empresa donde le facilitó una pieza en un altillo. Explicó que conocido los hechos se hizo una revisión total de los movimientos y solo ahí se detecto que el bus Higer tenía una llegada el día 27 y luego una salida el 29, evidenciándose conforma el odómetro o cuenta kilómetros, una diferencia de 137 kilómetros sin explicar, dando a entender que había salido ese fin de semana. Explicó que en dicha oportunidad habían en el lugar 6 unidades con G.P.S. más el bus Higer, que no contaba con dicho control. Señaló que dicho sistema incluso acusa o evidencia cuando se echa a andar o cualquier movimiento del vehículo que tiene ese control, así respecto del día 27 de noviembre, puede señalar que el bus de Ferrer registró un movimiento donde se le corrió un espacio corto, y que el único auto color blanco que había ese día en el local, marca KIA, modelo Majestic patente BLKG 29 y que se mencionó en su momento en relación al capot, solo tenía registrado un encendido de motor pasadas a las

11.00 horas, añadiendo de paso que dicho vehículo que no presentaba ningún desperfecto, todos los móviles deben estar listos y operativos en todo momento, incluso a dicho automóvil se le había cambiado la batería recientemente, existiendo las órdenes de atención mecánicas y de compra respectivas que así lo prueban. Finalmente señalo que existen luces exteriores que actúan con sensores de movimiento, su interruptor esta al interior de la empresa, indicando que a la fecha de los sucesos deberían haber estado funcionando. Reconoce en fotos el local, su parte exterior, el patio, explica en funcionamiento de las luces del lugar y donde se ubican, el lugar que tenía el acusado para vivir; reconoce las hojas de ruta del día 26 de noviembre, la del día 29 del mismo mes, vehículo entregado el día 26, con 8.271 kilómetros de recorrido y que salió el día 29 con 8.408 kilómetros de trayecto; también reconoce un croquis con la ubicación que hizo respecto de los vehículos esa noche y luego la modificación que se evidenció después por el G.P.S. Finalmente reconoce una orden de trabajo, una orden de compra y una factura por cambio de la batería al auto marca Kía patente BLKG-29.

Lo que al punto refirió <u>RENE</u> <u>RICARDO CANDIA JULIO</u> jefe administrativo de Audio Car, explicando que por haber trabajo con anterioridad en dicha empresa, se contrató al acusado como chofer en el mes de noviembre del año2010, supo que estaba en problemas y se le dió una oportunidad encargándole del chek list de los vehículos mientras regularizaba sus papeles, siendo

finiquitado el 22 de noviembre por haber utilizado sin autorización un auto de la empresa con G.P.S. El acusado no tenía su documentación al día, pero a veces por necesidades de trabajo, se le hizo conducir para la empresa en algunos servicios. Refiere que respecto del día 27 de noviembre por un vecino del local, se entero que las luces del sensor de movimiento que tiene al exterior, y que se manejan de un tablero en las oficinas del segundo piso, estaba malas, siendo posible también, que no hayan funcionado y que haya estado desconectadas ya que en esos días, se remodelaba el local y habían maestros trabajando.

UNDECIMO: Que además en concordancia con lo anterior asoma la labor investigativa de LUIS OSCIEL ALVARADO SCHU-LER, Cabo Primero de Carabineros señalando que el 7 de diciembre se dispuso que integrara un grupo a fin de efectuar diligencias por la desaparición de la estudiante, y otro grupo efectuaba otras diligencias. Que en dicho orden, le correspondió tomar declaración con fecha 4 de enero de 2011, a Rojas Pool que en esa oportunidad éste le indicó que trabajaba en la empresa Audiocar, que ingresó a trabajar el día 3 de noviembre de 2010 hasta el 22 de diciembre de 2010, donde fue cancelado; que dicho sujeto consultado sobre lo que hizo el 27 de noviembre, indicó que ese día participó en una charla de seguridad hasta las 12.00 horas, luego se quedó en esas dependencias, que en horas de la noche su ex pareja que iba a visitarlo no llegó, alrededor de las 22.00 horas salió de la empresa y en ese instante llegó Carlos Ferrer chofer de un minibús, que conversaron y como a las 23.00 horas se retiró y él se fue a acostar; le contó también que en algún momento se enteró de la desaparición de la estudiante sin aportar más antecedentes.

Añade que ya con fecha anterior, el 27 de diciembre de 2010, por los antecedentes que surgían en la investigación, se había concurrido a la empresa Audio Car, solicitando a René Candia, un listado de los vehículos y empleados, lista que ya que había sido requerida con anterioridad y no fue entregada que en dicho listado destacaba el acusado quien desde el día 10 de noviembre había vivido y habitado una pieza en la parte posterior de dicha empresa, persona que ya no trabajaba en ese lugar al ser despedido con fecha 22 del mismo es, que dicho sujeto contaba con antecedentes penales, y respecto de quien no se tenía su actual dirección, pero luego se le pudo ubicar en el centro de la ciudad el día 04 de enero del año 2011.

Agrega que a él lo llaman **Schuler**, y que ese día 04 de enero, también le solicitó al acusado un prueba de sangre, la cual realizó personal de Labocar, explicando que se le tomó declaración en calidad de testigo y sospechoso, además por otra parte, mantenía dos órdenes amplias de investigar emanadas de la fiscalía local; explica que el acusado accedió voluntariamente al examen de sangre. Aclaró además que antes del 27 de diciembre había solicitado a René Candia administrativo de Audiocar además del listado del personal, las imágenes de la cámara de video que tiene el local, pero luego y al insistir y al hacerle entrega del grabador pero no se pudieron recuperar las imágenes por él técnico. Añade, que el 7 de enero de 2011, junto al sargento Ahumada presenció la declaración que dicho funcionario le tomó al acusado. Identifica a este en la audiencia como la persona a quien le tomó dicha declaración.

Lo que también sostuvo CAR-LOS EDUARDO AHUMADA MUÑOZ, Sargento Segundo de Carabineros, al referir que en el mes de diciembre de 2010, conformando un equipo multidisciplinario para buscar a una joven universitaria desaparecida desde el 27 de noviembre, procedieron a efectuar diversas diligencias y como también empadronamientos de posibles testigos.

Explicó que el 24 de diciembre luego de encontrar el cuerpo todo se transformó en la búsqueda de autores del homicidio; que el 27 de diciembre recibió la información de Audiocar respecto de un trabajador de dicha empresa despedido el 22 de diciembre correspondiente al nombre de Daniel Rojas Pool, antecedentes que apareció unido a otra información resultante luego de empadronar el edificio contiguo a dicha empresa en el registro de visitas, y donde apareció también su nombre unido a otros sospechosos.

Que Rojas Pool al ser ingresado al sistema de datos, mantenía antecedentes penales por robo, hurtos y condenas por violaciones reiteradas; que junto al funcionario Vielma, se dirigieron al Segundo Juzgado del Crimen y revisando las carpetas sin dejar de lado a los otros sospechosos,

les llamó la atención el "modus operandi" en las otras violaciones donde aparecía comprometido, mediando engaño y agresión violenta.

Que dicho sospechoso recién pudo ser ubicado el 04 de enero de 2011, siendo trasladado voluntariamente a Labocar a prestar declaración señalando que ese día -el de la desaparición- participó en la mañana en una reunión, con posterioridad revisó los vehículos, después estaba esperando una llamada de su ex pareja Elsa; que de esta versión asomaron contradicciones, tanto respecto de lo declarado por Carlos Ferrer, como con la de su exconviviente. Respecto del primero, que indicó que ese día, a las 22.00 horas al llegar a Audiocar a dejar el bus y abrir el portón, se percató que se encendió la luz con sensor, encontrando agazapado a Rojas Pool recién bañado, perfumado, y vistiendo ropa oscura, relato diferente ya que el acusado señaló que él le abrió el portón a Ferrer, que además se aprestaba a ir al Jumbo a comprar y que vestía una polera celeste; también contrataba con la versión de que esperaba su expareja, y lo que contestó a esta, quien les había referido que el acusado le había dicho, que no quería conversar porque estaba cansado y que al día siguiente tenía que salir temprano, mientras él señaló que esperaba una llamada.

Que las contradicciones hicieron que la Fiscalía lo citara en horas de la tarde para tomarle una nueva declaración; que mientras se encontraban en el cuartel comenzaron a conversar la situación y el acusado llorando le narró que se le murió C.J. en el interior de Audiocar.

Así le explicó que en esa oportunidad quería salir a taxear sin autorización de la empresa; que como uno de los vehículos que iba a ocupar tenía malo los bornes de la batería, salió al exterior a solicitar ayuda, accediendo C.J. a prestarla ingresando al local, que ésta mientras afirmaba el borne a la batería, se le cayó el capót en la cabeza; que asustado salió en su ayuda, encontrándola tendida en el piso, que la quiso ayudar pero no pudo, que luego se le empezó a salir la lengua, y recordó que como un hermano sufría de epilepsia le ató una amarra en la boca, que luego al verla como estaba, y como no quería estar nuevamente detenido, buscó un vehículo para sacarla del lugar y encontró el bus Higer el cual sabía que contaba con combustible, que allí puso el cuerpo en el maletero izquierdo del móvil, hasta dejarla en una ruta adyacente de la B-400. El declarante señala que el acusado ese día en la tarde, sabía que se le iba a tomar otra declaración por las contradicciones y que existían resultados de ADN, uno era la muestra del SML de Iquique y la otra la muestra de sangre tomada el día 04 de enero de 2011.

Que policialmente, realizó diligencias tendientes a verificar los dichos del acusado, que para ello se dirigieron a la empresa Audio Car a corroborar el tema del capót del vehículo que era un Kía Majentis, el cual se comprobó no caía abruptamente, porque hay una pieza que lo afirma y desplaza hacia abajo muy suavemente, además la batería de ese vehículo por los antecedentes que se contaban había sido comprada hacía sólo semanas antes.

Que también en el mismo orden investigativo, efectuaron el recorrido en el bus, el cual no contaba con GPS situación conocida del acusado: que habían 137 km de diferencia en el kilometraje; que el recorrido total hacia donde quedó el cuerpo dio 96 km faltando alrededor de 40 a 42 kilómetros, que no recuerda si se hicieron diligencias para verificar el faltante, piensa que pudo en su oportunidad buscar otros caminos como Roca Roja antes de dejarla donde quedó finalmente; que la empresa Audiocar le proporcionó un documento que daba cuenta del kilometraje faltante; que se consultó a la empresa señalando que entre el 26 de diciembre y el 29 no se realizó servicio alguno con ese bus, el cual el día de los hechos estaba en el patio de la empresa.

Señaló que el acusado en su relato, refirió que el fallecimiento de la niña ocurrió dentro de la empresa Audio-Car, que se asustó, no quiso informar a la policía; le señaló que la tomó de frente, la abrazó y la subió boca abajo en el maletero; que también le refirió que al regresar al local, se dio cuenta que la ropa que él vestía, mantenía cabellos largos y sangre por lo que lavó el poleron y la otra ropa, la quemó en la playa en la costanera, en tanto que el bus lo limpió completamente, incluso, con un cepillo dental porque quedaron en dicho contenedor salpicaduras de sangre.

A la defensa le manifestó que el 27 de diciembre tuvieron la información en Audiocar y el edifico donde se desapareció la joven; que se le tomó declaración en calidad de testigo; que el 07 de enero prestó dos decla-

raciones; que hasta que prestó declaración, efectivamente se desconocía la utilización del bus Higer; que con posterioridad se solicitó a la empresa información sobre el bus determinándose el faltante de km; que el conductor Olivares que entrevistó en el curso de la investigación, le dijo que Rojas Pool sabía que el bus Higer no tenía GPS, el cual también era conductor en la empresa; que él no hizo peritaje respecto de las luces del lugar; que desconoce si se efectuó algún peritaje de las luces.

Aclaró al tribunal que en la diligencia del trayecto al lugar de hallazgo fue de día, pero no recuerda el horario, no se registró la velocidad; que la víctima entró al local entre las 23.00 y 23.15 horas, que el acusado no recuerda a qué hora falleció, que no le señaló la hora en que la trasladó ni la hora en que regresó al local de AudioCar; que al confesar el hecho, sabía que había un resultado de ADN pero ignoraba si era positivo o negativo, estaba informado que la Fiscal contaba con dicha información y se dirigía a tomarle declaración.

En el mismo orden resulta el aporte MAURICIO ANTONIO de VIELMA PASTEN: Sargento de Carabineros quien en síntesis, realizó el día 27 de diciembre diligencias investigativas en el edifico y en el local de Audio Car, que supo que el can busca cadáveres "marcó" a Carlos Ferrer, que hizo un estudio del perfil del imputado con las causas anteriores, que lo ubicó, recibiendo la declaración del día 04 de enero, y estuvo en la declaración del día 07 de enero, y también efectuó el trayecto desde la empresa Audio Car al sitio donde se encontró el cadáver de la joven.

Explicó que a cargo del Labocar, e integrando un equipo multidisciplinario en la búsqueda de la joven debió hacer diversas diligencias investigativas; que así tomó conocimiento del hallazgo del cuerpo lo que ocurrió el 24 de diciembre al medio día en la ruta B-400, en un camino alternativo; que hasta ese momento, no había nada concreto ni se manejaba información sobre el posible autor; que las hipótesis al respecto se barajaron después del hallazgo, por una información obtenida el día 27 de diciembre por el funcionario Alvarado Schuler al hacerse trabajos investigativos en el edificio donde había concurrido la occisa a ver a su amiga, allí todo derivó de la acción del can especializado que "marcó" a Carlos Ferrer que habitaba el departamento N°1901 y trabajador de la empresa AudioCar; que se le solicitó al administrador del edificio todos los antecedentes de los moradores y de sus respectivas sus visitas.

Que de las planillas de control de ingresos, se obtuvo los nombres cédulas de identidad, fecha, horario, personas y visitas a los departamentos, apareciendo que a dicha persona le sub arrendaban dos jóvenes una señorita y su pololo, y que había sido visitado por Daniel Rojas, como en tres oportunidades; que naturalmente respecto de dichas personas se indagaron por el funcionario Alvarado Schuler, todo sus antecedentes en la base de datos del Registro Civil, antecedentes donde solo Rojas Pool aparecía registrando anotaciones penales por robo por sorpresa, con

intimidación, violaciones reiteradas y hurtos, causa de los Tribunales del Crimen y una última, en la Fiscalía que no perseveró; que se determinó que dicha persona solo el día 03 de noviembre había terminado de cumplir una pena por robo, además ese nombre coincidía con una lista de trabajadores de Audio Car donde aparecía desvinculado con fecha 22 de noviembre.

Que con las copias de los archivos de las causas, se analizó un perfil del mismo, determinándose de acuerdo al estudio, que abordaba a las víctimas a través del engaño, que conducía un taxi básico, que las víctimas eran mujeres de entre 15 a 22 años de edad; que una vez abordadas cambiaba de trayectoria siempre hacia la Ruta 26 salida hacia Calama, de poco tránsito, y en el trayecto las intimidaba con arma blanca y cuando se oponían las golpeaba. Explicó que en una oportunidad, una de las jóvenes se lanzó al suelo, y el acusado la siguió con el vehículo atropellándola, era un tipo decidido y violento; en otra causa terminada por no perseverar, se repetía el perfil, correspondía a una joven de 14 años en un hecho ocurrido en el sector de Juan López; causa en que se repetían varios patrones, ya que cuando dicha joven quiso huir, también fue atropellada.

Que lograron dar con el paradero del acusado, quién en esos días hizo un llamado ocasional a la empresa Audiocar y habló con René Candia jefe de operaciones, ubicando a través del visor del teléfono un número fijo, que entregaba un domicilio en Antofagasta; que el mismo Candia, "les dijo que el acusado estaba traba-

jando en Iquique en los buses Camus", pero esa información era totalmente falsa, no correspondía a la verdad, ya que la llamada era procedente de esta ciudad, se originaba en Antofagasta;

Explicó que el acusado desde que salió de la cárcel estuvo alojando en el Hotel Brasil como por 7 a 8 días, y que una vez que se habilitó una bodega como habitación se trasladó a vivir allí en Audiocar; que los hechos investigados ocurrieron el 27 de noviembre de 2010 y en esa fecha estaba viviendo solo en dicho edificio, retirándose de la empresa el día 22 de diciembre; en una conversación le señaló que esa noche se encontraba en Audiocar; que se obtuvo la información a través de las declaraciones voluntarias de los trabajadores de Audiocar y del mismo Rojas Pool;

Que una vez ubicado en el sector centro de la ciudad como el 4 de enero de 2011, de manera voluntaria se le solicitó una versión e los hechos, concretamente qué había hecho durante los días 26 y 27 de noviembre, mayores antecedentes al respecto no maneja; que si en base a esa información, se generaron otras diligencias ya que se le solicitó una prueba de ADN, a fin de efectuar un análisis comparativo, ya que se había ubicado un ADN en uñas de la joven; muestra que fue obtenida en forma voluntaria, añadiendo que durante la investigación se tomaron también muestras de ADN a unas siete personas, no era el único sospechoso.

Refiere que también, producto de una declaración del imputado se efectuaron diligencias en Audiocar a fin de corroborar sus dichos respecto a un vehículo que iba a ocupar el día 27 para taxear, que tenía problemas en el encendido, uno de los bornes de la batería estaba suelto y necesitaba ayuda para darle contacto, acción donde se le había caído el capot a la joven; que hubo que verificar a qué vehículo correspondía, estableciéndose que habían dos autos que decían relación con el modelo Kia Majentis, de color blanco, estableciéndose por los peritos que la batería y sus bornes estaban muy bien fijados, el capó al levantarse no tiene caída libre, ya que el sistema hidráulico lo impide, descartándose también la versión de la caída libre del capó en ambos vehículos y que los bornes estuvieran en mal estado; que en ese orden también se requirió en una Indumotora del sector norte, antecedentes resultando que hacía muy poco se le había hecho el mantenimiento; que en esa diligencia participó un perito mecánico, fotógrafo, y el doctor del SML; que con posterioridad a la detención del imputado a fin de corroborar su declaración fue el trayecto que habría seguido en busca de algún sitio para dejar el cuerpo de la joven.

Así le dijo que dijo que ese día salió de la empresa, tomó calle Talca, Orchard, subió por Diaz Gana, La Concepción, hasta Padre Hurtado, de ahí prosiguió hacia el norte, Salvador Allende, Ruta 26, Ruta 25, Ruta B-400, bajó por esa vía e ingresó a un camino alternativo; que desde el punto de salida al de llegada hay 49 km en total contabilizados. Que luego volviendo, desde ese lugar hasta la empresa Audiocar, tomó la B-400 para llegar a la Ruta 1 en dirección a Antofagasta, Pedro Aguirre4 Cerda, hasta el sector de Iquique, en direc-

ción sur, siguió por Avenida Argentina, bajó luego por Blanco Encalada, Galleguillos Lorca, Avelino Contardo, llegó a la Avenida Angamos, viraje a la izquierda y llegó a Audiocar, dando un total lo de 96 km en total recorridos; que faltaban entre 40 a 42 km de acuerdo al registro donde el último conductor dejó estacionado el Higer con un kilometraje y el día 29 mantenía otro diferente; que la importancia del recorrido era corroborar la veracidad o no del los dichos del acusado; que entre el 26 y 29 de noviembre no hubo recorrido durante el fin de semana por orden de la empresa; que el cuerpo quedó en un camino secundario a la ruta B-400; que de acuerdo a la misma versión el cuerpo lo llevó en el maletero del costado izquierdo del bus Higer.

Al declarante se le exhibe documento N°20, 1) de la diligencia del recorrido del bus, corresponde a la salida del estacionamiento de Audiocar; que el km se tomó desde ese momento dejándose en cero el tacó grafo; que el reloj del bus es el cuenta kilómetro; 2) Tacó grafo, km 10.992 y el cuenta km en cero; que esa diligencia se realizó en abril de 2011; 3) Señaletica indica que ahí comienza la Ruta B-400; 4) otra vista del mismo lugar; 5) dirección mejillones y hacia ruta 1; 6) ruta B-400 y camino secundario por donde ingresó el bus; 7) lugar donde depositó el cuerpo de C.J.

Explicó que desde la ruta B-400 hacia ese lugar donde se encontró el cuerpo no hay visibilidad, ya que hay lomas en altura; que entre la B-400 hasta el lugar del hallazgo hay unos 400 a 500 metros; 8) vista lateral del

bus; 9) tacógrafo que indica que hasta ese sector habían 49 km; 10) salida del camino a la ruta 1; 11) se toma dirección a Antofagasta; 12) sector norte PAC; 13) al llegar a la empresa señala el tacógrafo los 96 km;

El mismo declarante explicó que también realizó diligencias respecto de una carta que se hizo llegar a la Defensoría Penal en forma anónima, la que tenía remitente siendo enviada a la Defensoría, para investigar en este caso, la participación de la remitente; se trataba de Francia Rojas Molina, respecto de quién luego de diversas diligencias se obtuvo su fotografía, su red familiar, persona que ubicada, le señaló en su declaración que habiendo concurrido al CCP de Antofagasta para visitar a su pareja que estaba en el pabellón 7, un interno le había entregado a éste un sobre y le había pedido se lo hiciera llegar a su abogado, que ella accedió sacando el sobre del CCP, pero por razones de tiempo no la entregó y la mantuvo una semana en su poder hasta que el día 26 de enero lo fue a dejar, viéndose como era anónima en la obligación de colocar su nombre; que dicha testigo aportó el nombre de la persona a quien ella visitaba en el CCP, entrevistándose a Orlando Castro Verga, quién les señaló que un día jueves, Rojas Pool, le entregó la carta contenida en un sobre cerrado, -lo recibió sin percatarse que no tenía remitente- diciéndole éste, que era para su abogado quien no había concurrido a visitarlo; que se la pasó a su polola el domingo siguiente; y que esta que se puso como remitente, que el acusado le dijo que la carta era anónima e incluso había cambiado la letra. Al declarante se le exhibe la

documental N°3 y N°4 del auto de apertura: indicando que se trata de la carta a la que ha hecho referencia.

A la querellante le manifestó que hasta antes del hallazgo del cuerpo no había nada concreto sino sólo varias líneas investigativas que se estaban siguiendo; que a continuación el hallazgo, la línea investigativa respecto de Rojas fue fruto de la investigación. A la defensa le expresó, que el acusado fue ubicado el 4 de enero de 2011; que los acompaño en calidad de testigo y en esa calidad se le tomó sangre para ADN; que tomó conocimiento de la declaración de Rojas el mismo día 4 de enero; que el día 7 de enero entregó todo el trayecto del bus Higer; que antes del 7 de enero no tenían conocimiento que en ese bus, se había efectuado el trayecto hacia el desierto; que también ese día tomaron conocimiento que el traslado se verificó en el maletero delantero del costado izquierdo del vehículo, añade, que no pudieron corroborar qué pasó con los 42 km faltantes; que entrevistó a René Candia en abril de 2011.

Aclaró al tribunal, que en la última declaración del día 7 de enero cuando se estableció el trayecto, la diligencia del recorrido se verificó en el mes de abril y la empresa con posterioridad a la declaración el 7 de enero proporcionó la información del kilometraje; que la primera declaración el 7 de enero era para superar contradicción y la de la tarde, la tomó la fiscal porque existía más antecedentes sobre la participación de Rojas Pool porque se había hecho llegar la respuesta de un ADN concordante, con un perfil genético anterior. Concluye que lle-

garon al acusado en base a los antecedentes del cabo Alvarado Schuler del 27 de diciembre, más lo corroborado por sus diligencias en el edificio.

DUODECIMO: Que además en el orden DOCUMENTAL y por los acusadores se adjuntaron el Certificado de defunción de C.J.B., indicando su deceso el día 28 de noviembre del año 2008, a las 02.00 horas, siendo su lugar de defunción esta ciudad y como causa de la misma asfixia por sofocación, agresión homicida; la carta que consta de dos hojas cuadriculadas, que se inicia con la levenda "Antofagasta, 23-04-2011" y termina en la página cuatro "Daniel Marcelo Rojas Pool" dirigida a su primo Marcelino Sandoval donde le señala haber mentido en la versión de la caída del capot' sobre C.J. y que ahora en dicha misiva reformula como un atropello vehicular; el documento conductor de Correos de Chile, guía electrónica 26/05/2011 - 18:07 remitente Francia Rojas Molina y destinatario Pedro Casanueva, junto a carta dirigida a Pedro Casanueva con un timbre de la defensoría penal publica de fecha 27 de mayo de 2011, oficina de partes II región y que termina con la palabra "anónimo". Cuyo contenido es una denuncia anónima para apoyar la tesis del atropello, documento cuya grafía y demás antecedentes conforme la pericia son del acusado; el tráfico de llamados correspondientes al fono xxx desde el día 04/11/2011 al 31/12/2011.- donde aparece la llamada de la exconviviente al acusado el día 27 de noviembre y donde este le dice que está ocupado; 56 fotografías correspondiente a Informe pericial del sitio del suceso Na 29-2011:

químico Na30-2011.; 13 fotografías correspondientes a informe pericial fotográfico Na 36-2011; el control de ingreso personas externas al Edificio Punta Angamos, que fue a visitar la víctima, consta de 19 fojas comenzando con fecha 30 de octubre de 2010 a las 19:00, concluyendo el 30/11/2011 a las 21:00 horas.; el Contrato de trabajo de Daniel Rojas Pool con Transportes Audiocar Limitada de fecha 04 de noviembre de 2010.: el Anexo de contrato de fecha 01 de diciembre de 2010 entre Transportes Audiocar Limitada y Daniel Rojas Pool.; el respectivo finiquito de trabajador de fecha 22 de diciembre de 2010 entre empresas de Transportes Audiocar Limitada y Daniel Rojas Pool; un croquis de ubicación de vehículos efectuado con lápiz pasta azul donde se muestran 6 vehículos con sus respectivas patentes, dos carros, un taller y una bodega y 9 documentos de ubicación de vehículos correspondientes reportes de GPS de los mismos seis vehículos.; la Liquidación de orden de trabajo, emanada de Comercializadora Indumotora de fecha 18/11/2011, respecto de vehículo PPU BLKG 29.; la Orden de Compra Na 5001206 de fecha 25 de noviembre de 2010.; Factura Na 096078 emanada de Comercializadora Indumotora S.A.; Copia de hoja de ruta del vehículo PPU CVGX-24 que se inicia con fecha 25 de noviembre y concluye con fecha 26 de noviembre.- (chofer 79) Copia de hoja de ruta 1337, correspondiente al vehículo PPU CVGX-24, conductor J.Jara, que se inicia con fecha 29 de noviembre de 2011 (chofer 71).-; 56 Fotografías correspondiente a Informe pericial

del sitio del suceso Na 29-2011; químico Na30-2011.-; 13 fotografías correspondientes a informe pericial fotográfico Na 36-2011.; 71 fotografías correspondientes a Informe pericial fotográfico Na 01, emanado de la Policía de Investigaciones, sobre los que declara testigo Eduardo Campos Suarez y don Carlos Pizarro Bascur.; 13 fotografías correspondiente a Oficio Na05 de fecha 14 de abril de 2011, emanadas de la sección de Investigación Policial de Carabineros, 2da. Comisaría Antofagasta.; 38 fotografías contenidas en Informe de evidencia asociada Protocolo 112-10 UE.: 10 fotografías contenidas y explicadas en anexo 1 de Informe de Evidencia Asociada, protocolo Na 112-10 UE.-:28 fotografías contenidas en Informe Pericial de Entomología Forense Na 161-2011.-; 19 fotografías contenidas en Informe pericial fotográfico Na 0122-2011.-; Plano en planta y plano de elevación correspondiente a Informe de planimetría Na123-2011.-; 12 fotografías correspondientes a Informe pericial documental Na 558-2011; 20 fotografías contenidas en Informe de Autopsia Na 269/2010.-;. 96 fotografías contenidas en Informe pericial del Sitio del Suceso Na 1384-2010.- Las que no deberán contener marcas ni glosas; 17 fotografías contenidas en Informe Médico Forense Na 1385-2010.-; 05 fotografías contenidas en Informe pericial dactiloscópico Na 1387-2010.-;. 48 fotografías contenidas en informe pericial de análisis de vehículo Na 035-2011.; 16 fotografías contenidas en Informe pericial químico forense Na 1386-2010.-; Una fotografía correspondiente a peritaje de biología molecular Na 2372-2011.; Y Las que no deberán contener marcas ni glosas. 11 fotografías correspondiente a Informe pericial de análisis Na 34-2011.

La prueba indicada no fue objeto de controversia, la pericial no fue controvertida por otra en sentido contrario, los peritos que declararon al respecto dieron razón seria y articulada de sus conclusiones, y no hubo prueba razonada, argumentada ni sostenida por otra científica en contrario que le quitara credibilidad, razón y verosimilitud, y la documental y fotográfica fueron incorporada en forma legal en el curso del juicio.

DECIMOTERCERO: Que en apoyo de la ACCIÓN CIVIL la querellante rindió la misma prueba de cargo más las deposiciones M.J.B, C.J.B., ambas hermanas de la víctima, que en términos muy sentidos -lo que no pasó desapercibido en audiencia- señalaron en sus respectivos testimonios que cuando se enteraron que C. su hermana menor, que era la regalona de sus padres y profundamente querida por ellas, no aparecía empezó todo un drama de desesperación, que todo ello hizo denunciar en Vallenar el hecho y luego venir a sus progenitores a esta ciudad e involucrase junto a sus amigos y compañeros de la universidad en una desesperada búsqueda que se prolongó día a día; explicaron que el tiempo pasaba sin saber qué hacer y que la búsqueda era por distintos lugares de Antofagasta; precisaron que su hermana C. no era una persona de salir y juntarse con extraños, era muy comunicativa, alegre y juguetona con su entorno más inmediato

y por ello compartían diversas fiestas familiares cuando iba a Vallenar.

En una parte de sus relatos explican y describen así una serie de fotos que se le exhiben donde a su hermana C. se le ve desarrollando muy alegremente actividades de esparcimiento con sus parientes más directos. Agregan además que cuando se supo la noticia de su muerte, ello fue terrible esto para ellos "fue lo más duro"; añadiendo C., términos como "que no se puede entender tanta maldad" y que sus padres quedaron muy mal, que C. su hermana menor. era la hija regalona añadiendo "nos mataron a todos"., "y luego agregando "no puedo aún entender eso", Explica que ella también como vivía en el hogar universitario de calle Angamos, pasaba frente al local de Audio Car, que está cerca, sector que siempre se encontraba muy oscuro, lo que le daba miedo. Agrega a los requerimiento del querellante, que constantemente está presente el hecho de su muerte "es como si hubiere sido ayer", su madre solo pudo asistir el primer día del juicio y su padre, aún no puede asimilar tanto pena, diciendo "que se llevaron su conchito"; que esta situación ha obligado a requerir necesariamente ayuda psicológica para todos, y ella en particular "no hay día que no llore por su hermana", expresiones que hacen llorando muy sentidamente en la audiencia.

También declararon, ROMINA NATALIA RIQUELME RIQUELME, e IRENE NICOLE ILLANES GALLARDO refiriendo ambas, que C. era una amiga y compañera muy querida en el hogar universitario donde vivía además su hermana C. Que cuando se supo que C. no aparecía se inició toda una actividad con compañeros y amigos destinada a ubicarla, debiendo Irene ante falta de noticias ya el día 28 de ese mes llamar a la madre de esta a Vallenar informándole la situación a su familia, llegando en consecuencia de madrugada los padres de C. a la ciudad de Antofagasta. Que más tarde cuando se dijo que había aparecido su cuerpo el día 24 de diciembre, sus padres quedaron muy acongojados, ello fue un golpe muy terrible para todos. Irene explicó además que ella avisó en su oportunidad a la mamá que C. que esta no aparecía, que dicha señora se desesperó mucho, que después de lo sucedido, ha cambiado mucho y de manera importante, su rostro refleja hondamente la falta de su hija, y sabe que actualmente están recibiendo tratamiento psicológico.

Finalmente en el orden documental, la querellante civil adjunto el <u>Certificado de nacimiento</u> de C.J.B., en que consta la individualización de los padres de ésta E.J.B., y M.J.B.; el <u>certificado de nacimiento</u> de M.J.B., como el <u>certificado de nacimiento</u> de C.J.B. ambas hermanas de la occisa, y un set de <u>10 fotografías familiares</u> en que aparecen C.J.B. junto a sus familiares compartiendo fiesta familiares; antecedentes que tampoco fueron objetados en sus respectivas presentaciones e incorporaciones a juicio.

<u>DECIMO CUARTO</u>: Que, concluido el juicio, un análisis preliminar de las alegaciones de los acusadores, así como de la tesis sostenida por la defensa, y considerando la verdad

procesal que tiene la prueba incorporada a juicio, la que conforme al principio de la inmediación probatoria fue apreciada libremente por estos sentenciadores, surge como primera aproximación y como hipótesis no contrapuesta por otra en contrario, que C.J.B., ese día 27 de noviembre fue a la casa de su amiga Daniela, compartió con ésta y su madre, según resulta conforme los dichos de ambas, retirándose a las 23:00 horas del edificio en que éstas últimas vivían, rumbo al hogar universitario donde ella residía, distante unos pocos metros más al sur de Avenida Angamos.

Como segunda aproximación, que el día 27 de diciembre del año 2010, su cuerpo fue encontrado casualmente en el desierto, en estado de descomposición, con signos evidentes, conforme a las respectivas pericias, de haber sido agredida en sus ropas, golpeada en diversas partes del cuerpo mientras estaba viva -por ser lesiones vitales- y, además, amordazada fuertemente, acción que no solo dejó signos de impresión alrededor de toda la zona que cubrió la mordaza -incrustándosele el género en la mandíbula- sino que le obstruyó la respiración, accionar que en su conjunto, pasadas a lo menos dos horas desde que se le puso la mordaza, la llevó a la muerte por asfixia.

Como tercera aproximación, que conforme a pericias no objetadas ni contradichas científicamente por otras en sentido contrario, sus uñas de la mano derecha, producto de una acción que puede estimarse como defensiva, llegaron a contener material genético del acusado, sujeto que

ya había abandonado el lugar del crimen y respecto de quien, accidentalmente -dentro de todo el accionar investigativo- habían surgido las primeras sospechas, luego de haberse determinado que había visitado en varias oportunidades a otra persona, que había sido su compañero de trabajo en la empresa Audiocar -local aledaño al edificio que había visitado la víctima esa noche del 27 de noviembre- y a quien, este último, un can busca cadáveres había "marcado"; producto de que el entonces sospechoso, indagado en sus antecedentes asociaba un perfil de agresiones sexuales previas, como también el hecho de que, respecto de las acciones que había realizado ese día, tanto en sus vinculaciones con su exmujer como respecto de los demás compañeros de trabajo, luego de diversas indagaciones con estos últimos, habían surgido contradicciones con las que se le enrostró, le llevó finalmente a aceptar su responsabilidad -de acuerdo a su particular versiónen la muerte de la joven.

Como una cuarta aproximación a la verdad procesal, el acusado, ya frente a las evidencias que le cercaban, entre ellas el A.D.N., en un acto desesperación, pretendió disfrazarla forjándola como un accidente y luego, ante las pruebas periciales que se acumulaban en su contra y la certeza que iban adquiriendo los cargos que se le hacían por el delito de secuestro con homicidio, ya estando en la cárcel, estructuró esta vez el ardid de unas cartas, en las que, conociendo a ciencia cierta que una de ella sería vista, indicaba en ella que todo había sido producto de un atropello y pedía ayuda a un familia, mientras que en

la segunda, que nunca pensó –salvo el destino- se asociaría a él por ser anónima, procuró sustentar derechamente dicha mentira, involucrando además la participación de terceros desconocidos, que supuestamente eran los autores de dicha misiva, acción simulada que quedó al descubierto por las investigaciones y la pericia también formuladas a dicho respecto, concluyentes en cuanto a ambas cartas fueron escritas por el mismo encausado.

Como quinta verdad procesal, se estableció que la víctima esa noche había comido y que, desde la hora en que ello sucedió hasta la hora de su muerte, habían pasado varias horas, entre ellas, las que van desde las 23:30 horas en adelante, cuando C., camino al hogar universitario, debió pasar frente al local donde trabajaba el acusado, quien, aprovechando la oscuridad de la noche -que mencionaron testigos- y la circunstancia de que el recinto se encontraba sin más personas presentes, todo lo que le otorgaba una impunidad manifiesta para sus designios, la abordó en las circunstancias ya dichas, lo que le trajo la muerte pasadas dos horas desde que le puso la mordaza, tiempo durante el cual necesariamente estuvo privada de libertad, falleciendo posteriormente.

Que en definitiva, en la relación sucinta de hechos, pero latamente descrita en la prueba, queda de manifiesto que la víctima estuvo privada ilegítimamente de su libertad ambulatoria por a lo menos un par de horas, que estaba viva cuando se le puso la mordaza, única forma de entender la necesidad de ponerla, ya que siendo

agredida según demostraron lesiones vitales -causadas en vida- como afirmó el legista, debió gritar, lo que explicaría lo escuchado a esa misma hora por el vecino al local de Audiocar, lugar donde se cometía el ilícito, descrito como "un grito de pánico y angustia de una mujer joven y luego otro más apagado", lo que pericialmente se refuerza con la experticia -no controvertida de modo algunoreferida al contenido de nutrientes que tenía la occisa en su estómago, que indicó que ella dejó de realizar el proceso digestivo pasadas unas 4 a 5 horas desde su última ingesta de alimentos, esto último que, como dato cierto, aconteció a las 22.00 horas de ese mismo día y teniendo presente que ella debió pasar frente al local de Audiocar solo escasos minutos después de las 23:30 horas, ya que al salir su amiga Daniela Julio y la mamá de ésta, Patricia Osorio, de su edificio, no la vieron en la vía pública, después de haberse separado previamente en el ascensor.

DECIMO QUINTO: Que anterior se asienta sobre pruebas que fueron legalmente incorporadas y que, debidamente contrastadas, de su examen inmediato y directo, de su relación lógica y concatenada, evidenciaron prudente credibilidad y verosimilitud. En efecto, tales elementos de convicción explicaron con razones de tiempo lugar y circunstancias los hechos acreditados; v enlazaron en forma asertiva tanto lo expuesto por testigos, prueba documental y peritos que dieron razón fundada y no discutida ni contradicha por prueba de similar peso y entidad; antecedentes que no fuerzan el sentido común, que no admitieron por lo demás, la existencia de motivos o intereses para faltar a la verdad o que permitieran asentar una duda razonable en la convicción de los sentenciadores respecto de la existencia de los hechos y de la participación directa del acusado en su producción.

DECIMOSEXTO: Que la defensa, a su turno, si bien argumentó en un principio como idea general que el delito debía ser calificado de homicidio simple, pues los antecedentes solo permitían visualizar dicho ilícito, no estando además clara la hora en que ello habría ocurrido, el doctor Valdez y el perito químico señalaron ambos como data de la misma 27 días, contados hacia atrás, desde la fecha en que se encontró el cadáver, y luego indicaron solo rangos horarios, razón por la cual el deceso se habría producido en no menos de 2 horas después de su amordazamiento, según el primero, y no más a 4 ó 5 luego de su última ingesta -ocurrida a las 22:00 horas- según el químico. Lo cierto es que refieren que se Inició la acción homicida con ese fin determinado y por lo tanto se pregunta en qué momento se la mantuvo con vida. Luego agregó que el entomólogo se equivocó en el número de días, fijándolo en más días e incluso dijo que pudio producirse con una diferencia de seis horas. Pidió por último el rechazo de todas las agravantes.

DECIMO SEPTIMO: Que si bien se entiende la posición de la defensa, lo cierto es, que objetivamente no se ha discutido la presencia de la mordaza, y si nos atenemos a lo que científicamente se indicó, en cuanto este elemento, por sí sólo, se limita

a obstruir -y no a ocluir o cerrar- el paso del aire, es decir no lo impide totalmente, consecuencialmente no es capaz de producir, per se, la muerte de la víctima. Para que se produjese, como aconteció, la muerte de una persona de esa manera, se requiere además de un conjunto de actuaciones que aumentaran e intensificaran su estrés -intimidación, golpes- al punto de crearse un círculo vicioso, en la medida que a mayor estrés -considerando el llanto resultante-, más requerimiento de oxígeno del organismo y al mismo tiempo más inflamación de las mucosas de las vías aéreas, con la consiguiente disminución de las vías respiratorias, lo que impide satisfacer el aumento del requerimiento de oxígeno, lo que evidentemente aumenta el estrés y así sucesivamente, hasta producirse la asfixia total y la muerte consecuente.

Tan cierto resulta que, de acuerdo a los principios de la lógica y a las máximas de la experiencia, cualquier sujeto medio sólo estaría en condiciones de estimar dicho amordazamiento, destinado a silenciar a la persona amordazada, eventualmente como una dificultad para respirar, no siendo posible en consecuencia tener otro criterio - estimar la concurrencia de dolo directo- que denotaría, en cambio, el haber buscado el agente desde el comienzo, como insinúa la defensa, el resultado muerte por esa precisa vía, que como se ha dicho por sí misma no es suficiente.

De todo lo expuesto fluye que una persona media es incapaz de vislumbrar, como medio comisivo del homicidio, el simple amordazamiento de la víctima, por aparecer como un medio no apto y por el contrario, ineficaz para lograr dicho resultado, lo que además como se dijo no es efectivo pues para causar la muerte de esa forma se debe sumar además el trato inhumano productor de estrés ya expuesto y por un lapso de a lo menos dos horas, tratándose de una persona joven y sana, como era C.

Por último, ratifica todo lo que se ha venido razonando –que el agente no tenía simplemente un *animus necandi* o propósito homicida- el hecho de que sus dos tesis alternativas notoriamente evidenciaron que desconocía la causa de su muerte –la asfixia-, pues se basaban en una ocurrida a consecuencia de lesiones, sea por el golpe en la cabeza producido por el capot de un auto o por un atropello.

Lo cierto es, y en términos más simples, que el acusado a lo menos por dos horas, privó de su libertad ambulatoria, de su capacidad de desplazamiento, de su voluntad y, sin derecho alguno que lo justificare, tuvo bajo su dominio, control, y posesión a la víctima que amordazó, tiempo que incluso está explicado por el proceso digestivo de la ofendida. La exigencia de precisión de la hora de la muerte resulta solo una excusa frente a la verdad procesal claramente asentada por las distintas probanzas rendidas en juicio y respecto de la cual el tribunal tiene su convicción intima.

Ahora bien, descartado el dolo directo de homicidio en relación al medio que produjo la muerte de la víctima, denotando el amordazamiento un afán de asegurar el éxito de la privación de libertad de la ofendida, resulta claro que la muerte

se produjo debido a un proceso provocado voluntariamente por el hechor y que se desarrolló a su vista y paciencia, por el lapso tantas veces señalado, evidenciando sin duda y en todo momento su agonía, sin que, pudiendo hacerlo en cualquier momento, hubiese puesto fin a dicha situación, lo que culminó su muerte. Tanto es así que ni siquiera luego de su deceso fue capaz de sacar la mordaza a C., que aún la ostentaba al hallarse su cadáver. Estas circunstancias son las que permitieron al Tribunal llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que Rojas Pool, habiéndose representado la probable muerte de C., aceptó dicho resultado, lo que no es otra cosa que la concurrencia de un dolo eventual, que lo ha hecho penal y plenamente culpable del delito de secuestro con resultado de homicidio.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en cuanto a las circunstancias agravantes invocadas por el ente persecutor y la parte querellante, solo se acogerá la agravante de la nocturnidad, por cuanto tal como lo dice la acusadora, el imputado se valió de esa condición ambiental que proporciona a quien espera o acecha para cometer un ilícito, alta posibilidades de lograr su cometido, basta recordar que objetivamente el ilícito se cometió pasadas las 23.30 horas, o sea de noche, sin perjuicio de considerar que el sector donde se encontraba el acusado escondido y estaba a oscuras, tal como lo dijo el testigo Ferrer y ello se desarrollo en un local en las misma condiciones como lo indicaron otros testigos vecinos a dicho lugar, antecedentes que le otorgan justificación a esta agravante

En cambio, se ha desestimado la de alevosía, consistente en el haber obrado el agente a traición y sobre seguro, al no constar fehacientemente que éste hubiese propiciado y luego aprovechado de circunstancias materiales favorables, desde que ninguna probanza se rindió destinada a así acreditarlo. Al respecto, sus condiciones de trabajo no habían sido fijadas por él ni se pudo establecer en qué forma precisa logró que la víctima accediera al local comercial en cuyo patio interior residía.

Ahora bien, respecto de la premeditación, si bien no está definida en la ley, el Diccionario de la Real Academia Española la entiende como pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla. Esta noción, citando nuevamente al profesor Garrido Montt, engloba dos grandes corrientes de pensamiento, una que da preeminencia al aspecto cronológico y otra que se lo entrega al aspecto psicológico. La conjunción de ambos sistemas constituyen a su juicio las claves de dicha calificante, el primero tomado en el sentido de parsimonia para reflexionar sobre la comisión ya decidida del hecho y la segunda como el acompañamiento a dicha parsimonia reflexiva de la persistencia subjetiva del propósito homicida. Como se anticipó en el veredicto, el Tribunal ha estimado que, con la prueba rendida, apreciada de acuerdo al estricto estándar probatorio establecido por el artículo 297 del Código Procesal Penal, no se acreditó suficientemente la realización de actos previos reveladores de la permanencia de su decisión criminal, adoptada de manera mediata y reflexiva, exigida para configurar tal calificante, ya que ésta

se refiere a la idea de una reflexión o determinación anterior al hecho mismo de la muerte, debiendo existir además un intervalo entre ésta y la ejecución, sumado al requisito legal de ser dicha circunstancia conocida.

Por último, tampoco se estuvo por considerar concurrente la de abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa, pues sin perjuicio de no haberse probado más allá de toda duda razonable, lo cierto es que el empleo de violencia sobre la víctima lo que produce es la agravación de la pena, dentro del mismo tipo penal. Así, la pena va aumentando en la medida que se causa más daño a la integridad física de la víctima, siendo la muerte, el atentado más grave a la vida, la que acarrea la imposición de la pena más grave, descrito ese comportamiento típico en el inciso final del artículo 141 del Código Penal, lo que ocurre precisamente en este caso, no siendo posible considerarlo además como elemento para aumentar la pena por la vía de la agravante, por vulneración expresa del principio non bis in ídem.

DECIMO NOVENO: Que la parte querellante interpuso demanda civil en contra del acusado pidiendo que fuera condenado a pagar a título de daño moral, la suma de \$250.000.000 para doña M.B.A. y la suma de \$250.000.000 para don E.J.P., partiendo del supuesto que ninguna suma de dinero podría compensar la pérdida de una hija en consideración a los severos daños padecidos por sus representados; ella fue víctima de

un delito pluriofensivo, que lesionó no solo su libertad ambulatoria sino también sesgó su vida. Pidieron todo ello más reajustes, intereses y costas del juicio, hasta su pago íntegro, teniendo presente como lo dijeron en su alegación, que nunca se podrá resarcir todo los daños psicológicos, que la pérdida de su hija le ocasionaron. La defensa solo sostuvo que los hechos eran lamentables y mantuvo fundamentalmente su pretensión.

VIGESIMO: Que acreditada la existencia del hecho punible y la responsabilidad culpable que en el mismo le cupo al acusado, se encuentra establecido el primer presupuesto procesal de la pretensión de la actora, esto es, que el fundamento de la acción civil deriva de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto de la acción penal; y además resultando indiscutido que los demandantes son los padres de la occisa C.J.B., lo que se acreditó con las partidas de nacimiento respectivas incorporadas en juicio, -prueba no objetada por la contraria-, y la testimonial de sus hermanas M. y C., y sus compañeras y amigas Romina Riquelme e Irene Llanos, que no dejaron indiferente a la audiencia por el hondo pesar y sentimiento que se expresaban, llevan a concluir justa la retribución exigida como daño moral, ya que nadie puede permanecer impasible frente al dolor que causa la muerte de una hija, más aún llena de vida, con posibilidades ciertas de integrar un futuro común con sus seres más queridos, basta detenerse solo un momento y reflexionar cómo uno asumiría esa pérdida tan irreparable, y en las circunstancias que ello ocurrió, donde el dolor y desesperación que ella pudo experimentar, no pudo ser auxiliado por sus seres más queridos en los momentos que más lo necesitó, reflexión natural que siempre ha de estar presente como una interrogante sin respuesta.

Los sucesos percibidos como de muy hondo pesar por cierto han de modificar sustancialmente la vidas de su seres más próximos, pues toda la vida familiar ya no será la misma, por lo que en justicia, debe hacerse lugar a la demanda por éste concepto, valoración que en este caso, aún cuando pudiere estimarse ilusa por las condiciones monetarias del acusado, a los sentenciadores parece justa y equitativa respecto al dolor causado, fijándola en consecuencia en la suma pedida por los demandantes.

VIGESIMO PRIMERO: conocido el veredicto de condena, en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, la FISCALÍA incorporó el extracto de filiación y antecedentes del acusado, que con diversas anotaciones entre ellas una condena por Robo por Sorpresa en causa Rol 12.417/1991, y Rol 21.005/ 1995 del Cuarto Juzgado del Crimen de esta ciudad; en causa Rol 59.968 /1997 del Segundo del Crimen de esta ciudad como autor del delito de violaciones reiteradas y robo con intimidación donde se le condenó a dos penas de cinco años y un día; y finalmente otra condena por robo por sorpresa en causa RIT 230/2007 del Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad. En consecuencia acreditó que no concurre a su respecto la irreprochable conducta anterior, y pide además, rechazar la posibilidad enunciada por la defensa de acoger

la colaboración sustancial ya que sus versiones de los hechos, una informal y dos con las garantías del caso, resultaron del todo inexacta y solo pretendieron confundir y dar incluso pistas falsa para el establecimiento de la verdad de los hechos, reiterando así, la solicitud de presidio perpetuo calificado: Dicho argumento fue replicado por el querellante así como respecto a la petición de la pena a aplicar. La **DEFENSA LETRADA**, señalando que el acusado aún antes de ser imputado se prestó a que le fuere sacada una muestra para verificar el A.D.N. y luego ya dentro del sistema explicó a la policía todo el recorrido que hizo con el cuerpo de la víctima y la forma como esto se produjo, solicitando que dicha minorante en consecuencia que además sea calificada.

<u>VIGESIMO SEGUNDO</u>: resolviendo lo anterior, se rechaza desde luego la atenuante solicitada de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos por cuanto no se observa ni remotamente un atisbo de colaboración del acusado, mucho menos, que sea de tal entidad para calificarla, por cuanto si la verdad procesal se construyó no fue precisamente con su ayuda, la muestra de A.D.N. fue aceptada por éste cuando aún desconocía los resultados de los exámenes de rigor -que ya habían arrojado resultado positivo con una muestra previa que existía del acusado, proveniente de un delito anterior-, y las versiones dadas y la determinada maquinación destinada a sustentarla con una carta falsa, atenta a la inteligencia para conceder dicha minorante. El hecho que haya reconocido su participación, en una

versión parte verdad, parte mentira, esto es, cuando aceptó haberla amordazado, y que ello ocurrió dentro del local de Audio Car, -lo que puso en duda su propia defensa letrada en parte de su alegato- que la llevó en el bus al lugar donde la dejo Ruta 400. y luego fue encontrada, no justificando todo el recorrido, no es suficiente atento todo lo dicho, para acoger la minorante solicitada.

VIGESIMO TERCERO: Que así las cosas, el tipo penal tiene una sanción que comprende el presidio mayor en su grado máximo a perpetuo calificado, y en ese orden, existiendo una agravante, no se podrá aplicar el grado inferior, quedado solo el presidio perpetuo simple y el calificado, siendo esta última la sanción la que acogerán los sentenciadores, que conocieron el juicio a través de la inmediación probatoria, mecanismo procesal que les otorgó una particular percepción de todo aquello que se dijo y explicó en audiencia, ponderación que se estima ser la más justa en este caso, para sancionar el hecho que debieron conocer.

Cabe además precisar por estos sentenciadores, que creyendo cumplir estrictamente el mandato del debido proceso que le impone la constitución y las leyes, no pueden dejar de mencionar que hubo situaciones que sin ser objetivadas procesal y penalmente, quedaran a lo menos en el presente juicio como interrogantes, y que fueron particularmente elocuentes, del alto grado de perversidad, menosprecio y desdén por la vida humana de que se tiñó todo el suceso, y que también luego el acusado, de una manera reprobable y

sin arrepentimiento alguno e incluso con indiferencia respecto del daño y dolor producido, pretendió mediante ardides justificar y ocultar.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 12 N°12, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 26, 27, 32 bis, 50, 68, y 141 inciso final del Código Penal; artículos 1, 4, 59, 108, 295, 297, 309, 319, 325 y siguientes, 340, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, y 2314 y demás pertinentes del Código Civil, SE DECLARA:

I) Que se condena al acusado, DANIEL MARCELO ROJAS **POOL**, ya individualizado, **como** autor del delito consumado de secuestro con resultado de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso final del Código Penal, perpetrado en esta ciudad el día 27 de Noviembre del año 2010, en la persona de C.J.B., a la pena de PRESIDIO PERPETUO CALI-FICADO y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de vida del sentenciado, todo con costas.

II) No reuniendo el sentenciado los requisitos de la Ley N°18.216, deberá cumplir la pena corporal en forma efectiva, la que se le contará desde el día 07 de enero de 2010, fecha desde la cual, ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad por esta causa, detenido y en prisión preventiva, de acuerdo a lo establecido en el juicio y a lo señalado en el respectivo auto de apertura.

III) Ejecutoriado que sea el fallo, sino se hubiere hecho, cúmplase con

lo dispuesto en la Ley N°19.970, relativo a la muestra de ADN por parte de Gendarmería de Chile.

IV) Que se hace lugar a la DEMANDA CIVIL deducida por don los abogados Fidel Castro Allende y Jaime Araya Guerrero, en representación de E.J.P., y M.B.A., en contra del acusado y, en consecuencia, se le condena a pagar la suma de \$250.000.000. a cada uno de ellos, por concepto de daño moral, los que pagará con reajustes e intereses entre la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada y su pago efectivo, con costas.

V) Devuélvase la prueba documental incorporada por los intervinientes, bajo constancia y recibo y remítase además los antecedentes necesarios al Juez de Garantía de la causa para la ejecución de la pena. Regístrese y Anótese.

Redacción: Juez Luis Sarmiento Luarte.

RIT 316-2011.

RUC 1001114210-4

PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA GUILLERMO ALFREDO CÁDIZ VATCKY, INGRID TATIANA CASTILLO FUENZALIDA Y LUIS EMILIO SARMIENTO LUARTE.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y GRIMEN ORGANIZADO

REVISIÓN A ALGUNAS DISCUSIONES DOGMÁTICAS EN TORNO A LA ESTAFA CON OCASIÓN DE LA DICTACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA EN CAUSA RUC 0600443058-K¹

Ulda Omar Figueroa Ossa²

1. Cuestiones generales

1.1 Introducción y objetivos del artículo

Desde siempre el delito de estafa ha sido objeto de controversia, entre otros motivos por su especial configuración, la cual como ha afirmado la doctrina requiere la concurrencia de cuatro elementos que se producen sucesivamente los unos a los otros (engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio). Distintos problemas en torno a estos elementos han dado pie a un intenso debate, no sólo en nuestro medio, sino también en el derecho comparado.

En paralelo, la jurisprudencia ha sido dubitante al tomar partido por algunas de las distintas soluciones planteadas por la doctrina para cada uno de estos problemas, conociéndose resoluciones judiciales en todos los sentidos, sin existir una tendencia jurisprudencial clara respecto de cuál sería la más acertada solución a cada uno de ellos.

En éste contexto, durante el mes de Febrero de éste año, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Ovalle dictó sentencia condenatoria sobre los hechos protagonizados por una mujer que, atribuyéndose la calidad de "espiritista" y "sanadora", defraudó patrimonialmente a diversas personas de esa ciudad que acudían a su consulta en busca de sus supuestos servicios espirituales y mágicos.

Lo peculiar de esta sentencia, que calificó jurídicamente estos hechos como estafa del artículo 468 del Código Penal, además de condenar a penas de presidio efectivo de 5 años y un día, es su referencia clara a algunos de los problemas que tradicionalmente se discuten en materia de estafa, así como la postura que toma respecto de cada uno de ellos.

Con ocasión de este juicio, los sentenciadores, así como los demás intervinientes, Fiscal y Defensor, tuvieron oportunidad de argumentar y reflexionar jurí-

¹ Sentencia dictada el día 20 de febrero de 2012 por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Ovalle. La Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena rechazó el recurso de nulidad interpuesto en su contra por la defensa con fecha 24 de abril del 2012, quedando ejecutoriada el día 25 de abril del mismo mes.

² Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

dicamente respecto de dos de los grandes temas discutidos tradicionalmente a propósito de éste tipo penal. Por una parte, se refirieron a la naturaleza jurídica del engaño típico de estafa, es decir, a cual debía ser el criterio a seguir para determinar la idoneidad de éste para ser típicamente relevante. Por otra parte se hizo mención a la discusión existente en torno a si el error de la víctima configurado con anterioridad a la realización del engaño de quien busca realizar una estafa, igualmente da lugar a la consumación del delito en cuestión. En cada uno de estos casos, el Fiscal y el Defensor expusieron sus argumentos y el sentenciador tuvo oportunidad de señalar cuál era el criterio jurídico que consideraba correcto aplicar para zanjar cada uno de estos dos problemas.

La dictación de ésta sentencia condenatoria es lo que motiva la redacción de este artículo. Se busca, con ocasión de ella, exponer cuales han sido las posturas que ha tomado la doctrina nacional en relación a los dos problemas relativos a la estafa previamente descritos, y al mismo tiempo, complementar aquello exponiendo y comentando los argumentos utilizados por los intervinientes en éste juicio.

Con éste objetivo, haremos a continuación una breve exposición de los hechos materia de este juicio. Luego en un segundo capítulo, enunciaremos los problemas fácticos vinculados a la materia y su formulación jurídica: a saber, los problemas de la idoneidad del engaño típico de estafa y de la situación que se produce cuando el error antecede a la conducta engañosa con miras a estafar. A continuación, desarrollaremos los argumentos que la doctrina entrega para la resolución de cada uno de ellos. Finalmente revisaremos veremos cómo se abordaron estas temáticas por los intervinientes en el juicio oral, complementado esto con comentarios atingentes a cada caso.

1.2 Breve exposición del caso RUC 0600443058-K

Entre los años 2005 y 2006, la condenada aparentó ser una espiritista y sanadora, realizando publicidad sobre sus supuestos dones en diferentes radioemisoras de la ciudad de Ovalle y mediante volantes repartidos en esa ciudad, permitiendo con ello que las distintas víctimas concurrieran a su consulta ubicada en la mencionada localidad.

En ese lugar, les prescribía medicamentos para tratar diversas enfermedades que las aquejaban, afirmándoles que eran víctimas de supuestos males. Además les señalaba que en lugares que les eran familiares (su propio domicilio o el de algún pariente cercano) existían tesoros escondidos consistentes en monedas y joyas de oro.

Para la sanación de las enfermedades o males y para encontrar los supuestos tesoros escondidos, les exigía el pago de altas sumas de dinero. Verificado el pago, concurría a los domicilios donde estaban enterrados los supuestos tesoros, donde realizaba toda una puesta en escena en forma de ritos espirituales,

simulando la aparición de especies de oro que, en definitiva, resultaron no ser de dicho material.

Las personas afectadas debieron, con el objeto de obtener lo prometido por la condenada, desembolsar altas sumas de dinero, siendo defraudadas en su conjunto por la suma de \$ 20.555.000 de pesos.

Para una comprensión más profunda de estos hechos, revisemos los relatos vertidos por algunas de las víctimas que declararon en éste juicio oral³.

Una de ellas, de oficio temporero, relata que mientras caminaba por el centro de Ovalle, recibió unos volantes en los que ofrecía sus servicios una "brujita mística" que "adivinaba todo y curaba enfermedades". Al concurrir al domicilio donde ella atendida, le cobró cinco mil pesos por la consulta y le dio distintos remedios "por estar enfermo y estresado a causa del trabajo". En la primera entrevista, según indica, la condenada le proporcionó unas pocas pastillas que lo relajaban, pero en una segunda oportunidad le dijo que en casa de su madre había un tesoro escondido, pero que necesitaba que le entregara una alta suma de dinero para encontrarlo. Luego de conversar el tema con su madre, le pagó el dinero solicitado, el que ascendía a seiscientos sesenta y seis mil pesos.

Al día siguiente, la acusada llego cerca de las tres de la madrugada para hacer el desentierro del tesoro. En ese momento la condenada tomó un poco de sal, hizo un sahumerio, escarbó la tierra y comenzó a sacar las monedas, exhibiéndoselas a la víctima

Luego de esto, la condenada le pidió más dinero a la víctima, a lo cual accedió, entregándole diez millones de pesos, dinero que provenía de la venta de la parcela de su madre. En otros casos, la imputada solicitaba el dinero antes de los desentierros, como condición para su realización.

Otra de las víctimas, dueña de casa, relata más detalles sobre qué sucedía luego de los hallazgos. Señala que la condenada le indicaba que debían enterrar las monedas en la pared, junto a una tijera, sal y envueltas en un paño y que no podía sacar las monedas de ese lugar pues de hacerlo le podía pasar algo a ella a sus hijos o familiares.

En ambos casos, pasado cierto tiempo, las víctimas vieron las monedas y se percataron que no eran de oro, sino de plomo.

Otra de las víctimas, de profesión topógrafo, relata que llegó a la consulta de la condenada ya que fue a buscar hierbas para su madre que estaba enferma. Supo de la supuesta espiritista por medio de la radio y le cobró cinco mil pesos por la consulta. En otro episodio, le dijo que veía una oportunidad de obtener dinero, señalándole que había un tesoro escondido en su casa. Relata que si bien al principio no creyó mucho, con el tiempo se fue convenciendo.

³ Extraídos del considerando NOVENO de la sentencia en comentario.

Para la realización del desentierro le pagó la suma de \$ 3.200.000. En éste, hacia un ritual con sahumerios y tenía como condición la ingesta de tabletas sedantes que lo hacían dormir. El objetivo de darle esas pastillas era, supuestamente, protegerlo mientras ella desenterraba el tesoro escondido. Si bien declaró conocer el oro, por causa de su profesión, creyó que las monedas eran de ese material pues ella se las mostraba en la oscuridad.

En definitiva, de forma similar a la expuesta, la imputada perjudicó a cada una de sus víctimas, exigiéndoles distintas sumas de dinero pero siempre concluyendo su actividad con la propuesta de realizar desentierros de supuestos tesoros escondidos que, según sus dichos, se encontraban ocultos en sus domicilios o en los de algún pariente.

2. Exposición de los problemas vinculados al tipo penal de estafa acontecidos en la causa y su tratamiento dogmático

Dos son los problemas relacionados directamente con el delito de estafa que son objeto de debate por los intervinientes y sobre los que se pronunció el Tribunal en esta causa:

- La conducta de la supuesta espiritista, ¿tiene la intensidad necesaria para hacer creer a las víctimas que ella es portadora de poderes sanatorios y adivinatorios? En otras palabras, el engaño desplegado, ¿es idóneo para producir un error en las víctimas y con ello, ser típico del delito de estafa?
- ¿Representa algún impedimento para configurar el tipo penal de estafa la circunstancia que las víctimas de la "supuesta espiritista", crean de antemano en sus poderes sanadores y adivinatorios, sin que ella deba persuadirlos de su existencia? Es decir, ¿representa algún obstáculo para la configuración del tipo penal de estafa que el error anteceda al engaño?

Dar solución a cada uno de estos problemas supone conocer cuáles son los presupuestos jurídicos para su resolución y cuáles son las posturas que ha tomado la doctrina en torno a cada una de estas cuestiones. A continuación realizaremos una breve exposición sobre la formulación dogmatica de los problemas antes descritos y expondremos las posturas adoptadas por la doctrina para resolverlos.

2.1 Problema de la idoneidad del engaño. Existencia de un "engaño bastante"

Presupuesto necesario del delito de estafa es la existencia de un engaño. Sin embargo, no cualquier conducta que tenga como meta producir en otro un error es típica de estafa. Para que lo sea, será necesario, además de ser realizada con tal finalidad, que objetivamente esa conducta o grupo de conductas sea

idónea para ese fin, es decir, que tenga cierta aptitud para producir éste efecto en una tercera persona.

Lo que ha sido objeto de debate sobre éste punto es el criterio que debe seguirse para determinar si una conducta es o no idónea para producir un error. Ello es relevante pues si la conducta no es idónea para aquello, se hace imposible valorarla como un engaño y, por tanto, no podría jamás hablarse de la presencia de una estafa, ni siquiera de una tentada o frustrada.

La discusión en nuestro medio se acrecienta pues nuestro ordenamiento jurídico no establece expresamente un parámetro para determinar éste punto. Así lo deja de manifiesto GARRIDO MONTT cuando hace presente que "el sistema nacional no consagró un concepto de lo que debe entenderse por engaño, porque emplea, como lo hace habitualmente, la enumeración casuística por vía ejemplar (v.gr., art. 468) o una alusión demasiado genérica, como la realizada en el art. 473 (cualquier otro engaño...). Ello hace que doctrinariamente esa noción deba ser determinada normativamente, estableciendo sus limitaciones". No ocurre lo mismo en otras legislaciones, como por ejemplo en la española, la cual al tipificar el delito de estafa exige la concurrencia de un engaño bastante para su consumación.

Dos son las posturas que mayoritariamente se aceptan en nuestro medio respecto del problema expuesto: la teoría objetiva (o teoría de la *mise en scene)* y la teoría objetiva-subjetiva.

- i. Teoría objetiva
- Planteamiento de la teoría objetiva

En nuestro medio, esta postura es sostenida principalmente por ETCHEBERRY. En líneas generales, ésta tesis plantea que la conducta del autor, para que pueda ser valorada jurídicamente como un engaño, debe ser de un nivel de sofisticación importante. Para que ello ocurra se "exige una determinada gravedad objetiva de la conducta como requisito previo para confirmar el tipo de injusto del delito de estafa⁴". Como acertadamente lo describen CABRERA y CONTRERAS "de acuerdo a esta teoría, el engaño típicamente relevante a titulo de estafa se determina recurriendo a criterios objetivamente cuantitativos, de modo tal que solo es engaño típico, aquel que se manifiesta a través de un aparato exterior⁵". De esta forma, concluyen estos autores, bajo los presupuestos de esta teoría "se excluyen las meras afirmaciones falsas como integrantes del engaño típicamente relevante".

⁴ CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. "El engaño típicamente relevante a titulo de estafa", Ed. Legal Publishing, Santiago, año 2009, p. 41.

⁵ Ib. Ídem. p. 41.

Con el objeto de resaltar la gravedad objetiva que se exige a una determinada conducta para valorarla como un engaño, ésta parte de la doctrina plantea que la actividad del hechor debe ser denominada como "simulación", distinguiéndola del efecto de éste engaño, el "error" producido en un tercero.

Esta tesis exige que la conducta del autor constituya una simulación, es decir, exige como parámetro para considerar como idóneo un engaño que éste sea de una entidad considerable. Esto se fundamenta en que solamente los engaños importantes deben ser penalmente reprochables, pues los demás solo deben ser objeto de un reproche civil. En este sentido ETCHEBERRY afirma que "los autores en general se resisten a admitir una amplitud tan grande para el fraude penal y se esfuerzan por distinguir, dentro de los engaños, los más importantes (que serian fraudes penales) de los menos importantes (que serian solo sancionables civilmente)⁶.

Para que exista una simulación, según éste autor debemos estar en presencia de "apariencias externas que induzcan al sujeto pasivo a formarse por sí mismo una representación o juicio acerca de la realidad que no corresponda a ella⁷". Se deben distinguir de este modo dos tipos de conductas, aquellas que consisten en "un artificio puramente verbal (afirmación mentirosa) y un artificio real o material (llamado también mise en scene)⁸. Lo primero no constituiría un fraude penal, lo segundo sí³⁹.

Como consecuencia de todo lo anterior, señala éste autor, "la simple mentira o afirmación falaz no es bastante para constituir simulación, elemento del engaño que integra el fraude penal. Ello en virtud de que no existe de un modo genérico una obligación de decir la verdad que ligue jurídicamente a los ciudadanos en todos sus actos o negocios"¹⁰. En este sentido, el mencionado autor estima que la mentira necesita ser reforzada por apariencias objetivas externas para que pueda llamarse engaño¹¹".

Adhiere también a este punto en particular (aunque no a esta teoría objetiva en su conjunto, como se dirá más adelante) GARRIDO MONTT, quien plantea que el criterio por el cual se sostiene que una simple mentira puede ser valorada como estafa, no es aceptable, porque "en nuestro ordenamiento jurídico no existe un deber u obligación de naturaleza jurídica de decir la verdad y, por otra parte, la ley penal no tiene por objetivo proteger a los ingenuos o descuidados; la

⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho penal, parte especial, tomo III", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 393.

⁷ Ib. Ídem. p. 394.

⁸ Ib. Ídem. p. 393.

⁹ Ib. Ídem. p. 393.

¹⁰ Ib. Ídem. p. 393.

¹¹ Ib. Ídem. p. 393.

vida en relación exige de quienes la integran un mínimo de diligencia, como es la de razonar antes de aceptar algo¹²".

En definitiva, la idea común de ambos autores es que jamás una simple mentira podrá dar lugar a una estafa.

Sin embargo, esta última conclusión es matizada por el propio ETCHEBERRY quien considera que la mentira podría ser típica de estafa, pero sólo en aquellos casos de "mentira circunstanciada¹³", es decir, de una mentira acompañada de apariencias externas preexistentes y aprovechadas por el hechor para reafirmar el engaño en su destinatario.

Los dichos anteriores fundan la postura de esta parte de la doctrina en relación a la sistemática que rige, en su opinión, respecto de los tipos penales de estafa. En efecto, sostienen que el tipo penal del artículo 468 del Código Penal es la principal figura de estafa, y requiere de simulación en los términos antes mencionados para su consumación. En cambio, el tipo penal del artículo 473, no sería propiamente un tipo de estafa, sino que castigaría hipótesis que consisten en "otros engaños" no realizados por medio de una simulación. Si bien no se exige respecto de este tipo penal que la conducta desplegada constituya una mise en scene, tampoco pueden tratarse de "simples mentiras". Para esta doctrina, el tipo penal del artículo 473 se concreta cuando "la actividad de un sujeto se ha limitado a una mentira, pero ella haya provocado una falsa representación de la realidad a la víctima debido a la existencia de apariencias externas que presentan verosimilitud a lo afirmado por el mentiroso, (...) las apariencias no han sido creadas ni modificadas por el delincuente, sino solo aprovechadas"¹⁴.

CRITICAS A LA TEORÍA OBJETIVA

La teoría objetiva ha sido fuertemente criticada, en especial ya que a que a partir de ella muchos autores han argumentado que es posible plantear como criterio general que "el derecho no protege a los necios o a los negligentes¹⁵".

Quienes hacen esta afirmación, siguiendo siempre la teoría de la *mise en scene*, concluyen que si una persona incurre en un error producto de una simple mentira, ello no sería consecuencia de la idoneidad de ésta ultima para producir una falsa representación de la realidad, sino más bien de la falta de cuidado de quien la padece, y por tanto éste error no sería imputable a la conducta desplegada por el autor de la simple mentira. Luego, éste grupo de casos no

¹² GARRIDO MONTT, Mario "Derecho Penal parte especial, tomo IV", 4ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, 2008, p. 334.

¹³ En este sentido se pronuncia el autor en ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho penal, parte especial, tomo III", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998. p. 394.

¹⁴ Ib. Idem. p. 394.

¹⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 409.

merecería protección penal alguna. Se sostiene que ni aun el Derecho Civil protege en estas situaciones, por tanto, no se ve por qué razón el Derecho Penal debiera hacerlo. En este sentido ETCHEBERRY, quien defiende esta postura, señala que "aceptar la posibilidad de sancionar como fraude penal cualquier mentira que otro haya creído, equivaldría a (...) invitar a la negligencia de los contratantes que no necesitarían preocuparse de verificar las condiciones de sus negocios, sabiendo que en caso de haber mentido la contraparte, gozarían de la máxima protección legal; la pena"16.

Los principales opositores a este argumento, en nuestro medio, han sido POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ.; Ellos critican, en primer lugar, que la discusión de la idoneidad del engaño "se centra en Chile solo en el aspecto objetivo de la misma, esto es, en atención al despliegue que debe hacer el autor del delito, sin considerar las circunstancias de la persona del engañado, y más específicamente, en torno al punto de si una simple mentira puede considerarse engaño bastante"17. En esta línea, éstos autores sostienen que "el argumento de que el derecho no protege a los necios o a los negligentes no puede admitirse para castigar con la indefensión al que actúa de buena fe y por su buena fe, al creer en las palabras de otro, resulta estafado. Ni aún el derecho civil admite esta indefensión del contratante de buena fe, pues el error de un contratante o el actuar doloso del otro siempre vicia en consentimiento, y no se exige para ello una expresión objetiva, cuantitativamente determinable, de ese dolo o del error a que ese dolo induce"¹⁸.

Bajo esta premisa, se busca reformular el criterio para calificar cuando una conducta es o no idónea para producir un error y en consecuencia, ser valorada como un "engaño típico". Se persigue formular un criterio que permita sancionar a titulo de estafa las situaciones donde se logra embaucar a víctimas de un nivel cultural igual o superior al promedio o con conocimientos particulares en determinadas materias, y también aquellas donde se logra producir un error en las víctimas justamente como consecuencia de su menor preparación intelectual, pues se trata de personas que aún poniendo de su parte la máxima diligencia, igualmente habrían sido engañadas. Parece importante dar protección penal también a estas personas, no solamente porque la igualdad ante la ley así lo exige, sino que también porque, desde una perspectiva victimológica, son ellas precisamente las más susceptibles de ser victimizadas por esta clase de delitos. En este sentido argumentar que el ordenamiento jurídico no debe protegerlos, parece ser, desde esta perspectiva, un total contrasentido.

Refuerza la idea anterior la opinión dada por HERNÁNDEZ, autor que plantea que desde una perspectiva político criminal "no puede desconocerse que

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho penal, parte especial, tomo III", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998. p. 394.

¹⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 408.

¹⁸ Ib Ídem. p. 409.

la opinión dominante (refiriéndose a la teoría objetiva) tiene como principal consecuencia práctica la tendencial desprotección de los sectores mas deprivados de la población, que son precisamente aquellos que, por el propio contexto en que se desarrollan sus operaciones comerciales, son víctimas potenciales de engaños simples y poco sofisticados¹⁹.

Dicho lo anterior, previo a describir cual criterio de valoración jurídica se propone para subsanar los problemas antes planteados, revisemos las criticas se han formulado a la teoría objetiva. Una síntesis de ellas es expuesta por CABRERA y CONTRERAS quienes mencionan, entre otras, las siguientes:

- Desde un punto de vista metodológico-conceptual, estos autores reprochan la tesis que sostiene como fundamento de la exclusión de las simples mentiras del ámbito típico de estafa, la idea de una diferencia esencial entre fraude civil y penal. Plantean, acertadamente, que "la diferencia entre un ilícito civil y uno penal viene dada fundamentalmente por (...) la tipicidad. Lo que deslinda un ilícito puramente civil de un ilícito penal es que sólo el segundo se encuentra tipificado en la ley como delito (...) Luego, no es correcto sostener que las diferencias entre un ilícito civil y uno penal son de naturaleza excluyente (...) pues en realidad un mismo comportamiento puede satisfacer las exigencias de una y otra calificación²⁰".
- Complementa esta tesis MERA, quien señala que "todo engaño reúne los caracteres del respectivo requisito de la estafa, no existiendo, por tanto, engaños puramente civiles, de modo tal que la simple mentira puede ser engaño típico de la estafa por que nada en la ley lo excluye, al menos no en la estafa genérica del artículo 473 del CP²¹". Desde este punto de vista, todo engaño, en cuanto produzca el efecto esperado, esto es, defraudar a otra persona, es típico de estafa, pero al mismo tiempo también constituye un ilícito civil. No se trata en consecuencia de regímenes de responsabilidad excluyentes sino muy por el contrario, convergentes y complementarios.
- Desde un punto de vista exegético, CABRERA y CONTRERAS hacen suyos algunos argumentos sostenidos por HERNÁNDEZ quien critica a la teoría objetiva por los siguientes motivos²²:

¹⁹ HERNÁNDEZ, Héctor. "Aproximación a la problemática de la estafa" en, AA.VV., Problemas actuales del Derecho Penal, Imprenta Austral, Temuco, 2003. p. 15.

²⁰ CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. "el engaño típicamente relevante a titulo de estafa", Ed. Legal Publishing, Santiago, año 2009, pp. 44 y 45.

²¹ MERA FIGUEROA, Jorge. "Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta", 2 Edición, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1986, pp. 129 y 130, citado En Ib idem. p. 45.

²² Según se expone en: CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. "el engaño típicamente relevante a titulo de estafa", Ed. Legal Publishing, Santiago, año 2009, pp. 46 y 47. Los últimos dos argumentos son recogidos directamente de HERNÁNDEZ, Héctor. "Aproximación a la problemática de la estafa" en, AA.VV., Problemas actuales del Derecho Penal, Imprenta Austral, Temuco, 2003, pp. 14 y 15.

- Se la critica pues "la ley ha dispuesto la concurrencia del engaño a secas, sin calificarlo o exigir que tenga cualidades especiales, sin aislar de todos los engaños posibles, a un número determinado o indeterminado de ellos, lo cual es particularmente claro a la luz de los dispuesto en el artículo 473, disposición que (...) castiga cualquier engaño no mencionado en los artículos precedentes que cause a otro un perjuicio.
- Se la critica además puesto que "hay disposiciones del Código Penal fuera del ámbito de la estafa que le atribuyen efectos de la mayor gravedad a hipótesis de simple mentira, como es el caso del artículo 439 (...) donde la mentira no solo tiene relevancia penal, sino que llega a constituir violencia en las personas, dando lugar a penas que pueden alcanzar los 20 años de privación de libertad.
- Una última crítica se realiza en consideración a que los artículos 171, 179 y 184 del CP, en el ámbito de las falsedades "disponen algo incompatible con la teoría de la mise en scene, en el sentido de que si la falsificación fuera tan ostensible, tan grosera o tan mal ejecutada, que cualquiera pueda notarla a simple vista, la conducta no se castigará a título de falsedad sino a título de estafa.

Estos argumentos llevan a parte de la doctrina a desestimar la aplicación de la teoría objetiva de la *mise en scene*, al menos en nuestra legislación. En su lugar, han planteado algunos, debe seguirse un criterio mixto de naturaleza objetivo-subjetivo.

Finalmente, creemos que debe tenerse presente la observación hecha por HERNÁNDEZ²³, en el sentido que "la practica chilena con su umbral tan alto en materia de complejidad del engaño o, lo que es lo mismo, con exigencias tan altas para la víctima del mismo, no es habitual desde una perspectiva de derecho comparado". En efecto, y como se expondrá con en detalle más adelante, en legislaciones como la Española, la Francesa y la Alemana, ya se ha abandonado esta tesis, entre otros factores, debido a los importantes reparos que esta teoría merece según lo acá expuesto.

ii. Teoría objetiva-subjetiva

Como ya se mencionó, hay importantes motivos para cuestionar la validez de los postulados de la teoría objetiva. En ese sentido, parte de la doctrina ha optado por plantear criterios de valoración del engaño típico de estafa que incorporen elementos de índole subjetivos en esta operación. En otras palabras, se busca establecer formulas que consideren la situación particular de la persona defraudada para determinar si existe o no un engaño típico de estafa.

²³ HERNÁNDEZ, Héctor. "Aproximación a la problemática de la estafa" en, AA.VV., Problemas actuales del Derecho Penal, Imprenta Austral, Temuco, 2003 p. 16.

Bajo esta premisa, surge en nuestro medio la llamada "teoría objetiva-subjetiva" sostenida, entre otros autores, por GARRIDO MONTT y por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ.

El primero de estos autores toma una postura que se caracteriza por permitir una valoración subjetiva del engaño, aunque sin dejar de ponderar ciertos elementos objetivos. En ese sentido plantea que "en los engaños en general (...) han de tenerse en cuenta, a su vez, las condiciones particulares de la persona a la que se dirige la mentira u opinión falsa. La valoración del engaño es de orden subjetivo, porque corresponde se analice en relación a una persona determinada, la víctima" (...) En todo caso, procede que se considere objetivamente también y principalmente, la naturaleza de la actividad realizada por el agente, la que ha de cumplir con cierta condición mínima de idoneidad^{p4}".

El segundo grupo de autores en cambio plantean algo similar, aunque ciertamente con un énfasis mayor en el ámbito subjetivo por sobre el objetivo, y lo hacen en los siguientes términos: "aceptándose hoy en día que la materialidad de la acción engañosa puede consistir en una simple mentira, si, según las características personales del engañado y las circunstancias del caso, se puede afirmar, ex ante, que la acción engañosa generaba el riesgo del error que padece la víctima del engaño, rechazándose de este modo el criterio de la puesta en escena como único distintivo del engaño de la estafa, reemplazándolo por el criterio que se denomina objetivo-subjetivo²⁵".

En general, puede plantearse que lo propio de ésta tesis es sostener que para configurar estafa, "basta cualquier engaño si este produjo error en la víctima, es decir, el engaño se mide en relación con su eficacia operativa individual en relación al caso concreto"²⁶. Y esto se explica, como sostiene DAVIS, en cuanto "si las maniobras del agente no hubieran tenido idoneidad bastante, está claro que el engaño no se habría producido; hay una sencilla relación de causa a efecto entre la agudeza de la astucia y el error del ofendido"²⁷.

La conclusión anterior, si bien puede parecer superficial, encierra un juicio aun más profundo respecto del problema planteado. De lo antes mencionado creemos que es razonable arribar a la siguiente conclusión, al igual como lo hacen POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ: "el que una simple mentira o afir-

²⁴ GARRIDO MONTT, Mario "Derecho Penal parte especial, tomo IV", 4° Edición, Ed. Jurídica de Chile, 2008. p. 335.

²⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 408.

²⁶ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. "Tratado de la parte especial del Derecho Penal, tomo II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p.256, citado en CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. "el engaño típicamente relevante a titulo de estafa", Ed. Legal Publishing, Santiago, año 2009, p. 53.

²⁷ DAVIS, Pedro. "El delito de estafa", Imprenta dirección general de prisiones, Santiago, 1942, p. 61, citado en CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. "el engaño típicamente relevante a titulo de estafa", Ed. Legal Publishing, Santiago, año 2009, pp. 44.

mación mendaz sea apta para engañar no depende solo de su valor intrínseco o de si es acompañada o no por apariencias externas que pone o aprovecha el autor, sino también de las circunstancias que existen en la relación entre el que emite el mensaje y quien lo recibe, de la misma naturaleza del mensaje que se transmite y también, claro está, de las circunstancias personales de quién recibe el mensaje²⁸".

Cualquiera sea el autor que se siga, ambas posturas tienen en común que realizan una valoración de las características particulares de las víctimas para ponderar si la conducta del autor puede o no ser valorada como un engaño típico de estafa. Tienen en común además que a diferencia de la tesis objetiva, el criterio utilizado para valorar una conducta como engaño típico de estafa es menos estricto que el exigente estándar requerido por la teoría objetiva. En ambas tesis, lo que determina, en parte o totalmente, la idoneidad de una conducta para ser valorada como un engaño típico de estafa, es la capacidad que tiene aquélla para engañar, no a un hombre medio, sino a la persona concreta de la víctima, considerando su nivel intelectual, medio cultural y conocimientos particulares sobre la materia objeto del engaño.

Sin desmedro de lo anterior, si se sigue la tesis menos estricta de POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, no cabe sino concluir que en aquellos casos en donde la víctima carece de preparación y conocimientos respecto del asunto sobre el cual versa el engaño, basta con que ella padezca una falsa representación de la realidad que sea consecuencia de la conducta del autor, para que ésta ultima pueda ser valorada como un engaño típico de estafa, sin ser necesario que esta conducta, aún siendo una simple mentira, esté acompañada de elementos fácticos que reafirmen su aparente veracidad.

La tesis previamente expuesta da lugar a una nueva postura respecto a la sistemática que rige a los tipos penales de estafa. Sostiene ésta parte de la doctrina que el artículo 473 del Código Penal describe un tipo penal de estafa de naturaleza residual. En efecto, como expone MERA, este tipo penal hace referencia a "cualquier engaño", término que "tiene un sentido perfectamente claro y definido: "afirmación falsa de un hecho realizada conscientemente con el fin de provocar en una persona un error o mantenerla en el que se encuentra", lo que no requiere por si puesta en escena alguna"²⁹. Por de pronto, como sostiene HERNÁNDEZ "ni una sola letra de la ley sugiere que el engaño típico deba ser algo más que una mentira, ni mucho menos que deba alcanzar un cierto grado de sofisticación³⁰".

²⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 408.

²⁹ MERA FIGUEROA, Jorge. "Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta", 2ª edición, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1986, pp. 55. citado en POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 392.

³⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. "Aproximación a la problemática de la estafa". Problemas actuales del Derecho Penal, Universidad Católica de Temuco, 2001, p. 14.

En esta misma línea, FUENSALIDA argumenta en torno a cuál sería el fundamento para tipificar una hipótesis genérica de estafa como la de nuestro artículo 473 del Código Penal. Al respecto plantea que "el código ha tomado en cuenta especial cuantos casos de estafas y engaños ha podido prever, auxiliado en esta materia por la legislación antigua española, por los códigos especiales y por otras legislaciones; pero como ésta materia es tan inconmensurable como la inteligencia y la perversidad humanas, no ha podido decir su última palabra sobre ella sino en una disposición general que previniese todos los hechos olvidados y mal expresados³¹".

En cambio los demás tipos penales de estafa, en particular el del artículo 468 del Código Penal, si bien suponen un engaño algo más sofisticado que una simple mentira, no suponen necesariamente una mise en scene, como lo plantea la teoría objetiva. Por el contrario, como plantea HERNÁNDEZ "la sola lectura de las supuestas formas falsificadas de engaño del art. 468 CP sugiere que se trata de hipótesis bastante elementales y poco elaboradas, como es, por ejemplo, el fingimiento de nombre³²".

Para fundamentar esta idea, se ha hecho una comparación entre éste tipo penal y su símil del Código Penal Francés. El artículo 313-3 de aquel código punitivo "conoce cuatro tipos de engaño típico: a) el uso de nombre falso; b) el uso de una cualidad falsa; c) el uso de una cualidad verdadera y finalmente, d) las llamadas maniobras fraudulentas. Las tres primeras hipótesis de engaño (...) no conocen exigencias adicionales para los efectos de su tipicidad, bastando a su respecto la mera aseveración mendaz. Solo respecto de la última hipótesis (...) se exige algo más que una simple mentira (...) recién en este contexto, como caso adicional, aparecería la mise en scene "33 34. De esta forma, se puede perfectamente llegar a similar conclusión respecto de nuestro artículo 468 que contiene hipótesis similares a las tres primeras de la citada norma del Código Penal Francés. En ellas, si bien se exige algo más que una simple mentira, no se requiere tanto como una mise en scene, idea que perfectamente es extrapolable a nuestro artículo 468.

Si se sigue comparando la situación de nuestro ordenamiento jurídico con la del derecho comparado, se podrá apreciar que no sólo en Francia ha tenido aceptación la teoría objetiva-subjetiva. También ha sido acogida en España, en donde aún ante la exigencia de un *engaño bastante* por parte del código

³¹ FUENSALIDA, Alejandro. "concordancias y comentarios del Código Penal Chileno, tomo III", Lima, 1883, p. 238, citado en POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍ-REZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 397.

³² HERNÁNDEZ, Héctor. "Aproximación a la problemática de la estafa". Problemas actuales del Derecho Penal, Universidad Católica de Temuco, 2001. p. 14.

³³ CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. "el engaño típicamente relevante a titulo de estafa", Ed. Legal Publishing, Santiago, año 2009, p. 41.

³⁴ También se analiza el tipo penal francés, con similares conclusiones en HERNÁNDEZ, Héctor. "Aproximación a la problemática de la estafa". Problemas actuales del Derecho Penal, Universidad Católica de Temuco, 2001. p. 17.

penal español, se ha dejado de interpretar el termino en el sentido cuantitativo que le da la teoría objetiva, y se la ha entendido en términos causales "en el sentido de que la acción engañosa debe ser bastante para inducir a error a otro, en el caso concreto³⁵". Otro tanto ha ocurrido en Alemania en donde la opinión dominante "no impone ningún requisito especial de idoneidad al engaño. La simple mentira basta y simplemente no se formula la pregunta por su idoneidad, porque se entiende que si la víctima lo creyó, esa es prueba suficiente e indesmentible de su idoneidad y en consecuencia, de su relevancia jurídico penal⁵⁶".

2.2 Problema del error preexistente al engaño. Hipótesis de sostenimiento del error

Otro de los problemas tradicionales en el ámbito de la estafa, es el que tiene lugar cuando la persona objeto de engaño ya se ha formado previamente una falsa representación de la realidad, de modo tal que no puede decirse que el error es producido por la conducta del hechor en los términos en que tradicionalmente la doctrina describe.

Al exponer sobre el delito de estafa, la doctrina señala comúnmente que para que ésta se realice "el error debe ser producido por la acción engañosa³7", es decir, el error siempre debe ser una consecuencia del engaño y no una circunstancia que lo anteceda. En este último caso, considerando que el engaño no ha producido al error, pues éste le antecedía, la doctrina ha señalado, no se configura el delito de estafa.

Sin embargo, la doctrina plantea que no en todos los casos esto es así, reconociéndose situaciones en donde "el error del engaño no necesariamente debe ser generado por este, sino también puede ser mantenido por el engaño³⁸". En otras palabras se plantea "si la producción del error es equiparable a lo que los comentaristas denominan sostenimiento del error (...) que el ya existente sea fortificado o se impida su cese"³⁹.

Sobre el punto podemos encontrar distintas opiniones:

i. Por una parte, se ha dicho que "la hipótesis que prevalece a este respecto es que la simple utilización del error existente con anterioridad no es suficiente para

³⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 408.

³⁶ HERNÁNDEZ, Héctor. "Aproximación a la problemática de la estafa". Problemas actuales del Derecho Penal, Universidad Católica de Temuco, 2001. p. 16.

³⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 411.

³⁸ Ib. Idem. p. 411.

³⁹ YUBERA, Julio. "el engaño en el delito de estafa" 2ª Edición, Ed. Jurídica Cruz del Sur, 2010, p. 46.

determinar la estafa⁴⁰. En esta línea argumental y aludiendo precisamente a casos de similares características al tratado por la sentencia previamente expuesta y que luego se comentará, POLITOFF sostiene que en estas situaciones no habría estafa, al señalar que "no la hay (estafa) por parte de la curandera que atiende a quien se acerca voluntariamente a su establecimiento ni de quien "lee el futuro", eso sí, solo respecto del pago por el supuesto servicio que presta (que no es servicio alguno, y allí radica el error)⁴¹".

La misma opinión sostiene GARRIDO MONTT quien refiriéndose a la situación de los curanderos, adivinos y magos señala que "normalmente no hacen otra cosa que aprovecharse de las referidas situaciones, o a su reforzamiento; entonces sus acciones no constituyen engaño, porque los que recurren a los servicios de esos sujetos llegan a consultarlos habiendo ya caído en el error sobre sus poderes, en los cuales creen"¹².

- ii. Sin embargo, la propia doctrina se encarga de puntualizar que si existen ciertos casos donde situaciones de "sostenimiento del error" pueden dar lugar a la realización del tipo penal de estafa.
 - Uno de ellos tiene lugar respecto de la estafa por omisión. En este caso nos encontramos frente a una hipótesis de delitos de comisión por omisión de modo tal que aun en presencia de un error preexistente se podría dar lugar a la punibilidad de una conducta "en los casos de omisión de decir la verdad, cuando se está obligado a ello. Esta forma de engaño no produce un error, sino que mantiene un error que el autor debe despejar y por ellos es punible⁴³".
 - El otro caso tiene lugar justamente respecto de las hipótesis en las que una persona, movida por un error preexistente, se acerca a una espiritista o curandera en búsqueda de sus "supuestos servicios". Sin negar ni contradecir lo previamente señalado sobre esta clase de casos, la doctrina puntualiza que "es frecuente que los embaucadores a que se ha hecho referencia, rodeen sus curas y adivinanzas de una presentación suficiente para fortificar el error del cliente e incluso, disipar sus dudas⁴⁴", cuestión que en opinión de algunos autores, también debiera ser punible a título de estafa. En este sentido POLITOFF es partidario de sancionar estas situaciones sólo en los casos en que "este servicio se utiliza para crear una (nueva) falsa idea de la realidad, entonces estaremos de nuevo ante un caso

⁴⁰ Ib. Ídem. p. 47.

⁴¹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 411.

⁴² GARRIDO MONTT, Mario "Derecho Penal parte especial, tomo IV", 4ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, 2008. p. 336.

⁴³ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 411.

⁴⁴ YUBERA, Julio. "el engaño en el delito de estafa" 2ª Edición, Ed. Jurídica Cruz del Sur, 2010, p. 47.

de error producido por un engaño⁴⁵. Cuestión que, como se expondrá a continuación, es precisamente lo que sucede en la causa en análisis.

Comentarios a la sentencia condenatoria del caso RUC 0600443058-K

Ya hemos realizado en un primer capítulo de este artículo una breve exposición de los hechos objeto de este caso. Considerando aquello, a continuación realizaremos comentarios respecto de distintos pasajes de ésta sentencia en donde se da cuenta de cuál fue la posición y los argumentos de los distintos intervinientes de este juicio oral en relación a los problemas relacionados al tipo penal de estafa que previamente hemos expuesto.

3.1. Sobre el problema de la idoneidad del engaño

i. Alegaciones de la defensa: la exposición de la defensa en torno a este tema es planteada en términos bastante conservadores. En efecto, ante la meridiana claridad que existe respecto a que el despliegue realizado por la condenada fue más que una simple mentira, lo que busca plantear indirectamente la defensa es que éstas no fueron cuantitativamente relevantes para configurar una mise en scene. Es esto lo que explica que, siguiendo la teoría objetiva, haya sostenido ya desde su alegato de apertura que "en el evento de estimarse que existe el ilícito, estaríamos frente a la estafa residual del artículo 473 del Código Penal²⁴⁶.

Como se verá más adelante, la tesis de la defensa apunta principalmente a argumentar en torno al problema del error preexistente al engaño y cómo esto excluiría la imputación a título de estafa. De allí que en materia de idoneidad del engaño, sólo se apela a que la calificación jurídica se haga por la figura residual del 473 del Código Penal, de menor penalidad, y no por la figura calificada del artículo 468 del mismo cuerpo legal.

ii. Alegaciones de la Fiscalía: por otra parte el Fiscal busca argumentar que la idoneidad del engaño debe establecerse conforme al criterio más laxo establecido por la teoría objetiva-subjetiva y no según el criterio más estricto señalado por la teoría objetiva. Sus diversas alegaciones tienen por finalidad hacer presente la necesidad de realizar un examen en relación a si las víctimas padecieron o no un error, pues ello sería indiciario de la idoneidad del engaño desplegado por la condenada.

Ello se desprende de distintas alegaciones formuladas por el fiscal. Así, en su alegato de clausura y de conformidad a la prueba testimonial rendida en

⁴⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 411.

⁴⁶ Considerando SEGUNDO.

juicio, afirma que ella da cuenta que "las personas creen en las consecuencias de los males que les puede acarrear mostrar las monedas⁴⁷" y también que "la acusada logro embaucar a estar personas que, por su situación cultural, creen en estas cosas de los brujos y los "males" y concurrían a su consulta⁴⁸".

Destaca el hecho que la Fiscalía utiliza la situación particular de las víctimas, en su gran mayoría personas sin mayores estudios y que han hecho su vida bajo una determinada influencia cultural que inculca la creencia de la existencia de personas con poderes sobrenaturales, para sustentar que la conducta desplegada por la condenada debe ser calificada como engaño, en atención a que es idónea para producir error respecto de estas personas en particular.

Sin embargo con el objeto de garantizar que el Tribunal calificara jurídicamente los hechos a titulo de estafa del artículo 468 del Código Penal, el fiscal da una serie de argumentos para el caso en que el sentenciador igualmente siga la teoría objetiva. Para ello busca descartar que la conducta de la condenada sea una simple mentira y al mismo tiempo, dar cuenta que ella constituye una verdadera *mise en scene*.

Para ello, por ejemplo, alega que la prueba rendida en el juicio da cuenta que "la acusada no solo realiza una mentira blanca, sino que aquí hay una maquinación realizada por esta mujer, que no sana a ninguna persona, sin embargo las embauca con el tema del tesoro. Hay un ardid con sus mentiras con la confección de monedas que les muestra, pero que esconde para no ser descubierta (...)"49.

En particular, de todas las hipótesis del artículo 468 del Código Penal, la Fiscalía imputa al condenado la circunstancia de *atribuirse poder*. Como rescata la sentencia, en su alegato de clausura el fiscal planteó que estamos en presencia de "un tipo de poder que en este caso era un poder mágico, basta con solo ver el volante que es un tema objetivo, pero también es necesario tener en cuenta las declaraciones de cada una de las personas que creían en ella⁵⁰". Hacemos presente que esta última frase da cuenta de cómo el fiscal busca dar cuenta de la magnitud objetiva de la conducta, idónea para provocar error y que las circunstancias particulares de las víctimas también son relevantes para la determinación de aquello, muy en la línea de la tesis objetiva-subjetiva en los términos que la plantea GARRIDO MONTT.

iii. *Decisión del TJOP*: lo primero a destacar es que el Tribunal acoge expresamente la tesis objetiva-subjetiva de POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, como señala expresamente en la sentencia⁵¹, citando incluso un párrafo textual de la obra de estos autores.

⁴⁷ Considerando PRIMERO, alegato de clausura del Ministerio Público.

⁴⁸ Considerando PRIMERO, alegato de clausura del Ministerio Público

⁴⁹ Considerando PRIMERO, alegato de clausura del Fiscal.

⁵⁰ Considerando SEGUNDO, replica del alegato de clausura del Ministerio Público.

⁵¹ Considerando DÉCIMO.

En segundo lugar, el Tribunal desecha la argumentación realizada por la defensa en este punto en cuanto a calificar jurídicamente los hechos como una estafa residual del artículo 473 del Código Penal. Argumenta para ello que "efectivamente el despliegue de conductas de la acusada fue suficiente y apto para provocar en sus víctimas el error, pues el tribunal pudo verificar directamente, a través del relato de los afectados que se trata de personas de estrato rural, que creen en este tipo de cosas, como "males", "brujerías" y "entierros" de monedas de oro, por lo que el lenguaje que utilizo la acusada les era conocido y creíble". Da cuenta con ello de su apego a la postura sostenida por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, en cuanto a valorar las características particulares de los afectados para calificar la conducta de la acusada como un engaño idóneo para realizar el tipo penal de estafa.

Finalmente, cabe destacar que el Tribunal acoge la tesis de la Fiscalía en orden a calificar la conducta de la condenada como una verdadera simulación. Reflexiona el Tribunal que "la encartada, haciendo uso de sus supuestos dotes de espiritista, embauco a sus víctimas, a las que en su consulta (...) les dijo que en sus casas o de otros familiares existían los denominados "entierros" de monedas o de joyas de oro y que ella era la persona capaz de saber el lugar donde estaban y la forma de sacarlos. (...) Tras el pago, acudía a las casas de los afectados, por la madrugada, y, ya sea removiendo la tierra de un hoyo que les hacia cavar o pasando una hoja de palque, les hacía creer que ahí estaban los objetos de oro, todo ello a instancias en que les daba de beber "calmosedan" como lo sostuvieron las víctimas (...). Este engaño no constituía una simple afirmación mendaz, sino toda una puesta en escena, con sahumerios, rituales y elementos populares, con la que la autodenominada "brujita mística" logro representar en la mente de las víctimas que existía un "entierro" de monedas o joyas de oro en sus casas⁵².

Atendiendo a esta última observación del Tribunal, creemos que aún en caso que este hubiera optado por la teoría objetiva, no podría haber sino calificado estos hechos como constitutiva de estafa del artículo 468 del Código Penal.

3.2 Sobre el problema del error preexistente al engaño

i. Alegaciones de la Defensa: como se anunció anteriormente, en esta línea se mueve el principal argumento de la defensa en esta causa. Se alega que el error que mueve a las víctimas a concurrir donde la condenada es anterior al engaño que ésta habría realizado sobre ellos. De esta forma, plantea, "no concurren los elementos del tipo penal (...) pues las personas creían en los poderes curativos de su representada, por lo que no se cumple con este requisito y la doctrina ha señalado que la creencia de determinadas personas en una situación no constituye engaño"53.

⁵² Considerando DÉCIMO.

⁵³ Considerando SEGUNDO.

Como un hecho indiciario de que las víctimas, antes de visitar a la condenada, ya eran objeto de una falsa representación de la realidad, hace presente la defensa que "hay una supuesta víctima que no es, como señalo el señor Fiscal, gente de campo, que por su educación, pues es topógrafo y trabaja en el norte del país y tiene contacto con materiales, tiene un nivel cultural y educacional elevado, lo que indica que esa persona estaba en el error, que no hubo engaño⁵⁴".

ii. Alegaciones del Fiscal: la prueba rendida por el Ministerio Público en juicio busca, entre otras cosas, acreditar que el error padecido por las víctimas en relación a las especiales cualidades sanadoras y adivinatorias que, supuestamente, la condenada poseía, no es relevante para la estafa que se imputa a la condenada. El error relevante para este efectos "se produjo al momento de hacer el engaño por parte de esta mujer, en el sentido que (la existencia de) las onzas de oro (...) produjo el movimiento de patrimonio de las víctimas y los perjuicios para las mismas⁵⁵.

Lo que se expone es que todas las víctimas concurrieron a la consulta de la condenada bajo la errada creencia que ésta tenia poderes sanatorios y adivinatorios por lo que ese hecho no puede dar lugar a estafa. El error que da lugar a la realización de éste tipo penal es aquél que forma la condenada en las víctimas en relación a la existencia de "tesoros enterrados". Esta falsa representación es causada por la actividad de la imputada que como ya se dijo, constituye en engaño idóneo para realizar éste tipo penal.

iii. Decisión del TJOP: en primer lugar el Tribunal aclara que el error respecto de las cualidades de la acusada no es aquél que se valora para configurar el tipo penal de estafa. En efecto declara que "se ha comprobado en juicio que los afectados por el ilícito concurrieron en forma libre, voluntaria y sin presión alguna a la consulta de la encartada ya que habían escuchado publicidad por la radio o bien habían recibido un volante en la calle (...) así, estas personas acudieron donde la encartada obedeciendo a una creencia popular, propia de esa zona del país, que se basa en la existencia de yerbateros o sanadores⁵⁶".

Sin embargo, acto seguido, aclara que el error que es considerado para configurar estafa es aquél que forma la condenada en las víctimas en relación a la existencia de "tesoros enterrados". Declara el Tribunal que "no estamos frente a un error preexistente, como lo afirmó la defensa, es decir, que las víctimas no podían menos que saber que iban donde una curandera, ya que ellas mismas sostuvieron que acudieron, voluntariamente donde la acusada, movidos por el deseo y convicción que aquella mujer les podía curar las enfermedades que padecían tanto ellos como algún familiar. Sin embargo, una vez que llegaban a la consulta, el servicio que la encausada prestaba, y con el que hacia publicidad por un medio radial y a través de

⁵⁴ Considerando TERCERO.

⁵⁵ Considerando SEGUNDO.

⁵⁶ Considerando SÉPTIMO.

volantes callejeros, se transformaba en el medio para inducir a las personas al error o falsa idea de la realidad, porque aprovechándose de la flaqueza de espíritu de sus víctimas, personas de bajo nivel educacional y cultural, les hizo creer que había un "entierro" de joyas o monedas de oro en sus domicilios⁵⁷".

Este último error, a diferencia del primero, no es anterior al engaño típico sino que justamente es provocado por éste. En efecto, las víctimas no llegaban a la consulta de la imputada creyendo equivocadamente en la existencia de los supuestos tesoros escondidos, sino que era ella la que formaba en las víctimas esa errada convicción, utilizando todos los ardides ya largamente descritos en párrafos anteriores. El Tribunal es consistente con esta idea en la sentencia y así lo declara al señalar que "cada uno de los relatos de las víctimas han hecho arribar a la conclusión de que fueron a ver a la autodenominada "brujita mística" para ver la posibilidad de curar alguna enfermedad propia o de algún familiar, pero en ningún caso para saber si en sus respectivos domicilios existían algún entierro, ya que ella no publicitaba tal servicio. Es aquí donde se provoca el más evidente engaño como conducta defraudadora⁵⁸".

Todo ello en definitiva da cuenta que el Tribunal adhiere a la postura sostenida por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ en la materia. Si bien en los hechos donde hay prestaciones de servicios por parte de curanderos a personas que se acercan voluntariamente a ellos, no se puede configurar el delito de estafa, éste puede configurarse si, con ocasión del servicio, se crea una nueva falsa representación de la realidad, que en el caso en comentario está dada por la supuesta existencia de tesoros enterrados en las casas de las víctimas o de parientes de éstas.

⁵⁷ Considerando SÉPTIMO.

⁵⁸ Considerando SÉPTIMO.

PANORAMA DE LA COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS, MEDIO-AMBIENTALES, CONTRA LA SALUD PÚBLICA Y CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL

Alejandro Moreira Dueñas¹

La coordinación interinstitucional como lineamiento estratégico de la Fiscalía. Los factores que inciden en ella

La Fiscalía de Chile definió su plan estratégico construido en cuatro pilares fundamentales: (i) potenciar la protección de víctimas y testigos; (ii) el desarrollo de una persecución eficiente con estándares de calidad; (iii) el mejoramiento de la gestión administrativa; y (iv) el fortalecimiento de la coordinación interinstitucional. Este último propósito busca mejorar y afianzar la comunicación entre el Ministerio Público, las policías y los organismos auxiliares, para así obtener una gestión adecuada y alcanzar los mejores resultados posibles en el cumplimiento de las funciones de la Fiscalía.

En otras palabras, el interés de nuestra institución es revisar la manera en que la Fiscalía se relaciona con los organismos que colaboran en la investigación criminal, detectando los obstáculos que puedan existir para concretar una relación más directa y fluida, y, al mismo tiempo, crear los lazos con las instituciones que, durante la marcha de la Reforma Procesal Penal, se han calificado como valiosas para asistir a los Fiscales en la labor de investigación y presentación del caso respectivo ante los Tribunales.

La intención de este artículo, es referirse al ámbito de los delitos económicos, medio-ambientales, contra la salud pública y patrimonio cultural, en los que este lineamiento estratégico adopta una especial importancia debido a múltiples factores, siendo probablemente el más importante de ellos, el diseño legislativo de las materias que se relacionan con los ámbitos penales antes enunciados. En efecto, a diferencia de otras regulaciones penales, en las áreas individualizadas existe una cantidad importante de leyes especiales que principalmente no están orientadas a establecer delitos y penas, sino que regulan la manera en que los actores económicos deben desenvolverse correctamente, estableciendo derechos y obligaciones, como también creando instituciones públicas cuyo principal objetivo es supervigilar el comportamiento de los regulados, y sancionar administrativamente los incumplimientos detectados. Las infracciones penales y las normas de procedimiento penal, ocupan un

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

espacio reducido en esta legislación especial, presentando diferencias notables con la normativa penal y procesal clásica.

La incorporación del Ministerio Público en este diseño legislativo pre-existente, a nuestro juicio, no fue suficientemente abarcada, como tampoco en las nuevas regulaciones relacionadas con las áreas arriba enunciadas. Muchas veces el cambio simplemente consistió en sustituir el vocablo "juez" por Fiscal, o "Tribunales del Crimen" por Ministerio Público. En contadas ocasiones hubo una especial preocupación por armonizar, de una manera coherente, las atribuciones de las instituciones fiscalizadoras con las de la Fiscalía, esto último sí puede constatarse, en todo caso, en materia tributaria y aduanera².

En ocasiones, la ley le entregó a la institución pública especializada el monopolio de la acción penal para investigar los delitos contemplados en ese cuerpo normativo especial, en otras palabras, la Fiscalía se ve imposibilitada de iniciar investigaciones criminales sin contar con denuncia o querella previa del servicio respectivo. Lo anterior ocurre para todos los delitos tributarios y para el delito de contrabando. En otras ocasiones, faculta a las instituciones a denunciar los hechos que a su juicio pueden constituir delito, pero deja a salvo la posibilidad de iniciar investigaciones de oficio o en virtud de acciones presentadas por víctimas. Esto ocurre en materia de delitos de quiebra, infracciones al mercado de valores, entre otros³. En cualquiera de esos escenarios, es fundamental tener una coordinación entre los servicios públicos y nuestra institución.

Otro de los factores que repercute en la necesidad de establecer una estrecha coordinación, y más aún tratándose de delitos económicos, contra el medio ambiente, la salud pública y el patrimonio cultural, dice relación con actividades de investigación concretas y determinadas, específicamente, nos referimos a las pruebas especializadas que se requieren durante el transcurso de indagatorias por los delitos indicados. Esto se explica porque muchas veces los servicios públicos, encargados de supervigilar o regular determinado ámbito, tienen la capacidad técnica para entregar al Fiscal peritajes que analicen los hechos o evidencia, según sea el caso, y así apoyar la toma de decisiones respecto del caso en concreto que se esté investigando. Ha sido crucial para apoyar la tesis de la Fiscalía, la confección de pericias y la declaración en juicio, como peritos cuando corresponda, de fiscalizadores y funcionarios de instituciones estatales como el Servicio de Impuestos Internos, la Aduana, la Superintendencia de Valores y Seguros, el Servicio Agrícola Ganadero, el Banco Central, la Superintendencia de Quiebras, el Instituto de Propiedad Industrial, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el Consejo de Monumentos Nacionales, por sólo mencionar algunos.

² Sobre el particular, véase sentencia ROL 349-2002 del Tribunal Constitucional.

³ Vgr. Artículo 58 Ley 18.045 de Mercado de Valores, artículo 222 del Título IV, del Código de Comercio (quiebras), artículo 39 Ley General de Bancos.

También incide en esta lógica de coordinación, el hecho que los servicios públicos poseen mucha información documental que requiere incorporarse a la carpeta de investigación. En efecto, los sumarios, procesos administrativos, registros de inicio de actividades, declaraciones juradas, FECU, declaraciones de ingreso y salida, registros de marcas e invenciones, instituciones bancarias en las que los investigados registran saldo deudor o acreedor, entre otros tantos tipos de antecedentes, constituyen documentos e información importantes para orientar la investigación criminal⁴.

Considerando lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que el marco jurídico vigente, la paulatina incorporación del Ministerio Público a la institucionalidad jurídica nacional, la rotación de autoridades gubernamentales (con el consecuente cambio de criterio), la creación de nuevas instituciones reguladoras, y las características propias de la normativa especial, constituyen en definitiva factores que inciden directamente en la manera que el lineamiento estratégico indicado se concreta e implementa, planteando desafíos que la Fiscalía debe encarar.

2. Análisis específico de la normativa dentro de la cual se enmarca la necesidad de coordinación interinstitucional

2.1. Delitos económicos

En materia de delitos económicos, uno de los principales problemas que suele presentarse dice relación con la simultaneidad de procesos administrativos y penales, en otras palabras, en ocasiones la autoridad administrativa detecta un hecho en virtud del cual decide iniciar una investigación, pero al mismo tiempo ese hecho puede constituir un delito, causando una "superposición" de actuaciones entre las que desarrolla la institución pública respectiva y las actividades de investigación penal que lleva a cabo la Fiscalía.

Por ejemplo, en materia de atentados contra la libre competencia, materia regulada en el Decreto Ley N°211, y, al menos desde el punto de vista de algunos, en el Código Penal en el artículo 285, es previsible que tanto la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público se encuentren al mismo tiempo investigando los mismo hechos. Con la particularidad que el ente dependiente del Ministerio de Economía, posee facultades de investigación similares a las del Fiscal del Ministerio Público, como allanar domicilios, incautar documentación, tomar declaraciones, etc., e incluso la FNE puede interceptar comunicaciones (con autorización previa) que es una actuación que el Fiscal no

⁴ Un precedente judicial importante para afirmar que la Fiscalía puede pedir esta información a cualquier servicio público, salvo norma expresa en contrario, lo constituye la resolución de la I. Corte de Apelaciones de Santiago que ordenó a la Superintendencia de Valores y Seguros, remitir antecedentes que inicialmente se negó a entregar. Rol 1737-2008.

puede implementar en atención al marco de las sanciones contempladas en el artículo 285 del Código Penal, en atención a la limitación a esta medida intrusiva que contempla el Código Procesal Penal.

En este ámbito especifico, nuestra institución ha planteado la necesidad de abarcar legislativamente este problema, resultando imperioso modernizar y armonizar la legislación del Código Penal con la del Decreto Ley N°211, en aspectos como las definiciones de las conductas incriminadas, establecer diferencias en cuanto a los sujetos que pueden ser sancionados en sede penal y en sede administrativa, y también en aspectos procesales relevantes, como el inicio de la investigación, con el objetivo de determinar cuándo y en qué orden intervienen la FNE y el Ministerio Público; también es preciso entregar a ambas instituciones herramientas similares para investigar este tipo de hechos, la posibilidad de contemplar un secreto especial para la investigación penal (similar al contemplado en la Ley 19.913), entre otros aspectos importantes. Todo lo anterior probablemente ayudaría a que cada institución pueda cumplir con sus obligaciones lo más eficientemente posible.

En materia de delitos tributarios, el código del ramo, en virtud de la regulación incorporada por las "normas adecuatorias", fue más preciso y detallado en regular la actuación conjunta o sucesiva del Servicio de Impuestos Internos y la de la Fiscalía. Puede observarse la intención del legislador en orden a establecer una clara diferencia entre los ámbitos penales y fiscalizadores, sin quitar atribuciones al SII que aún puede allanar domicilios, incautar documentación, tomar declaraciones dentro del denominado "proceso de recopilación de antecedentes"⁵ que siempre es previo a la eventual investigación penal, y que en la práctica, finaliza con un reporte que debiera ser considerado por el SII al momento de decidir si inicia o no acciones criminales. También es posible constatar que el código faculta al SII para solicitar antecedentes relacionados con cualquier proceso penal, por cualquier delito, con el objetivo de revisarlos y así decidir acerca de la presentación de acciones criminales, y también, al mismo tiempo, el código obliga a los Fiscales del Ministerio Público a informar al SII cuando, durante un proceso penal por delitos comunes, se verifiquen antecedentes indiciarios sobre la comisión de delitos tributarios⁶. Por lo tanto, y a diferencia del ejemplo anterior, sí se regula normativamente la forma en que interactúan Fiscales y Servicio de Impuestos Internos, quedando, en todo caso, la tarea de implementarla eficientemente⁷.

⁵ Artículo 161 N°10 del Código Tributario.

⁶ Artículo 162.

Esta orientación viene de la sentencia del Tribunal Constitucional ROL 349-2002, en la que expresamente se señaló: "Que, siguiendo el principio tantas veces aplicado por este Tribunal "de interpretación de conformidad a la Constitución", y a fin de precaver una eventual contradicción entre el nuevo numeral 10 del transcrito artículo 161 y el artículo 80 A de la Carta Fundamental, esta Magistratura aprueba la modificación a aquel precepto, en el entendido de que la "recopilación de antecedentes" a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80 A y, por ende, que si en

No obstante lo anterior, existen algunos temas no resueltos taxativamente por la legislación y que claramente podrían ser dilucidados mediante modificaciones legales. Entre ellos, está la situación que se plantea a propósito de las pericias confeccionadas por funcionarios del SII por encargo del Fiscal; en efecto, la ausencia de una norma específica que contemple dicha posibilidad, obliga a recurrir a los artículos 180 y 321 del Código Procesal Penal para fundamentar la solicitud de pericia, sin considerar que en la casi totalidad de los casos, el SII es querellante en el mismo caso, por lo que se crea una suerte de incomodidad para el perito que, en un juicio oral efectivo, puede ver cuestionada su objetividad e imparcialidad⁸.

También es posible constatar un vacío en cuanto a salidas alternativas, específicamente en relación a la suspensión condicional del procedimiento, ya que no se regula, como sí se hace a propósito de los acuerdos reparatorios, un pago mínimo de la pena pecuniaria por parte del imputado, lo que lleva a entender que no es necesario un pago para acceder a una suspensión condicional, situación que puede catalogarse como no consistente con la regulación del acuerdo reparatorio ni con la naturaleza de la infracción penal tributaria.

En materia aduanera la situación es mayoritariamente similar a la del Código Tributario; se constata que el Servicio Nacional de Aduanas posee atribuciones análogas a las del SII en aspectos como la posibilidad de incautar objetos y documentos, contemplando incluso la posibilidad que los funcionarios de la Aduana ordenen la detención de una persona⁹. Sin embargo, existen algunos ámbitos no suficientemente regulados como el intercambio de información entre Aduanas y el Ministerio Público, ya que los Fiscales no tienen obligación de poner en conocimiento del SNA hechos que podrían revestir la calidad del delito de contrabando, ni tampoco dicho servicio puede pedir antecedentes a la Fiscalía, impactando directamente en la posibilidad de sancionar eficazmente cierto tipo de hechos.

No deja de llamar la atención la distinta situación en que se encuentran los delitos que contempla la Ordenanza de Aduanas, específicamente, a propósito del inicio del procedimiento; en efecto, como señalamos más arriba, únicamente el delito de contrabando puede ser perseguido a instancia exclusiva de la Aduana, pero el resto de los ilícitos, como la receptación aduanera o la declaración falsa en documentos de exportación, pueden ser investigados de

el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación" (considerando 34°).

⁸ Sin embargo, Van Weezel acepta expresamente la posibilidad que funcionarios del SII comparezcan al juicio como testigos o peritos. VAN WEEZEL, ALEX "Delitos Tributarios", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2007, p. 189.

⁹ Artículo 23, Ley Orgánica de Aduanas.

oficio por el Ministerio Público. Luego, esa inconsistencia podría superarse legislativamente y así clarificar los ámbitos de acción de cada institución.

Siempre en materia aduanera, en la actual legislación se contempla una institución denominada "renuncia de la acción penal" que permite al imputado detener definitivamente el proceso criminal en su contra pagando una suma de dinero no superior a una vez el valor aduanero de las mercancías involucradas. La real necesidad de este mecanismo, existiendo las salidas alternativas en el Código Procesal Penal, queda cuestionada ya que podría interpretarse que el marco jurídico incentiva la "instrumentalización" del proceso penal¹⁰.

Aún en el ámbito relativo a los delitos económicos, estimamos necesario referirnos a los ilícitos que afectan el mercado de valores. En materia sustantiva, a nuestro juicio la normativa vigente tiene bastantes aspectos positivos que resaltar, por ejemplo, el artículo 58 inciso final de la Ley 18.045 que expresamente permite a la Superintendencia de Valores y Seguros sancionar un hecho administrativamente y a la Fiscalía investigar la misma situación, entendiendo, como lo afirma parte de la doctrina, que existen diferencias cualitativas entre la sanción penal y la administrativa¹¹. En el ámbito procesal, es positivo la existencia de una norma que permite expresamente al Ministerio Público solicitar informes periciales, reforzando así el mandato de los artículos 180 y 321 del Código Procesal Penal¹².

Anteriormente, afirmamos que la investigación de los delitos contemplados en la Ley 18.045 puede iniciarse de oficio por la Fiscalía o en virtud de denuncias o querellas presentadas por particulares (víctimas). Sin embargo, el artículo 58 inciso final faculta a la SVS para denunciar a la Fiscalía una vez finalizada la "investigación" que permita confirmar la existencia de hechos que pudieran constituir un delito, es decir, cuando la indagatoria ya se encuentra en parte afinada, y probablemente la formulación de cargos ya efectuada, lo que puede tener impacto en la pérdida de evidencias que la SVS no puede legalmente recopilar, y la posibilidad de implementar medidas intrusivas, considerando que el marco punitivo de algunos ilícitos, como la entrega de información falsa a la Superintendencia, permite solicitar, por ejemplo, la interceptación de comunicaciones. Una eventual reforma a este precepto podría marcar una orientación más clara para este tipo de situaciones.

¹⁰ Véase RODRÍGUEZ COLLAO LUIS, OSSANDÓN WIDOW MARÍA MAG-DALENA, "Delitos Aduaneros", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2011, pp. 266 y ss.

¹¹ Crítico sobre esta posibilidad se muestra CURY URZÚA, ENRIQUE "Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2005, p. 110.

¹² Artículo 4° letra c) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, que establece como obligación de la SVS: "Evacuar los informes que le requieran los fiscales del Ministerio Público que estén dirigiendo investigaciones criminales, siempre que correspondan a materias de la competencia de la Superintendencia y se refieran a información que esté disponible en sus archivos".

Como conclusión en este punto, creemos prudente que, transcurridos más de diez años desde el inicio de la Reforma Procesal Penal, se someta a evaluación el funcionamiento del diseño legal en esos ámbitos, y así promover las modificaciones que se estimen convenientes para el sistema. Esto podría ayudar a cada organismo desempeñar correctamente las funciones que la ley les ha confiado y al mismo tiempo mejorar la calidad de los resultados que se esperan del proceso penal.

2.2. Delitos medio-ambientales, contra la salud pública y el patrimonio cultural

En estas temáticas, el panorama normativo no es mejor que el ya revisado.

En primer lugar, la denominación a ciertos ilícitos como "delitos medioambientales" carece de respaldo normativo concreto. En realidad, no existe esta categoría de delitos en nuestra legislación, sin perjuicio que sí está presente una serie de infracciones de naturaleza criminal que podrían, generosamente, catalogarse como de dicha calidad. Esa es la situación de los artículos 289 y siguientes del Código Penal, del artículo 136 de la Ley General de Pesca, de la Ley de Bosques y la Ley de Caza. Por lo tanto, y a nivel de diseño legislativo, la falta de regulación clara y precisa, demuestra un desinterés en proteger penalmente el medioambiente, confiando, tal vez, en que el funcionamiento de la denominada "institucionalidad ambiental", ayudará a prevenir y sancionar los atentados graves contra el medioambiente, los ejemplos pueden llegar a ser dramáticos, como la situación ocurrida recientemente en el Parque Nacional Torres del Paine.

Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica sobrevienen situaciones que ameritan el inicio de investigaciones penales; cada cierto tiempo queda al descubierto algún derrame de sustancias a un río o lago, o incluso al mar, causando la muerte de especies o la paralización del abastecimiento de aguas de consumo humano, también en ocasiones se sorprende a personas explotando recursos en veda, internando al país especies protegidas por CITES¹³, cazando animales cuya cacería se encuentra prohibida, o dañando gravemente algún bosque protegido. En este tipo de hechos, la coordinación interinstitucional que persigue el plan estratégico se presenta como imprescindible, ya que en todos los ámbitos señalados anteriormente, existen instituciones públicas o corporaciones (SERNAPESCA, SISS, CONAF, SAG, SEREMI, y en ocasiones el Servicio Nacional de Aduanas) que tienen la capacidad para detectar la ocurrencia de hechos que podrían configurar algún ilícito criminal, y que al mismo tiempo pueden ser objeto de sanción administrativa, por lo tanto, la normativa debería contemplar mecanismos de comunicación y actuación conjunta de las mencionadas instituciones y el Ministerio Público.

¹³ Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.

También ha quedado en evidencia que las distintas características de este tipo de infracciones, requieren una lógica de persecución diversa a la que usualmente se emplea para investigar hechos delictuales. Por ejemplo, tratándose de la internación ilícita al país de especies CITES que estén vivas, surge claramente la interrogante de qué hacer con ellas una vez incautadas, considerando que, en estricto rigor, se trata de los objetos materiales del delito.

Refiriéndonos ahora a los delitos contra la salud pública que, recordemos, se encuentran regulados en los artículos 313 a y siguientes del Código Penal, estimamos de interés resaltar que en cuanto a la descripción de los ilícitos, y sin hacer un juicio valorativo del significado jurídico-penal de este grupo de normas, se trata de una legislación que podría calificarse de suficientemente clara para causar un efecto preventivo-general. Podría criticarse la técnica normativa, que recurre constantemente a regulaciones de la administración para completar el supuesto de hecho de los tipos penales, pero esta opción, en la medida que se ajuste a ciertos parámetros, se entiende respetuosa del principio de legalidad en materia criminal¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación bajo análisis, necesita imperiosamente de ajustes procesales. Específicamente, nos referimos al artículo 315 que contiene una regla de inicio del proceso penal redactada en términos confusos y no actualizados a la institucionalidad vigente, esto ya que supedita el comienzo de la indagatoria criminal de los ilícitos descritos en la citada norma y en el artículo 317 inciso segundo, a una previa "...denuncia o querella del Ministerio Público o del Director General del Servicio Nacional de Salud, o de su delegado...", siempre que los delitos denunciados no hayan causado la muerte o grave daño para la salud de alguna persona. A nuestro juicio, un avance positivo sería derogar la regla anteriormente transcrita, para de esta manera permitir a la Fiscalía iniciar investigaciones de oficio o previa denuncia o querella de los afectados.

En el ámbito de coordinación propiamente tal, los entes con los cuales la Fiscalía debe relacionarse por estos temas corresponden a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud (SEREMI), ya que es a ellas a quienes les corresponde por ley realizar las acciones de fiscalización para asegurar la protección de la salud de la población, en las áreas de alimentos, aire, aguas, acústica, condición de seguridad de trabajadores, residuos domiciliarios e industriales, control y aplicación de plaguicidas.

En la práctica, los fiscalizadores de la SEREMI, al ejecutar su rol de fiscalización, y en virtud de las facultades que les entrega el Código Sanitario y otras

¹⁴ El Tribunal Constitucional, en sentencia ROL 1584-09, rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en contra del artículo 317 en relación con el artículo 315. El requirente alegaba que la primera disposición contenía una presunción de derecho de responsabilidad penal, argumentación rechazada por la unanimidad de los Ministros.

normas, ponen término al hecho irregular, en ocasiones ordenando la incautación y posterior destrucción de una amplia gama de objetos, desde alimentos hasta fármacos. Esto último pareciera ser el interés primero y urgente que debe atenderse por la autoridad, sin embargo, en ocasiones no se presentan las denuncias al Ministerio Público, o ello se deja entregado a Carabineros de Chile, perdiéndose la posibilidad de sancionar también penalmente ciertos hechos o iniciar las indagaciones para profundizar en la determinación de eventuales terceros responsables, esto porque, al menos tratándose de comercialización de alimentos de calidad defectuosa, la fiscalización administrativa se queda en el último eslabón de esta cadena, existiendo la posibilidad que detrás de ellos se encuentren otras personas. Además, dicha situación puede, al mismo tiempo, configurar otro tipo de ilícitos, ahora de naturaleza tributaria. Luego, es claro a nuestro juicio que existen espacios para seguir avanzando en la coordinación interinstitucional.

En materias de delitos contra el patrimonio cultural, a nuestro juicio los artículos 38 y 38 bis de la Ley de Monumentos Nacionales que fueron actualizados en el año 2005, no tienen mayores objeciones de diseño. Con todo, de la propia redacción de estos tipos penales queda de manifiesto la necesidad de coordinación interinstitucional entre la Fiscalía y el Consejo de Monumentos Nacionales, lo anterior ya que, por ejemplo tratándose del artículo 38, es indispensable durante la investigación, determinar que el daño ha recaído justamente en un monumento nacional, nómina que posee el Consejo, y, por otro lado, se necesita constatar que la conducta ha menoscabado la integridad del monumento nacional correspondiente, tratándose entonces de un aspecto técnico que requiere de una opinión experta para acreditarse, es decir, de una pericia que preferentemente debe ser confeccionada por funcionarios del Consejo, considerando especialmente que, atendido la regulación de la Ley 17.288, exista una amplia gama de objetos y lugares que pueden constituir un monumento nacional¹⁵.

3. Las acciones de coordinación interinstitucional

Desde el inicio de la reforma procesal penal hasta la fecha, y con mayor énfasis desde la comunicación del plan estratégico de la Fiscalía, se han llevado a cabo distintas acciones de coordinación interinstitucional con los Servicios Públicos especializados en las áreas arriba individualizadas.

¹⁵ Artículo 1 Ley17.288: "Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropo-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo".

Es posible clasificar los aspectos sobre los cuales ha recaído la coordinación en operativos y de desarrollo institucional. Ejemplo de lo primero, es el Plan Chatarra 2011¹6 que involucró a nuestra institución, al Servicio de Impuestos Internos y al Servicio Nacional de Aduanas; este plan, no era más que un fiel reflejo de cómo, mediante el actuar conjunto y coordinado de las tres instituciones, era factible llevar adelante una política de persecución inteligente, y al mismo tiempo obtener resultados de calidad.

Ejemplos de acciones de coordinación orientadas al desarrollo institucional, las encontramos en los acuerdos entre el Ministerio Público y algunos Servicios Públicos, como el Banco Central, el Servicio de Impuestos Internos, la Fiscalía Nacional Económica, la Superintendencia de Quiebras, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, entre otros, para implementar intercambios de información, actividades de capacitación o reafirmar el compromiso de dichas instituciones como colaboradoras de la Fiscalía en las investigaciones a su cargo.

¹⁶ Este plan estaba orientado a recopilar información de las personas naturales y jurídicas que comercializan chatarra de cobre, con la finalidad de crear perfiles de riesgo y materializar a su respecto acciones de fiscalización, las que, de acuerdo a su resultado, podrían desembocar en procesos penales.

CONOCIMIENTO DEL ORIGEN ILÍCITO DE LOS BIENES EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO (DOLOSO). ALGUNOS COMENTARIOS A PROPÓSITO DE SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE LOS ANDES

Antonio Segovia Arancibia¹

La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes. Consideraciones generales

El Tribunal Oral en lo Penal (en adelante TOP) de Los Andes, dictó sentencia condenatoria con fecha 13 de enero de 2012², en contra del acusado de iniciales LPF por su participación en calidad de autor de 4 delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, asociación ilícita para el tráfico de drogas en la hipótesis del inciso 1° del artículo 16 de la Ley N°20.000 y lavado de dinero; condena asimismo el TOP a otros 16 acusados por su participación en calidad de autores de los delitos de asociación ilícita para el tráfico de drogas y tráfico ilícito de drogas. De estos 16 imputados, 6 fueron condenados exclusivamente por su responsabilidad en el delito de tráfico de drogas, siendo absueltos por el TOP de la acusación deducida en su contra por el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, y uno además fue absuelto del delito de usurpación de identidad que le fuera imputado.

Las defensas de los condenados LPF y MAR recurrieron de nulidad en contra de la referida sentencia, invocando las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. Por su parte, las defensas de los condenados ZMV, DMV, EMV y HMV recurren de nulidad invocando la causal de la letra b) del artículo 373 del CPP. Respecto al primer recurso, existiendo una causal de nulidad cuyo conocimiento es de competencia de la Excma. Corte Suprema, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), los antecedentes fueron remitidos a dicho tribunal. Con fecha 29 de febrero de 2012, la E. Corte Suprema declara inadmisible³ el recurso de nulidad interpuesto sólo respecto a la causal de la letra a) del artículo 373 CPP invocada, decretando en consecuencia la remisión de los antecedentes a la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, con el fin que ésta conociera de la causal de nulidad subsistente.

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² RUC N°0901120081-5, RIT N°14-2011.

³ Rol N°1239-12. La Corte declara inadmisible el recurso por carecer, en su concepto, de peticiones concretas, acogiendo los argumentos esgrimidos por la Fiscalía en ese sentido.

El 26 de marzo de 2012 se da inicio a la audiencia fijada para conocer de los dos recursos de nulidad impetrados por las defensas de los condenados, ante la Cuarta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso⁴. Frente a la inasistencia de los abogados defensores, se declaran abandonados los recursos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 inciso 2° del CPP, consecuencia de lo cual, la sentencia del TOP de Los Andes quedó firme y ejecutoriada.

Los hechos que se tuvieron por acreditados, y que constituyeron finalmente el sustrato fáctico en virtud del cual se tuvo por configurado el delito de lavado de dinero⁵, tipificado en el artículo 27 de la Ley N°19.913, puede resumirse como sigue: el acusado, LPF, a sabiendas que determinados bienes procedían directamente de las actividades de tráfico ilícito de drogas realizadas de manera reiterada en el tiempo por la organización dedicada al tráfico de drogas que él mismo lideraba, desplegó una serie de conductas con la finalidad de ocultar y disimular su origen ilícito.

De esta forma, adquirió bienes muebles e inmuebles que inscribió a nombre de terceros, quienes actuaron como sus testaferros con la finalidad de desvincular los bienes de su real propietario y origen; y adquirió diversos otros bienes, muebles e inmuebles, con dineros provenientes de la comisión de los delitos de tráfico de drogas. A mayor abundamiento, continúa el fallo, el acusado no contaba con actividades declaradas ante el Servicio de Impuestos Internos, lo que redundaría en la inexistencia de rentas de origen legítimo que le permitieran justificar la adquisición de sus bienes⁶.

El fallo del TOP de Los Andes no realiza un profundo análisis jurídico en torno al delito de lavado de dinero, sus características, objeto de protección, estructura, etc. Sin embargo, se pronuncia respecto al tipo subjetivo del delito, en particular sobre los alcances del *dolo* en cuanto conocimiento del origen ilícito de los bienes objeto del blanqueo, abordando una posición que se pasa a analizar someramente a continuación.

2. Lavado de dinero. Conocimiento del origen ilícito de los bienes y dolo eventual

2.1. Cuestiones generales

El delito de lavado de dinero exige la concurrencia de dolo, que en términos generales importa que el agente "... conozca todos los elementos objetivos típicos

⁴ N°Ingreso RPP 275-2012.

⁵ Por no constituir el objeto de análisis del presente artículo, se omitirá referencia a los hechos que se tuvieron por acreditados y que configuraron los delitos de asociación ilícita para el tráfico de drogas (considerando trigésimo segundo) y tráfico ilícito de drogas (considerandos séptimo, undécimo, décimo sexto, vigésimo y vigésimo cuarto).

⁶ Considerando vigésimo octavo.

de la figura delictiva –sujetos, conducta, relación de causalidad, resultado, objeto- y, a partir de esa cabal noticia, quiera realizarlos. Se requiere, también, conocimiento del origen ilícito de los bienes sobre los que recae la conducta típica: ocultar o disimular el origen de los bienes o los propios bienes en la figura de la letra a); o adquirir, poseer, tener o usar bienes en el tipo de la letra b) del art. 27.

El nivel de conocimiento del delito precedente presenta al menos dos aspectos relevantes⁸: el contenido de dicho conocimiento y la clase de dolo admisible a su respecto. Respecto al primer tema, someramente, se ha señalado que en general no es necesario un conocimiento acabado y pormenorizado de todas las circunstancias y elementos que rodearon la comisión del delito base⁹. En este sentido, por ejemplo, Blanco ha señalado: "En nuestra opinión, siguiendo a la doctrina mayoritaria y a la jurisprudencia, el conocimiento ha de recaer sobre la comisión de un delito previo, que se conecta con la procedencia delictiva de los bienes. No es necesario que el conocimiento sobre la conducta delictiva sea exhaustivo, en el sentido de alcanzar elementos del mismo tales como su autor, el tiempo o el lugar del mismo "10". La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha seguido esta opinión al señalar que el delito previo es un elemento de carácter normativo que "... va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sin que sea equiparable al conocimiento exhaustivo y pormenorizado del hecho criminal en cuanto a sus particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar"¹¹.

En el mismo sentido Politoff quien, aunque como veremos, es partidario de exigir dolo directo (refiriéndose en todo caso al antiguo tipo penal de lavado de dinero, del art. 12 de la Ley N°19.366), sobre el contenido del conocimiento, y es la cita que utiliza el fallo del TOP, expresa: "(...) atendida la

⁷ Caparrós, F. (1998). El delito de blanqueo de capitales. Editorial Colex, p. 392.

⁸ Existe todo un debate en torno a la *naturaleza jurídica* de esta exigencia de conocimiento del origen ilícito de los bienes, entendiendo algunos que se trata de un elemento subjetivo del tipo, otros que es parte integrante de la conciencia de antijuridicidad y, otros, que sería la opinión mayoritaria, quienes entienden que estamos ante un requisito del elemento cognoscitivo del dolo. En este sentido, Aránguez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Marcial Pons, p. 265. Sin perjuicio, además, de la en general vigente discusión sobre los elementos del dolo. Al respecto, Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Editorial J.M. Bosch.

⁹ Desde ya en nuestra legislación la referencia al delito previo se hace como *hecho típico* y antijurídico, omitiendo la voz culpable, por lo que al menos a nivel de prueba no se exigiría la comprobación de la participación punible en el delito previo de una o más personas. De esta manera, el conocimiento del delito precedente no abarca el conocimiento del autor del mismo por expresa disposición de la ley.

¹⁰ Blanco, I. (1997). El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Aranzadi, p. 377. De modo similar, Caparrós, F. ob. cit. p. 330, quien señala: "(...) creemos que debe bastar con que se pruebe que, al tiempo de realizar la operación, el sujeto tuvo noticia de que los bienes implicados en la misma procedían de la comisión de alguna clase de delito, con independencia de cuál fuere su naturaleza".

¹¹ Tribunal Supremo Español, sentencias de fecha 14 de marzo y 3 de diciembre de 1997.

naturaleza altamente normativa del objeto del dolo, en este caso, resulta imposible un conocimiento acabado del hecho previo y de su calificación jurídica en la ley o del origen de los bienes objeto del delito, bastando, para que exista dolo, que el conocimiento profano del hechor abarque la noción que los bienes proceden de alguna fase del ciclo de la droga³¹².

En el actual artículo 27 de la Ley N°19.913, que establece un catálogo taxativo de delitos que pueden ser base o precedentes del lavado de activos, el contenido del conocimiento debe ser entendido en los mismos términos planteados por Politoff y los otros autores citados, sólo que abarcando alguno de los delitos incluidos en la lista del art. 27. De esta manera, el tipo penal no exigiría conocer todos los detalles específicos de los hechos, ni a su autor ni tampoco su exacta o concreta calificación jurídica, bastando el conocimiento en la esfera del profano de que los bienes provienen de alguno de los delitos contenidos en el catálogo¹3. Es decir, que el sujeto "... tenga un conocimiento aproximado de la significación social y jurídica de la previa existencia de un hecho en el cual tienen origen los objetos de su acción"¹4.

El otro tema, y al que nos referiremos a continuación, tiene que ver con la *clase* de dolo exigible a ese conocimiento del hecho previo. En otras palabras, la pregunta es si sobre los extremos del delito previo que deben conocerse por el autor del delito de lavado de dinero *doloso*¹⁵ sólo puede obrarse con dolo directo o se incluye además el eventual –representación de la posibilidad de que los bienes tengan un origen ilícito, aceptando la alternativa e incurriendo sin embargo en la conducta-.

2.2. "A sabiendas" y dolo eventual

El primer tema que aborda la sentencia, respecto al delito de lavado de dinero, se refiere al nivel de conocimiento exigido por el tipo penal sobre el origen ilícito de los bienes o dineros. Las jueces del TOP condenan exclusivamente por la figura o tipo de *ocultamiento* de lavado de dinero, contenido en la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913. Y es sobre éste en torno al que realizan su análisis jurídico. Al respecto, señalan:

¹² Politoff, S. (1999). "El lavado de dinero". En: Politoff, S./ Matus, J.P. (coordinadores). Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes, editorial ConoSur, Santiago, pp. 75-6.

¹³ En este sentido, sobre la valoración paralela en la esfera del profano como vara sobre la cual medir el nivel de conocimiento del delito previo en el agente, y aceptando incluso su conocimiento eventual, Palma, J. (2000). Los delitos de blanqueo de capitales. Editorial Edersa, pp. 564-5.

¹⁴ Muñoz Conde, citado en Del Carpio, J. (1997). El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal. Editorial Tirant Lo Blanch, p. 306.

¹⁵ Cabría recordar, sin perjuicio de las referencias que se harán más adelante, que el inciso 4° del art. 27 contiene una figura *culposa* de lavado de dinero, que castiga a quien incurra en las conductas de la letra a) cuando no ha conocido el origen ilícito de los bienes por *negligencia inexcusable*.

"(...) Asimismo, la norma ya citada emplea la expresión "a sabiendas" que hace alusión al dolo, aceptándose incluso la posibilidad del dolo eventual ya que "atendida la naturaleza altamente normativa del objeto del dolo, en este caso, resulta imposible un conocimiento acabado del hecho previo y de su calificación jurídica en la ley o del origen de los bienes objeto del delito, bastando, para que exista dolo, que el conocimiento profano del hechor abarque la noción que los bienes proceden de alguna fase del ciclo de la droga" (Politoff, El lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes, Santiago, 1999, pp.75 y ss)" 16.

Si bien en el caso concreto analizado por el TOP no parecía estrictamente necesaria una alusión tan específica sobre la materia –pues condena por lavado de dinero al autor del delito base que también tiene por acreditado, en consecuencia difícilmente podría haberse visto en la necesidad de justificar una condena por la comisión de dicho ilícito con dolo *eventual* sobre el conocimiento del origen ilícito de los bienes-, su incorporación expresa merece destacarse.

La solución alcanzada por el TOP es la que ha recogido la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales y estimamos es la correcta. El principal problema, sin duda, es la utilización de la expresión *a sabiendas* que utiliza el artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913¹⁷ y, aunque no fue objeto del fallo, la expresión *ha conocido* que utiliza la letra b) de la misma norma¹⁸, y la forma de interpretarlas al menos en el contexto normativo del tipo penal de lavado de dinero. Una primera alternativa es entenderlas como exigencia de *dolo directo*, excluyendo de esta forma las posibilidades de comisión con *dolo eventual*. La otra opción, que es la que sigue el TOP, es entenderlas como una mera alusión al *dolo*, incluyendo por tanto sus variantes de dolo *directo* y *eventual*.

En la primera visión, existen quienes entienden que expresiones como la utilizada por la Ley N°19.913, junto a otras similares tales como *maliciosamente*, *sabiendo*, *constándole* y otras, han sido utilizadas por el legislador justamente para exigir dolo directo¹⁹. En esta línea, y refiriéndose en particular al delito

¹⁶ Considerando trigésimo primero.

¹⁷ El art. 27 en su inciso primero dispone: "Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales: a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en ...".

¹⁸ La letra b) del artículo 27 castiga a quien "... adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito".

¹⁹ Pueden verse las referencias a autores que entienden explícitamente como una posibilidad que estas expresiones constituyan exigencia de dolo directo en Hernández, Héctor (2005). Informe en Derecho confeccionado para el Ministerio Público. Santiago, 2004, p. 6. En: Ministerio Público, Informes en Derecho, publicación de la Fiscalía Nacional, p. 321. En este mismo sentido, refiriéndose en particular al delito de lavado de dinero contenido en el artículo 12 de la Ley N°19.366, hoy derogado, Politoff, S. (1999). "El lavado de dinero", ob. cit., pp. 74-5. No deja de llamar la atención, por lo mismo, que el fallo

de lavado de dinero en la legislación chilena, Manríquez ha señalado que: "(...) La expresión "a sabiendas" del origen ilícito de los activos o bienes que el sujeto oculta o disimula debe tomarse no sólo en el puro aspecto intelectual propio del dolo, que debe abarcar ciertamente la proveniencia de esas cosas y la descripción típica del así actuar, sino que más aún y al mismo tiempo, que el hechor obre con la voluntad de realizar un comportamiento injusto, que reconoce como disvalórico e indeseable jurídicamente, demostrando desprecio por el bien jurídico protegido en el tipo, vale decir, deberá exigirse al autor de estos comportamientos que obre con dolo directo en el conocer y en el hacer..."20.

En la segunda interpretación, seguida por el TOP, y que como señaláramos entendemos la correcta, al menos para el delito de lavado de dinero, la expresión "a sabiendas" no excluye la posibilidad de comisión con dolo eventual. De suma relevancia y utilidad es traer aquí las razones esgrimidas por Hernández para sustentar esta tesis (que aunque las utiliza refiriéndose al derogado tipo penal de lavado de dinero del artículo 12 de la Ley N°19.366, son plenamente aplicables al caso en estudio²¹), y que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a) De la historia de los preceptos que contemplaban estas expresiones sólo podría concluirse que el legislador lo que habría pretendido era anular la presunción de dolo que se entendía contenida en el artículo 1° inciso 2° del Código Penal, o simplemente destacar o recalcar el carácter doloso de la conducta, sin que pueda desprenderse una intención de excluir una forma de dolo que además no era conceptualmente conocida al momento de redactarse las disposiciones que las contienen²².
- b) Sin perjuicio de lo anterior, la utilización de estas palabras por el legislador ha sido realizada de modo completamente asistémico, sin ninguna lógica o patrón coherente del cual pueda extraerse algún principio o razonamiento que permita arribar a conclusiones dogmáticas aplicables. En palabras del autor:
 - en comento y otros anteriores hayan tomado esta misma obra de Politoff al momento de justificar la inclusión del dolo eventual en este aspecto. Lo anterior puede deberse a una confusión entre el *contenido* del conocimiento del delito previo, que es a lo que se refiere Politoff en la cita utilizada en los fallos, y la *clase* de dolo o nivel de exigencia de conocimiento sobre ese contenido, que para Politoff sólo podía adoptar la forma de dolo directo.
- 20 Manríquez R., Juan Carlos. "Delitos de Blanqueo y Lavado de Activos, en el Marco de Operaciones Sospechosas", en: http://www.carlosparma.com.ar/Blanqueoylavado.doc., p. 14.
- 21 El artículo 12 de la Ley N°19.366, en su inciso primero, disponía: "El que, a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o provienen de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley...". El artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913, por su parte, como ya se indicó, también incluye la expresión a sabiendas para referirse al conocimiento del origen ilícito de los bienes.
- 22 Hernández, H., ob. cit., siguiendo en este punto a Amunátegui, Felipe (1961). "Malicio-samente" y "A sabiendas" en el Código Penal chileno. Editorial Jurídica de Chile.

"(...) Probablemente la conclusión más relevante a que puede conducir el trabajo de Amunátegui sea que, en rigor, no resulta plausible extraer conclusiones generales sobre la materia, pues todo indica que el legislador chileno ha empleado ésta y otras expresiones de modo variable y no sistemático, aun de manera inconsciente, de suerte que no parece razonable atribuirles mayores consecuencias dogmáticas"²³.

De manera similar, y refiriéndose ahora al tipo penal de lavado de dinero contenido en la Ley N°19.913, Prambs indica que la comisión redactora del Código Penal no conoció la distinción entre las distintas clases de dolo, y que en el Código utiliza palabras asimilables al dolo, como *maliciosamente*, con distintos significados y no siempre con uno preciso²⁴.

c) Prescindiendo, entonces, de una u otra expresión, lo relevante es preguntarse si el derecho chileno admite o no la comisión con dolo eventual, y si el delito de lavado de dinero es de aquellos casos excepcionales que lo excluyen. Para ambas preguntas Hernández contesta afirmativamente²⁵. En particular respecto al delito de lavado de dinero, indica que el legislador no hizo siquiera alusión a la posibilidad de excluir un actuar aceptando la posibilidad de que su objeto material provenga de un delito base, es decir excluyendo el dolo eventual, y lo mismo debe decirse respecto al tipo penal del art. 27 de la Ley N°19.913²⁶. En esta línea, Prambs ha señalado: "(...) En cuanto al conocimiento del origen ilícito de los bienes, es fácilmente aceptable que el sujeto incurra en conducta típica por medio de dolo eventual, respecto del origen de ellos...", y luego da algunos ejemplos de conductas que a su juicio constituirían lavado de dinero cometido con dolo eventual²⁷.

²³ Ob. cit., p. 9.

²⁴ Prambs, C. (2005). El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado. Editorial LexisNexis, pp. 418-9.

²⁵ Respecto al primer tema, señala el autor que la doctrina chilena reconoce en general y sin discusión al dolo eventual como figura básica del dolo, lo que se correspondería con el estado actual de la dogmática comparada en la materia. Nuestra jurisprudencia, a partir de la sentencia de la E. Corte Suprema de fecha 21 de abril de 1960, también sigue esta opinión. La razón principal, en palabras de Hernández, es que "... se advierte que entre el conocimiento efectivo de un hecho o el propósito positivo de obtener un resultado y la representación de la posibilidad de lo uno o lo otro unida a la aceptación (o cualquier otra fórmula volitiva) de la misma no existe una diferencia tal que justifique en lo esencial un distinto tratamiento por parte del ordenamiento jurídico. (...) se debe reconocer como regla general que cualquier forma de dolo debe bastar para la realización de un delito (simplemente: dolo es dolo, cualquiera sea su apellido), lo que hace de la forma en apariencia menos exigente, esto es, del dolo eventual, la figura básica del dolo". Ob. cit., pp. 10-11.

²⁶ Ibíd., p. 11.

²⁷ Prambs, C., ob. cit. pp. 422-3. Aunque algunos de los casos que plantea Prambs sea discutible que sean efectivamente de dolo eventual y no de culpa, o más precisamente, de *negligencia inexcusable* en los términos del art. 27 inciso 4° de la ley (en donde se con tiene la figura culposa de lavado de dinero).

d) La anterior es la postura dominante en el derecho comparado, en particular el derecho español²⁸. Así, por ejemplo, Blanco ha apuntado la necesidad de que el tipo penal mencione expresamente que el autor conozca el origen ilícito de los bienes, ya que se trata del elemento alrededor del cual "giran las conductas de lavado de dinero en el plano subjetivo". Ahora bien, en cuanto a la clase de dolo exigido, señala que en España y en países como Alemania y Suiza, basta la concurrencia del dolo eventual. En España se admite por la doctrina el dolo eventual aun teniendo presente la redacción del tipo penal de blanqueo el cual, como en Chile utiliza la expresión "sabiendo" y "a sabiendas" (art. 301 Código Penal español), y sanciona un tipo imprudente de blanqueo.

En palabras del autor: "En nuestra opinión, siguiendo a la doctrina mayoritaria, la expresión "a sabiendas" hace referencia al dolo típico en todas sus formas. Por tanto, no estimamos acertado restringir el ámbito de aplicación del artículo 301 números 1 y 2 CP solamente a los casos en que concurra dolo directo. Va a ser posible realizar tal delito mediante dolo eventual"²⁹.

Sobre las *clases de dolo*, otros autores españoles difieren al interpretar algunas de las hipótesis punibles a título de lavado de dinero como exigencias de dolo directo exclusivamente, y otras en que cabría la aceptación del dolo eventual³⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha refrendado las posturas de la doctrina. En efecto, ha señalado que no se exige necesariamente dolo directo, bastando el eventual e incluso la posición de ignorancia deliberada, es decir, quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor de las consecuencias penales de antijurídico actuar³¹.

Respecto a los requisitos que debieran cumplirse en el agente para ser reprochado a nivel de dolo eventual por haber conocido previamente el origen ilícito de los bienes, ha declarado que ese conocimiento existe cuando el autor "... ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de

²⁸ Hernández, H., ob. cit. p. 12. Para una visión en Argentina, puede verse Cesano, J.D. (2007). "Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo". En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 60 Fasc/Mes 1, 2007. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado (BOE) editores, pp. 8-9.

²⁹ Blanco, I. Ob. cit., pp. 358-60; 373.

³⁰ Del Carpio, J., ob. cit., pp. 310 y ss.; Aránguez, C., ob. cit., p. 276. Estos autores excluyen el dolo eventual en figuras que contienen elementos subjetivos especiales, en particular la del art. 301.1 del Código Penal español (realizar actos *para* ocultar, encubrir o ayudar), lo que no ocurre en el art. 27. Y respecto al *ánimo de lucro*, su presencia no puede ser considerada una razón para excluir el dolo eventual, así Aránguez, C., ob. cit., p. 276.

³¹ Tribunal Supremo Español. Sentencia N°33/2005.

la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social"³². El mismo fallo indica más adelante que en orden a acreditar los elementos subjetivos del tipo –dolo-, se debe recurrir a las inferencias lógicas extraídas de hechos objetivos que permitan acreditar ese conocimiento –prueba indiciaria-.

En el contexto de la normativa internacional, también resulta patente la utilización en instrumentos y recomendaciones de la expresión *a sabiendas* u otras similares al momento de referirse al origen delictivo de los bienes, lo que genera la misma discusión que venimos comentando. Algunos, en este sentido, y en general abogando por la inclusión del dolo eventual como parte del tipo subjetivo del delito de lavado de dinero, han señalado que sería recomendable que en tales instrumentos se haga mención al mismo³³.

2.3. El artículo 27 de la Ley N°19.913 y su historia

A los argumentos señalados, cabría agregar otros que se desprenden de la forma en que el legislador chileno penalizó el lavado de dinero en la Ley N°19.913. En efecto, en su artículo 27, y a diferencia de lo que ocurría en la Ley N°19.366, describe y sanciona dos figuras dolosas de lavado de dinero, en sus letras a) y b) y una culposa en su inciso 4°. En cuanto a las figuras dolosas, mientras que aquella descrita en la letra a) -denominada comúnmente de ocultamiento- utiliza la expresión a sabiendas al momento de referirse al conocimiento del origen de los bienes, la contenida en la letra b) -el tipo de contacto o aislamiento³⁴– utiliza la expresión conociendo. De esta manera, en el tipo de ocultamiento se castiga a quien de cualquier forma oculte o disimule el origen de determinados bienes a sabiendas de su origen ilícito; y en el segundo caso a quien adquiera, tenga, posea o utilice bienes de origen ilícito conociendo tal origen y, además, con ánimo de lucro. En su inciso 4°, la norma sanciona con una pena menor a quien incurra en las conductas descritas en la letra a) cuando no ha conocido el origen ilícito de los bienes por negligencia inexcusable.

La pregunta, entonces, es cómo entender el contenido del tipo subjetivo del delito de lavado de dinero cuando en todas las variantes tipificadas por el legislador utiliza términos y palabras diferentes para referirse al mismo. Y, en segundo término, si ello incide o no en la exclusión del dolo eventual, al

³² Tribunal Supremo Español. Sentencia N°157/2003.

³³ Blanco, I. (2007). "Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos". En: Combate del lavado de activos desde el sistema judicial. Tercera edición. Organización de los Estados Americanos (OEA), República Bolivariana de Venezuela, Banco Interamericano de Desarrollo, pp. 155-7.

³⁴ Hernández, Héctor (2008). "Límites del tipo objetivo de lavado de dinero". En: Rodríguez Collao, Luis (coord.), *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Editorial Jurídica de Chile.

menos en lo que respecta al conocimiento del origen de los bienes que constituyen el objeto material del delito.

El tema fue sumamente debatido durante el proceso de formulación de la ley, tal como consta de la historia fidedigna de la misma³⁵. Apareció ya en la discusión realizada en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional. En efecto, al momento de analizar el nuevo tipo penal de lavado de dinero propuesto, la representante del Consejo de Defensa del Estado apuntó que la inclusión de elementos subjetivos adicionales como el ánimo de lucro, y también el empleo de palabras o frases como sabiendo eran inapropiadas. En el segundo caso, porque ello implicaría la exigencia de dolo directo, excluyendo el dolo eventual³⁶. Al respecto, el Diputado Bustos señaló ser partidario de eliminar tanto las referencias al ánimo de lucro como el término sabiendo, para que de esta manera quedara incluida en la figura tanto el "dolo específico" como el eventual³⁷. La norma, sin referencia de ningún tipo a elementos subjetivos ni en su letra a) ni en su letra b), e incluyendo la figura culposa, fue aprobada por mayoría de votos en la Comisión³⁸, y posteriormente por la Cámara de Diputados³⁹.

Durante la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, el tema fue nuevamente objeto de prolongado análisis. Esta vez, a diferencia de lo que ocurrió en la Cámara de Diputados, el debate encontró opiniones divergentes que de alguna manera determinaron el contenido de la ley que finalmente fue publicada. Por una parte, Juan Pablo Hermosilla, invitado a exponer a la Comisión en su calidad de profesor de Derecho Penal, sostuvo en primer lugar que el delito de lavado de dinero es una forma de *encubrimiento*, y como tal se encuentra descrita y sancionada con toda claridad en el artículo 17 del Código Penal, norma que pidió tener en consideración al momento de tipificar el delito. Respecto al tema específico del tipo subjetivo, señaló que, como forma de encubrimiento, es inaceptable la inclusión de dolo eventual y menos alguna figura culposa; la conducta, al igual que lo establece el artículo 17 cuando señala "(...) con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo...", debe exigir dolo directo⁴⁰.

³⁵ Historia de la Ley N°19.913. En: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=2003.

³⁶ Historia de la Ley N°19.913, cit. p. 68.

³⁷ Ibíd., pp. 69-70.

³⁸ Ibíd., p. 71.

³⁹ Ibíd., pp. 129-34.

⁴⁰ Ibíd., pp. 204-11. Da la impresión de que las opiniones vertidas por el profesor Hermosilla en la Comisión iban sobre todo orientadas a restringir la aplicación de una norma que encontraba excesiva o demasiado rigurosa, además de confusa. Por ello sus esfuerzos de reorientar tanto la penalidad como el contenido a la figura de encubrimiento del art. 17 del Código Penal, que aparentemente estimaba más clara y razonable desde el punto de vista de su penalidad.

La posición contraria fue sostenida principalmente por la representante del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) –actual SENDA– y por el representante del Consejo de Defensa del Estado. La primera apuntó que el proyecto en discusión estaba en la línea de lo recomendado y establecido en convenciones y tratados internacionales firmados y ratificados por Chile; y que respecto al tema específico del tipo subjetivo y la expresión "a sabiendas", indicó que la doctrina recomienda suprimirla por "perturbadora" y por indicarle al juez que se requiere dolo directo⁴¹. El representante del Consejo de Defensa del Estado, por su parte, consideró un avance que el proyecto no hiciera referencias a elementos subjetivos, aunque estimó que aunque se mantuviera la expresión "a sabiendas", no ve que ello influiría en la aplicación práctica de la norma⁴². El profesor Hermosilla retrucó indicando que sí debiera incorporarse una referencia expresa al dolo directo, como "a sabiendas" o "maliciosamente", para que el juez sepa que sólo puede cometerse el delito con dolo directo⁴³.

El Ejecutivo, recogiendo las opiniones expresadas en el debate, propuso una nueva redacción de la norma, reponiendo la expresión "a sabiendas" en la letra a) y "ha conocido" en la letra b), como indicadoras de dolo directo, pero manteniendo la figura de lavado culposo, la que finalmente fue restringida solamente a las conductas de la letra a) –tipo de *ocultamiento*–, que entendió la Comisión era la figura de mayor gravedad⁴⁴. La norma así construida, fue aprobada por la Comisión⁴⁵, y luego de modificaciones menores, aprobada por el Congreso Nacional y finalmente publicada en el Diario Oficial.

El debate legislativo sintetizado en los párrafos precedentes es de suma relevancia al menos por dos razones: primero, porque deja constancia de que la voluntad del legislador era efectivamente la de sancionar el delito de lavado de dinero sólo cuando era cometido con dolo directo respecto al conocimiento del origen ilícito de los bienes, lo cual plasmó en la incorporación de las expresiones "a sabiendas" y "ha conocido"; y en segundo lugar porque a pesar de lo anterior fue increíblemente inconsistente, y mantuvo la sanción de una figura de lavado de dinero culposa, provocando un importante desbarajuste desde el punto de vista sistemático, a tal punto que a pesar de su voluntad de castigar el delito sólo con dolo directo, no queda sino deducir que, en los términos que viene redactada la norma, debe interpretarse sin duda como inclusiva del dolo eventual.

Respecto a lo primero, cabe agregar que no se desprenden con claridad las razones que tuvo el legislador para limitar el conocimiento del origen sólo al

⁴¹ Ibíd., pp. 211-12.

⁴² Ibíd., p. 217.

⁴³ Ibíd., p. 218.

⁴⁴ Ibíd., pp. 218-21.

⁴⁵ Ibíd., p. 221.

dolo directo. Una somera revisión de las opiniones de los H. Senadores en la discusión que tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, especialmente de los H. Senadores Viera Gallo y Espina, no permiten deducir sus fundamentos⁴⁶. En cuanto a las opiniones vertidas por el profesor Hermosilla, que podrían entenderse como fuente de los votos de los legisladores a favor de reponer las expresiones comentadas, cabría formular algunos comentarios. En primer lugar, el contenido que le da a expresiones o palabras como "a sabiendas", "maliciosamente" o "conociendo", como indicadoras de una exigencia de dolo directo con exclusión del eventual, se ha señalado precedentemente, no pueden entenderse en tal sentido en el contexto histórico de su uso por el legislador de 1874. Y, en segundo término, y aun aceptando la posibilidad de entender el delito de lavado de dinero como una especie de tipo calificado o sui generis de encubrimiento, de ello no se sigue necesariamente que deba excluirse el dolo eventual con referencia al conocimiento del hecho previo o encubierto, porque, en efecto, el encubrimiento tampoco exige exclusivamente dolo directo en este aspecto. En este sentido, y refiriéndose específicamente a las hipótesis de encubrimiento del artículo 17 del Código Penal, varios autores nacionales han aceptado expresamente la posibilidad de encubrimiento con dolo eventual en torno al conocimiento del delito principal⁴⁷.

En cuanto a la segunda conclusión expresada más arriba, ésta se deduce de la forma en que quedó finalmente descrito el delito de lavado de dinero, en el actual artículo 27: dos figuras dolosas que en cuanto al conocimiento del origen ilícito de los bienes exigen (irían) dolo directo; y una figura culposa que sólo abarca las conductas descritas en el tipo de ocultamiento, que para los propios legisladores es la figura más grave de aquellas contenidas en la norma. Si siguiéramos la lógica del legislador, debiéramos concluir que el tipo de ocultamiento de lavado puede ser cometido sólo con dolo directo o con culpa—negligencia inexcusable—, en cuanto al conocimiento del origen de su objeto

⁴⁶ Así, mientras el Senador Viera Gallo señaló que el delito de lavado de dinero, por su gravedad, debiera tener una regulación distinta a la del mero encubrimiento, sin llegar a identificar si su opinión era incluir o no el dolo eventual en referencia al conocimiento del origen ilícito de los bienes, el H. Senador Espina se refirió al punto en términos bastante ambiguos: "Declinó aceptar la lógica de legislar sacrificando gente inocente. Hay que ser rigurosos en los tipos penales, porque su aplicación está entregada a jueces muy buenos, jueces regulares y jueces malos, de modo que nuestro esfuerzo debe enfocarse a construir un tipo que cumpla adecuadamente los parámetros que aquí se han fijado". Historia de la Ley N°19.913, ob. cit. pp. 212-6.

⁴⁷ Así, Politoff, S.; Matus, J.P.; Ramírez, M.C. (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, pp. 435-6. Cury, E. (2005). Derecho Penal. Parte General. Séptima edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 633. Etcheberry, A (1999). Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Tercea edición ampliada y revisada (reimpresión). Editorial Jurídica de Chile, pp. 101-2. En contra, estimando que el encubrimiento sí exige dolo directo respecto al conocimiento del delito previo, Garrido, M. (2005). Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, pp. 422-3.

material, pero no con dolo eventual, mientras que la figura en principio menos grave de lavado, la de la letra b), sólo puede ser cometida con dolo directo en ese aspecto. En el caso concreto, lavado de dinero cometido con *dolo eventual* sobre el origen de los bienes, la norma obligaría al juez a absolver al acusado o a condenarlo a título de lavado culposo, sin que en rigor sea correcta la solución y sin que además, como se apuntó más arriba, exista ninguna razón que permita sustentar una diferencia en el tratamiento punitivo entre el dolo directo y el eventual —que es lo que ocurriría en este caso: se aplicaría la pena del tipo culposo-. Lo mismo acontecería en el caso de la letra b), sólo que ni siquiera existiría una figura culposa a la cual remitirse. Aquí simplemente el juez debería absolver.

Una mínima coherencia sistemática, en este sentido, exigiría interpretar la norma incluyendo la posibilidad de dolo eventual en el conocimiento del origen ilícito de los bienes, en ambas figuras dolosas del artículo 27 de la Ley N°19.913. Sostener lo contrario llevaría al absurdo descrito en el párrafo que antecede, sobre el que no se encuentra ningún fundamento razonable que lo avale. En efecto, la verdadera laguna de punibilidad que se produce en el caso de la letra a) de la norma, en cuanto a castigar el dolo directo y la culpa pero no el dolo eventual es abiertamente contra-sistémica; y en cuanto a la letra b), no se vislumbra ninguna razón, ni dogmática ni de política-criminal, que permita hacer una distinción a este respecto, menos cuando dicha figura exige un elemento subjetivo adicional, el ánimo de lucro, cuya incorporación en la ley no deja de ser discutible⁴⁸, ya que por sí mismo restringe la aplicación de la norma. En otras palabras, aun cuando podamos, por razones sistemáticas y lógicas, concluir que en el tipo de lavado de ocultamiento de lavado de dinero se incluye el dolo eventual en cuanto a conocimiento del origen ilícito de los bienes, esa misma aseveración nos debe llevar, una vez más por consideraciones sistemáticas y lógicas, a aceptar también el dolo eventual en la figura de contacto⁴⁹.

Las diferencias estructurales que puedan presentar ambas figuras se ven ya reflejadas en todo caso en la exigencia del *ánimo de lucro* que no contempla la figura de la letra a) y sí la de la de la letra b), cuyo fundamento además quedó plasmado en la historia de la ley⁵⁰. Lo razonable, es que en torno al mismo elemento típico, conocimiento del origen ilícito de los bienes, se exija el o los mismos requisitos a nivel de *dolo*; sin perjuicio que las diferencias entre ambos

⁴⁸ Al respecto, Historia de la Ley N°19.913, cit. pp. 68-9 y 312-3.

⁴⁹ Sobre ello, puede verse además la discusión en Sala de la Cámara de Diputados en tercer trámite constitucional, en particular las exposiciones de los Diputados Burgos, Guzmán y Soto, y que reflejan de alguna manera la confusión a la que hemos hecho referencia. Historia de la Ley N°19.913, cit., pp. 386-399. Al respecto, también, resaltando la incoherencia de sancionar sólo por dolo directo e imprudencia, dejando fuera el dolo eventual, Aránguez, C., ob. cit. p. 276.

⁵⁰ Historia de la Ley N°19.913, cit., p. 310.

tipos, en otros niveles de sus estructuras típicas, puedan generar la inclusión de requisitos adicionales, justamente como el ánimo de lucro⁵¹.

En consecuencia, y no existiendo una definición gramatical que permita, literal (gramatical) o contextualmente, asignarle a expresiones como "a sabiendas" o "ha conocido" una referencia expresa al dolo directo, no queda sino interpretarla, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, estándose al verdadero espíritu de la misma, con independencia de lo señalado por sus creadores. Como apunta Garrido: "La "intención o espíritu" -el telos- se debe encontrar primeramente en la propia "ley", que no es el artículo o la disposición aislada, sino el conjunto del texto del que forma parte. Ese conjunto ilustra el sentido de la disposición individual. De modo que el recursos sistemático, además de vincularse con el recurso gramatical, debe relacionarse con el "teleológico"; el sentido de la ley puede determinar el alcance gramatical de las expresiones como también -y principalmente- la finalidad de una disposición. (...) En todo caso, debe tenerse en cuenta que, "con su promulgación, la ley se desprende de manera definitiva del ámbito del poder y de los motivos del legislador y llega a ser una fuente jurídica independiente, que debe ser enjuiciada a partir de su función actual". De manera que la interpretación histórica no tiene generalmente carácter decisivo, pero sí sirve de refuerzo a otros criterios"52.

Tan evidente resulta interpretar la norma en el sentido apuntado más arriba, que ésta ha sido la manera de entenderla y aplicarla por la mayoría de nuestra jurisprudencia.

2.4. Jurisprudencia de nuestros tribunales

El fallo del TOP de Los Andes no ha sido el primero en aceptar la inclusión del *dolo eventual* en el tipo subjetivo del delito de lavado de dinero, en cuanto conocimiento del origen ilícito de los bienes, aun frente a las expresiones *a sabiendas y ha conocido*.

Así por ejemplo, un fallo del 2° TOP de Santiago declaró (destacados nuestros):

"Décimo Quinto: En conclusión, en virtud de todos los razonamientos anteriores, estos sentenciadores han adquirido la convicción de que el delito de lavado de activos en nuestra legislación se puede cometer aún con dolo eventual toda vez

⁵¹ En este sentido, y aduciendo también razones de *política-criminal*, Prambs, C., ob. cit., pp. 420-1. Sobre la posibilidad de aceptar el dolo eventual aun en tipos que exigen elementos subjetivos adicionales como el ánimo de lucro, Aránguez, C., ob. cit., p. 276.

⁵² Garrido, M. (2005). Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, pp. 101-3. En sentido similar, Etcheberry, ob. cit. Tomo I, p. 106, quien señala que lo que debemos desentrañar a través de la historia de la ley no es la voluntad de los legisladores sino la voluntad de la ley. Politoff et al., ob. cit., apuntan al respecto: "La voluntad de la ley expresada en ella misma se descubre con el auxilio del método sistemático, ya que los preceptos jurídicos forman parte de sistemas que requieren una interpretación armónica", p. 111.

que como se ha dicho, en estos casos la naturaleza altamente normativa del objeto del dolo, impide exigir un conocimiento acabado del hecho previo y de los orígenes ilícitos del dinero recibido, por lo que en la especie basta que el conocimiento del ejecutor abarque la noción de que los bienes proceden de alguna fase del ciclo de la droga, razones por las cuales se desestiman las argumentaciones de la Defensa en contrario, en cuanto señalaron que éste sólo puede configurarse con dolo directo. Esto es, cuando el sujeto activo se representa una conducta altamente peligrosa para un bien jurídico determinado y pese a ello igual la lleva a cabo. En palabras del experto español Santiago Mir Puig, el dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. En efecto, en el dolo eventual el sujeto realiza voluntariamente la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto.*53.

De forma similar, un fallo del 6° TOP de Santiago recientemente ha señalado (destacados nuestros):

"Otro punto importante a considerar al inicio del estudio es el relativo al dolo exigido en el tipo penal del artículo 27 de la ley 19.913 en consideración al empleo de la expresión "a sabiendas" incorporada en la descripción de las conductas sancionadas. Sobre ello parece haber consenso en cuanto a que el tipo acepta la posibilidad del dolo eventual, pues "atendida la naturaleza altamente normativa del objeto del dolo en este caso, resulta imposible exigir un conocimiento acabado del hecho previo y de su calificación jurídica en la ley o del origen de los bienes objeto del delito, bastando, para que exista dolo, que el "conocimiento profano" del hechor abarque la noción de que los bienes proceden de alguna fase del ciclo de la droga" (Sergio POLITOFF, El lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes, Santiago 1999, pág. 75s.) Sólo en situaciones de gran proximidad a los hechos será posible una información exacta. Opinión a la que este Tribunal adhiere fundado básicamente en la percepción que de los hechos, materia de la causa, se ha podido tener. A partir de esta observación se ve cómo los sujetos activos asumen distintos roles y posturas en el desarrollo del ilícito, unos más cercanos al comercio de la droga y otros asumiendo un rol más alejado, pero no menos importante a la hora de prestar sus nombres o parte de su patrimonio en pro de buscar mecanismos de incorporación de los dineros obtenidos en la venta de droga al sistema formal"54.

El mismo TOP, en otro fallo, indicó (destacados nuestros): "(...) el delito de lavado de activos puede cometerse tanto con dolo directo como con dolo eventual, considerando, principalmente en esta parte, que en el derecho chileno y en la dogmática comparada se reconoce en general y sin discusión al dolo eventual como una forma básica de dolo, criterio que también habría sido recogido por la juris-

^{53 2°} TOP Santiago, RUC N°0500683346-4, RIT 51-2008. Fallo de fecha 18 de agosto de 2008.

^{54 6°} TOP Santiago, RUC N°0700500869-1, RIT 236-2010. Fallo de fecha 11 de diciembre de 2010.

prudencia, existiendo consenso en que no existe verdaderamente una diferencia que justifique un tratamiento jurídico-penal distinto entre el conocimiento efectivo de un hecho o el propósito positivo de obtener un resultado, y la representación de la posibilidad de lo uno o de lo otro unida a la aceptación de la misma"⁵⁵. En contra, exigiendo dolo directo, el mismo tribunal se pronunció en un reciente fallo de este año⁵⁶.

2.5. Resumen

- i) La sentencia del TOP de Los Andes declara que, en referencia al conocimiento del origen ilícito de los bienes en el delito de lavado de dinero, y a pesar de la expresión "a sabiendas" que utiliza la norma, basta el *dolo eventual*.
- ii) El delito (doloso) de lavado de dinero exige dolo, y el conocimiento acerca del origen ilícito de los bienes. El contenido de dicho conocimiento debe abarcar solamente la tipicidad y antijuridicidad de alguno de los delitos contenidos en el catálogo del art. 27 de la Ley N°19.913, sin exigirse un conocimiento completo y pormenorizado de todos los detalles del hecho previo ni de su exacta o concreta calificación jurídica, bastando un conocimiento *en la esfera del profano*.
- iii) Expresiones como "a sabiendas", "maliciosamente", "ha conocido" y otras similares, en el contexto histórico de su utilización en el Código Penal chileno, no son indicativas de una referencia al dolo directo, con exclusión del eventual. Por otra parte, el derecho chileno sí reconoce el dolo eventual como forma *básica* de dolo, el cual no justificaría un tratamiento punitivo diferente del dolo directo.
- iv) La historia de la Ley N°19.913 da cuenta de la voluntad del legislador de exigir dolo directo en cuanto al conocimiento del origen delictivo del objeto material del delito de lavado (doloso). Sin embargo, la forma en que finalmente quedó redactado el artículo 27, que describe el delito de lavado de dinero, especialmente por la incorporación de una figura culposa, unido a los debates producidos durante el proceso de formulación de la ley, exigen interpretar la norma, aludiendo a su verdadero espíritu y sentido, y por razones lógicas y sistemáticas, simplemente como una exigencia de dolo, incluyendo por cierto el dolo eventual.
- v) Por todas las razones señaladas, el delito de lavado de dinero (doloso), puede ser cometido con dolo eventual respecto al conocimiento del origen ilícito de los bienes. Esta es, por lo demás, la opinión mayoritaria de la doctrina nacional y española, y es la que ha seguido la jurisprudencia de los tribunales chilenos y el Tribunal Supremo Español.

^{55 6°} TOP Santiago, RUC N°0700935945-6, RIT 802-2010. Fallo de fecha 22 de mayo de 2011.

^{56 6°} TOP Santiago, RUC N°0900841540-1, RIT N°561-2011. Fallo de fecha 9 de enero de 2012.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

INFORME SOBRE FEMICIDIO EN CHILE. ESTADÍSTICAS RELEVANTES 2011 Y DATOS COMPARATIVOS

Roberto Rodríguez Manríquez¹

I. Consideraciones previas

- En este informe se utiliza el término "femicidio" para referirse al homicidio en contra de una mujer por el hecho de ser mujer, por lo tanto, se han contabilizado casos de homicidios ocurridos en "contexto de pareja" y muertes de mujeres a causa de un tercero desconocido. Al respecto, se diseñaron tablas para comparar esta variable.
- El concepto "pareja" se utiliza para hacer referencia al cónyuge, conviviente, novio o "pololo" (y a sus respectivos "ex"), por lo tanto, fue necesario detallar qué casos se incorporan al tratamiento penal desde la Ley 20.066.
- Al informar la cifra de muertes de mujeres se ha incluido a las víctimas que han fallecido en el momento del crimen y a las que fallecieron más tarde a consecuencia de la agresión.
- Las fuentes para la obtención de datos han sido el Informático de Fiscalía (SAF); Servicio Nacional de la Mujer y Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual; la información que ha sido difundida por los medios de comunicación de circulación nacional y regional.
- Para estimar la prevalencia² de mujeres fallecidas, se tomó en consideración la población femenina mayor de 15 años proyectada por el INE para el año 2010, distribuida por región y tramo de edad³ según los resultados del Censo 2002 y las Estadísticas Vitales disponibles por esta institución:

Población femenina mayor de 15 años proyectada por el INE para el año 2010

Tramo Edad	Mujeres
15 – 19	731.691
20 -29	1.373.564
30 - 39	1.199.460
40 - 49	1.249.375
50 – 59	973.754
60 y más	1.232.425
Total	6.760.269

¹ Trabajador social de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Proporción de mujeres fallecidas por cada millón de habitantes mayores de 15 años.

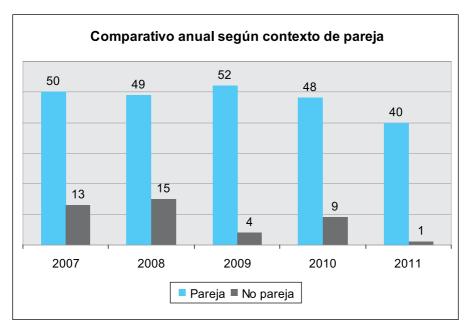
³ Fuente Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

II. Estadísticas sobre muertes de mujeres víctimas de femicidio⁴

Gráfico 1.1.

Femicidios ocurridos desde el año 2007 al año 2011 según contexto de pareja

En este gráfico se muestra la incidencia de femicidios por año, lo que permite comparar y observar la evolución del fenómeno. Las barras celestes, corresponden a las muertes de mujeres ocurridas en contexto de pareja, y las barras púrpuras, a muertes por razones de género, sin vínculo de pareja. El registro se sistematizó a partir de la información divulgada por SERNAM y distintas organizaciones de mujeres a través de la prensa y otros medios, con el fin distinguir aspectos jurídico penales claves que permitan dimensionar el problema de la violencia contra la mujer y establecer directrices de persecución y protección en función del parentesco y el móvil de los asesinatos.



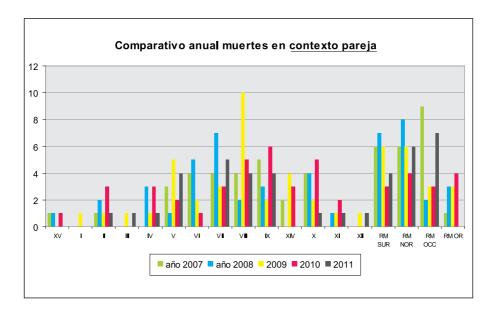
Al observar las cifras absolutas de femicidios, se aprecia una disminución en el año 2011 respecto de los demás periodos. Desde el año 2007 al año 2010 el promedio de muertes fue de 50 mujeres al año y el 2001 esta cifra baja a 40 casos.

⁴ En un sentido amplio se entenderá femicidio a la muerte de mujeres por el hecho de ser mujer por su pareja sentimental, más las muertes de mujeres por causa de un hombre que no era su pareja, siendo o no pariente.

Gráfico 1.2.

Total de muertes de mujeres en contexto de pareja por región entre 2007 y 2011

El siguiente gráfico describe la evolución del fenómeno por año y región, lo que permite plantear hipótesis sobre cuáles serían los factores asociados a la alta o baja incidencia de femicidios en algunas regiones: por una parte el factor cuantitativo "densidad demográfica" y por otro aspecto cualitativo "valor sociocultural". Tal es el caso de la Región Metropolitana donde surge la pregunta acerca de cuál de los dos elementos mencionados estaría más asociado a la incidencia de femicidios en las comunas metropolitanas.



Se aprecia una alta frecuencia de femicidio ocurridos en la zona central del país. Si estos datos se analizan por región, se puede señalar que la mayor frecuencia de homicidios en la zona centro se relacionaría directamente con la alta densidad poblacional de la región metropolitana. No obstante, cabe preguntarse por la notoria diferencia observada entre la zona norte y la zona sur, ambas con menos densidad poblacional pero con una notoria diferencia de incidencias de femicidios. Esta variabilidad podría compararse con un análisis de prevalencia que más adelante se plantea y donde resultaría más clara la influencia de aspectos socioculturales arraigados en valores y costumbres patriarcales.

Tabla 1.1.

Detalle de muertes de mujeres en contexto de pareja por región y año

A continuación se detallan todas las muertes de mujeres en contexto de pareja por región, registradas desde el año 2007 al año 2011, según datos de Fiscalía.

D ! 4	Contexto Pareja					
Región	año 2007	año 2008	año 2009	año 2010	año 2011	Total
XV	1	1	0	1	0	3
I	0	0	1	0	0	1
II	1	2	1	3	1	8
III	0	0	1	0	1	2
IV	0	3	1	3	1	8
V	3	1	5	2	4	15
VI	4	5	2	1	0	12
VII	4	7	3	3	5	22
VIII	4	2	10	5	4	25
IX	5	3	2	6	4	20
XIV	2	0	4	3	0	9
X	4	4	2	5	1	16
XI	0	1	1	2	1	5
XII	0	0	1	0	1	2
RM SUR	6	7	6	3	4	26
RM NOR	6	8	6	4	6	30
RM OCC	9	2	3	3	7	24
RM OR	1	3	3	4	0	11
	50	49	52	48	40	239

La cifra total de femicidios ocurridos en Chile desde el año 2007 al año 2011 representa una señal clara para los organismos encargados de prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar y de género en el país, estos objetivos son transversales y multidimensionales, es decir, requieren de un trabajo coordinado entre los diferentes organismos gubernamentales y no gubernamentales.

Tabla 1.2. Prevalencia de víctimas de femicidio en contexto de pareja años 2007 a 2011

La prevalencia de víctimas de femicidio en contexto de pareja desde el año 2007 hasta el año 2011, ha sido de cuatro mujeres por cada 100 mil mujeres mayores de 15 años:

Región	Femicidios contexto pareja 2007 al 2011	%	Población estimada de mujeres mayores de 15 años 2010 ⁵	Prevalencia por 100 mil mujeres mayores de 15 años.
XV*	3	1%	73.842	4
I	1	0%	113.412	1
II	8	3%	207.331	4
III	2	1%	103.699	2
IV	8	3%	281.550	3
V	15	6%	711.643	2
RM SUR				3
RM NOR	0.1	01	91 38% 2.783.761	
RM OCC	91	38%	2./83./61	
RM OR				
VI	12	5%	340.004	4
VII	22	9%	395.375	6
VIII	25	10%	811.080	3
IX	20	8%	378.730	5
XIV	9	4%	148.756	6
X	16	7%	315.595	5
XI*	5	2%	36.778	14
XII*	2	1%	58.731	3
Total	239	100%	6.760.269	4

El cálculo de prevalencia se realizó utilizando la cifra del INE Chile proyectada para mujeres mayores de 15 años por región. Se genera un factor dividiendo la población de mujeres estimada por 100 mil. Ejemplo para el total nacional:

6.760.269/100.000 = 67,60

⁵ Fuente Instituto Nacional de Estadísticas (INE) proyección al año 2010.

A continuación se divide el número de mujeres fallecidas (239) a nivel nacional por el factor (67,60) obtenido:

239/67,60 = 3,53 =se aproxima al valor 4

* Observación para las regiones de Arica y Parinacota, Aysén y Magallanes:

Como en todo cálculo de prevalencia, aquellas regiones de Chile con una población inferior a cien mil mujeres mayores de 15 años, el índice de prevalencia se eleva, no obstante, en regiones con una población superior a cien mil mujeres mayores de 15 años, representa un índice más apropiado. En España, el cálculo de prevalencia de femicidio se hace por cada 1 millón de mujeres mayores de 15 años, debido a que este segmento de población bordea los 20 millones. Al igual que en Chile, en provincias españolas con baja densidad, el valor de prevalencia tiende a aumentar.

Tabla 1.3. Relación entre víctima e imputado 2011

A continuación, la tabla presenta la cifra de muertes de mujeres desagregadas por el vínculo entre la víctima y el victimario:

Sujetos Art. 5° de la Ley 20.066 y Ley de Femicidio			
Convivientes	13		
Cónyuges	13		
Ex convivientes	10		
Ex Cónyuges	1		
Sub total	37		
Sujetos que no aplican en Ley 20.066			
Pololos	1		
Ex pololos	2		
Conocidos	1		
Subtotal	4		
Total	41		

Los femicidios de acuerdo a la Ley 20.480, es decir, según la definición jurídico penal chilena, ascienden a 37 casos. Se aprecia además, que queda un pequeño segmento de homicidios en los que opera el estatuto de reglas generales del Código Penal.

Tabla 1.4. Hecho delictual

Por hecho delictual observamos la variable suicidio del victimario para distinguir los casos en que el imputado enfrenta un proceso penal.

Delito	N
Sujetos Ley N°20.480	
Femicidio	21
Femicidio y suicidio	15
Femicidio e intento de suicidio	1
Sujetos que no aplican en Ley N°20.480	
Homicidio	1
Homicidio y suicidio	2
Homicidio e intento de suicidio	1
Total	41

En Chile, la mitad de los hombres que cometen femicidio u homicidio en contra de sus parejas se suicida o intenta suicidarse. Si comparamos esta variable con España, podemos decir que sólo 25% de los hombres en este país cometen suicidio. Surge así una interesante línea de investigación a explorar tanto en el contexto penal como en el terapéutico, toda vez que surgen interrogantes acerca de si los organismos que intervienen en el conflicto penal o los que operan desde la salud mental pueden o no advertir un desenlace de esta naturaleza.

Tabla 1.6. Medio utilizado para cometer el femicidio

Esta variable permite apreciar las formas en que se cometen los femicidios.

Medio Utilizado	Total
Arma blanca	16
Arma de fuego	10
Objeto contundente	10
Otros	5
Total	41

El medio más utilizado para cometer homicidio de mujeres en Chile es el arma blanca. La presencia de este utensilio en todas las casas del país pone en jaque a las instituciones encargadas de hacer evaluación de riesgo vital (Carabineros y Ministerio Público) ya que cuando existe una denuncia de amenazas o lesiones resulta impracticable la incautación de los objetos cortopunzantes desde los hogares. Cabe señalar además que el medio ocupado no es punto central del análisis, ya que los objetos contundentes u otros medios utiliza-

dos para cometer el femicidio suman 15 casos. La lectura de los datos nos permite inferir que el imputado se valdrá entonces de cualquier medio para cometer su objetivo. Respecto a las armas de fuego, se puede señalar que sí es posible hacer una incautación si los operadores del sistema penal pesquisan su presencia.

Tabla 1.7. Total de femicidios ocurridos por año y mes

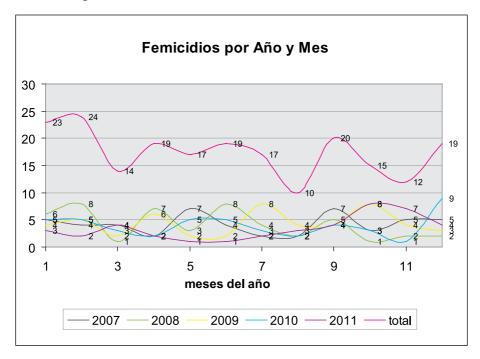
En este punto es necesario detenerse a observar si los femicidios han ocurrido en alguna época especial del año.

Mes	2007	2008	2009	2010	2011	total
ene	5	6	4	5	3	23
feb	4	8	5	5	2	24
mar	4	1	2	3	3	14
abr	2	7	6	2	2	19
may	7	3	2	5	1	18
jun	4	8	2	5	1	20
jul	2	4	8	3	2	19
ago	2	2	4	2	3	13
sep	7	5	4	4	4	24
oct	3	1	8	3	8	23
nov	5	2	4	2	7	19
dic	5	2	3	9	4	23
Total	50	49	52	48	40	239

Será útil ocupar una herramienta gráfica que permita observa las curvas de femicidio por época del año.

Gráfico 1.2. Femicidios por año y mes

A continuación se presenta gráfico que resume las muertes por mes desde el año 2007 al año 2011, permitiendo obtener una curva promedio con índices de muertes por mes.



Pareciera haber una tendencia de incremento de los femicidios entre los meses de enero y febrero con 23 y 24 femicidios cada uno. Luego hay una disminución en marzo con 14 casos, para aumentar nuevamente los índices entre abril y mayo con 19 casos.

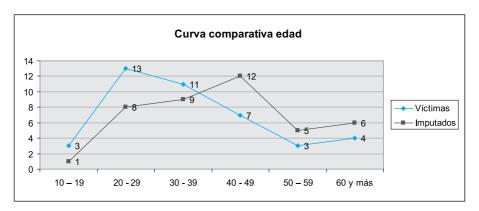
En agosto se aprecia la baja más abrupta de incidencias con 10 casos para luego volver a emerger el fenómeno en septiembre con 20 casos, mostrando un decaimiento posterior entre octubre (15) y noviembre (12) para volver a aumentar a 19 casos en diciembre. En total 239 mujeres fallecidas desde el año 2007 al año 2011.

III. Otros datos estadísticos relevantes

Gráfico 2.1. Curva comparativa de edad entre imputados y víctimas año 2011

Promedio de edad víctima: 39 años.

Promedio de edad imputado: 44 años.



Se observa una tendencia de la población femenina a ser menor de edad con respecto a la población masculina. La diferencia de sus medias es de cuatro años.

Tabla 2.1.

Denuncias de violencia intrafamiliar previas en el sistema penal entre víctima e imputado durante el año 2011

Esta variable muestra si entre víctima e imputado existían denuncias previas de VIF en el sistema penal.

Denuncias previas VIF	Total	%
No	22	54%
Sí	19	46%
Total	41	100%

Se puede establecer que durante el año 2011 poco menos de la mitad de los casos de femicidios tiene denuncias previas en el sistema penal. Lo anterior demostraría que un alto porcentaje de casos de femicidios ocurren a la base del silencio de la víctima respecto a denunciar violencia física o psicológica, ya que resulta poco probable que el femicidio sea un hecho único y aislado de violencia de pareja.

Tabla 2.2. Estado de la causa en denuncias previas al momento del femicidio

En esta tabla se muestra el estado de la investigación penal de causas previas al momento de ocurrido el femicidio.

Estado última denuncia	N°
Término Facultativo (AP; P. Op; FNI) ⁶	9
Condena	1
Suspensión Condicional del Procedimiento vigente	5
Vigentes	4
Total	19

Se observa que 9 de los 19 casos han terminado a través de términos facultativos surgidos a partir del desistimiento o retractación de la víctima.

AP: Archivo Provisional; P. Op: Principio de Oportunidad; FNI: Facultad de No Inicio de la Investigación.

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL QUE RECHAZA Recurso de apelación de resolución que no da lugar a la sustitución de pena establecida en art. 53 de ley de responsabilidad adolescente

Jorge Ignacio Gárate Bais¹

Resumen:

El presente comentario versa sobre la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel que rechaza el recurso de apelación en contra de la resolución del Tribunal de Garantía de San Bernardo que no dio lugar a la sustitución de la condena contemplada en el Art. 53 de la LRPA, en circunstancias que el adolescente infractor se encontraba en régimen semi cerrado, solicitando la libertad asistida especial.

La Corte, para resolver, interpreta el Art. 53 de la LRPA en relación con los fines resocializadores y sancionatorios en fase ejecución de la condena; así como también desarrolla que para resolver acerca de la sustitución de la condena, deberán tenerse en cuenta tanto los factores que justificaron su imposición, como aquellos que acreditan cambios objetivos, tales como modificación en la manera de relacionarse y si efectivamente existe el arrepentimiento social del adolescente infractor.

1. Antecedentes generales

La defensa del menor JTNV solicitó audiencia de sustitución de condena, contemplada en el Art. 53 de la Ley N°20.084, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente –en adelante LRPA– ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo –en adelante TE (tribunal encargado del control de ejecución de las sanciones, en la nomenclatura de la LRPA)–, en la causa RUC N°: 0900652947-7. El TE resolvió con fecha 21 de febrero de 2012, "no hace lugar la solicitud de sustitución", pues si bien el núcleo de de dicha institución es lo más favorable que pudiere resultar –una modalidad de sanción menos gravosa– para efectos de la integración social del infractor y que se debe "centrar el análisis fundamentalmente en los alcances resocializadores que tendría un cambio en el modo de cumplimiento de la sanción"², aún se evidencia una problemática sin resolver en relación a la "resistencia a descargas emocionales con ocasión de los hechos que motivaron la sentencia condenatoria"³, tema sin respuesta clínica aún por parte del adolescente y, que en concepto del juez, "incide direc-

¹ Egresado de Derecho, Universidad Diego Portales, práctica profesional, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Considerando 6°, TE.

³ Considerando 14°, TE.

tamente en la visualización e identificación de daños causados"⁴. Además, al ser oído el adolescente infractor, "no se evidencia más que un cumplimiento formal de una serie de directrices para ser cumplidas en un periodo determinado de tiempo, no aportándose mayores antecedentes que digan relación con la responsabilización"⁵. El TE sostiene que, si bien existe cumplimiento formal del plan de intervención, la conducta desarrollada por el adolescente infractor "adolece de un ámbito fundamental, como es el aspecto que dice relación con la internalización de la sanción y la afectación de derechos de terceros, mediante una conducta determinada que –ya– ha sido sancionada"⁶ ⁷.

La pretensión de la defensa, como ya se esbozó, fue sustituir la inicial pena de régimen semi cerrado a la modalidad de libertad asistida especial, en consideración a que el menor se matriculó recientemente en una universidad con el fin de cursar la carrera de ingeniería, y que ya ha cumplido más de un 80% de la pena privativa de libertad que le fue impuesta en su ocasión, además de los antecedentes de cumplimiento aportados por los informes aportados por los profesionales del Centro Semi Cerrado de Calera de Tango.

La defensa del menor JTNV interpuso recurso de apelación en contra de la resolución del TE, fundándose en que en la decisión había vulnerado e infringido disposiciones específicas de la Convención de los Derechos del Niño –en adelante CDN– y disposiciones de la LRPA.

Antecedentes generales de la causa RUC N°0900652947-7

Hechos: El imputado JTNV, de 15 años, en compañía de sus amigos en la comuna de Las Condes, hirió con un elemento corto punzante en la cabeza a SEAM. Producto de la agresión proferida por el imputado, la víctima resultó con un traumatismo encéfalo craneano secundario producto de la herida cortopunzante, la que finalmente le causó la muerte.

Sentencia: El 16 de abril de 2010, en procedimiento abreviado, el imputado fue condenado a la sanción mixta de 2 años de régimen semi cerrado con programa de reinserción social, y a la pena de 1 año de libertad asistida especial.

Recursos: El Ministerio Público apeló de la sentencia; la Corte de Apelaciones de Santiago finalmente declara la improcedencia del Art. 11 N°9 CP, aumentando la pena a tres años de internación en régimen semi cerrado con programa de reinserción social, manteniendo la pena de un año de libertad asistida especial.

⁴ Considerando 16°, TE.

⁵ Considerando 17°, TE.

⁶ Considerando 18°, TE.

⁷ La negrilla es del autor.

Audiencia de aprobación de plan de intervención individual: Se realiza el 31 de mayo de 2010, el tribunal ordena el ingreso al centro Semi Cerrado Calera de Tango.

Tiempo total de sanción en Semi 1095 días (3 años y un día).

Cerrado:

Tiempo total de cumplimiento: 874 días (290 días de abono).

Tiempo restante de la sanción: 216 días a la fecha de la audiencia.

2. Fundamentos del recurso de apelación

Ante el rechazo a la solicitud de sustitución de condena del art. 53 de la LRPA, la defensa dedujo recurso de apelación. Para fundar el recurrente señala que en la sentencia del TE se han infringido un conjunto de normas que el sentenciador no ha considerado al resolver la solicitud de sustitución de la pena, tales son:

- Infracción al Art 47 LRPA –Excepcionalidad de la privación de libertadque, a consideración de la defensa, no es redundante respecto a la norma del art. 26 de la LRPA, pues aquella disposición positiviza el estándar del Art. 37.b CDN, ahora en la fase ejecución, rigiendo, por lo tanto, el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, siendo su más clara concreción el instituto de la "sustitución de la condena".
- Infracción al Art. 40.1 de CDN (debido proceso del adolescente, en su manifestación a ser tratado acorde con el fomento de su sentido de valor y dignidad), pues el TE en su modificación o denegatoria debió responder cómo tuvo en consideración la edad del menor la promoción de la reintegración del condenado adolescente.
- Infracción al principio de interés superior del adolescente, contenida en al Art. 2° LRPA y 3° de CDN.
- Infracción al Art. 53 LRPA, toda vez que la norma establece como presupuesto para la sustitución que ésta "parezca más favorable para la integración social del infractor", pues el TE ha aludido a los dichos del joven en audiencia para establecer que existen temas pendientes. Además de mencionar que el elemento que debe ordenar el debate es el plan de intervención del menor.

3. Resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel y voto de minoría

La Corte de San Miguel **rechazó el recuso de apelación**, pues consideró que en el caso particular los antecedentes aportados por el requirente —y solicitante

de la sustitución de la condena— evidencian un cumplimiento meramente formal y sin faltas del plan de intervención al menor, además de presentar "falencias profundas que debe superar", toda vez que puede advertirse del informe "que se visualiza deseo de enfrentar la realidad, sin embargo su abanico estratégico conductual es aún limitado (...) se percibe capacidad latente, en vía de desarrollo para manejar intelectualmente, racionalmente los impulsos"8.

Además causó especial atención "la forma de comisión del ilícito (...), antecedente que permite además sostener que en la imposición de la pena se tuvo en cuenta debidamente por los jueces del fondo el criterio que contiene la letra f) del artículo 24 (LRPA)". **Confirmando** la sentencia del TE de San Bernardo recurrida.

El fallo fue acordado con el **voto en contra** de la Ministro señora Pizarro, quien estuvo por revocar la resolución del TE de San Bernardo. En síntesis, las consideraciones de la Ministro son:

- El espíritu de la LRPA propende a la reinserción acorde a los principios de la CDN.
- Es del caso que se ha cumplido el 80% de la condena y también los planes de rehabilitación y reinserción, se han cumplido a cabalidad.
- No se ven antecedentes para negar la sustitución, pues el joven ha demostrado alto grado de asimilación del régimen, haciendo innecesario, por el tiempo que le resta, denegar el beneficio de la sustitución, pues el que exista un menor grado de contención de impulsos no puede ser motivo para denegar el beneficio.

Consideraciones sobre la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel

4.1.- El Art. 53 de la LRPA regula la institución de la sustitución de la condena en términos tales que el Tribunal de Ejecución de la sanción **podrá** sustituir la ejecución de la sanción impuesta al adolescente infractor por una menos gravosa, **en tanto ello parezca más favorable** para la integración social del infractor y se hubiese iniciado su cumplimiento. La sustitución se enmarca, entonces, como una "medida de relajación de la ejecución penitenciaria" pudiendo revisarse las sanciones, alterando el régimen normal de la cosa juzgada y estableciendo la posibilidad de que una sanción dictada por un tribunal

⁸ Considerando 7, CA San Miguel.

⁹ Considerando 8, CA San Miguel.

¹⁰ Equivalencia de la institución de la sustitución de la condena (Chile) y las medidas de relajación (Alemania), como bien advierte COUSO (2010), p. 7. De todos modos se utiliza la nomenclatura "medida de relajación" por lo apropiada que parece para explicar la naturaleza de institución de la sustitución.

de fondo, de aquellos en que se aplica la LRPA, pueda ser luego modificada o dejada sin efecto¹¹.

La inclusión de la institución "sustitución de la condena" en la LRPA se relaciona directamente con los fines de la pena¹² y su dialéctica, distinguiéndose en doctrina énfasis distintos en las distintas fases del proceso de aplicación de ésta y que van, en primer lugar, desde el primer plano de la prevención especial cuando la norma –y la pena– sólo es conminación penal; en segundo lugar, durante la imposición de la pena se deben tomar en cuenta las necesidades preventivas especiales y preventivas generales; y, por último, durante la ejecución de la pena, donde pasan a un lugar preferente, pero no exclusivo, los fines preventivos especiales. Ésta separación por fases, que en ningún modo significará una separación tajante, será una cuestión de matices que servirán para hacer una ponderación diferenciada, la separación de estos fines en ningún caso es absoluta, pues ambos fines subyacen a todas las etapas de aplicación de la pena¹³.

Teniendo presente ya la tensión continua de fines de la pena, debe entenderse la discusión en la audiencia de sustitución de condena y su concesión o denegatoria por parte del TE en el caso que sea. Es por ello que en doctrina se han elevado distintas posiciones acerca de la interpretación del Art. 53 LRPA, en el sentido de cómo se entiende —en su aplicación— el rol de los fines de la pena.

4.2.- El artículo 53 inciso 1° de la LRPA, que regula la sustitución de la condena, dispone que "(e)l tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones prevista en la ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiese iniciado su cumplimiento".

Una primera y desatenta interpretación, aunque no sin razones literales de relativo peso¹⁴ 15, sería entender que el Art. 53 de la LRPA sólo puede interpretarse considerando lo más conveniente o favorable a la integración social

¹¹ AGUIRREZABAL, LAGOS Y VARGAS (2009).

¹² A saber la Prevención General (positiva y negativa); Prevención Especial (positiva y negativa).

¹³ Misma estructura, aunque con distintos matices, véase ROXIN (1997), p. 97.

¹⁴ La norma dispone "podrá sustituirla por una menos gravosa, <u>en tanto ella aparezca más favorable a la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento</u>". Quienes abogan por esta posición se aferran a la literalidad de la norma, que sólo exige que la sustitución de la pena **aparezca más favorable** al proceso de reinserción social del adolescente, además de agregar que ello hace sentido puesto que el inc. 1° del citado precepto no ha condicionado el otorgamiento de la medida de relajación a un cumplimiento mínimo de la condena.

¹⁵ Esta interpretación fue sostenida por la CA Valdivia, en causa rol N°123-2009, en resolución de fecha 1° de abril de 2009, al rechazar la apelación de sustitución de condena por el Ministerio Público.

del adolescente, desde la exclusiva óptica de la prevención especial, en concreto la positiva, pues este sería el único criterio expresado en el citado artículo¹⁶.

Esta interpretación a nuestro juicio es incorrecta, puesto que -como anteriormente se anotó- no existe una separación tajante, sino sólo de matices, entre los fines de la pena durante las distintas fases de aplicación de ésta. Además, no parece lógico entender que los fines preventivos generales de la pena no jueguen rol alguno -al punto de ser casi anulados- afirmándose, con sustento en la literalidad de la norma, que es posible sustituir la condena sin atender a los criterios preventivos generales y que motivaron la imposición de la pena. La aplicación de la sustitución de la condena sólo en consideración de la resocialización, llegaría al absurdo a que bajo el criterio de la innegable menor idoneidad de las penas de internación en régimen cerrado para la resocialización del adolescente –frente a otras menos severas– pasaría a convertirse –la menor idoneidad de ésta- en la única consideración al momento de revisar la ejecución¹⁷. Interpretar en este sentido la ley llevaría a la conclusión que el juez de ejecución podría alterar el sistema sancionatorio de la ley, y con ello su finalidad, exclusivamente pretextando el fin resocializador sin atender a la faz sancionatoria que toda pena, incluso en contexto LRPA, tiene¹⁸.

Una segunda, e integral -a nuestro juicio- interpretación del Art. 53 de la LRPA, es entender que han de tenerse en cuenta también otros intereses, que dependen particularmente más de la gravedad del delito -necesidades de prevención general positiva y negativa en los fines de la pena-vale decir, se deben tener en cuenta los criterios por los que se impuso la pena por el tribunal de fondo, así como tener en cuenta el tiempo de cumplimiento del adolescente infractor. Esta última interpretación del precepto legal es por la que se inclina la Corte de Apelaciones de San Miguel, al exponer que la LRPA al sancionar de manera especial a los adolescentes, "contiene principios que tienden, por una parte, obtener la reinserción social del infractor (...), y por otra, un efecto meramente sancionatorio" 19 y "(q)ue cuando el artículo 53 de la Ley N°20.084 –LRPA– permite sustituir la condena por otra más favorable para el adolescente (...) ello de ser posible ha de realizarse considerando los objetivos, principios y criterios que hicieron procedente la imposición de la pena, pero no podemos encaminarnos exclusivamente en la reinserción social dejando de lado el poder sancionatorio del Estado y su deber de conseguir sanciones justas y equilibradas"20 21 22.

¹⁶ También podemos ver esta interpretación en el voto de minoría de la Ministro Pizarro.

¹⁷ COUSO (2010), p. 20.

¹⁸ CA Copiapó, rol N°71-2009, en resolución de fecha 13 de abril del año 2009.

¹⁹ Considerando 4° CA.

²⁰ Considerando 5° CA.

²¹ La negrilla es del autor.

²² La aclaración del rol permanente de ambos fines en la imposición y revisión de las normas LRPA por parte de la CA de San Miguel es pertinente, toda vez que la sentencia del TE –con un tufillo de preeminencia absoluta de fines preventivos especiales– no

4.3.- También la Corte de Apelaciones de San Miguel sella otra importante decisión en la interpretación del Art. 53 LRPA al interpretar lo que "parece más favorable para la reintegración social" tocante ahora a si condicionamos la sustitución de la condena a los logros previos de fines preventivos especiales por parte del adolescente infractor, o no.

La Corte de Apelaciones de San Miguel señala, al establecer el método a utilizar para ponderar los diversos factores que se juegan en la audiencia de sustitución, en su considerando 7°, que "la sustitución de la pena no puede sino otorgarse ponderando un análisis global y necesario de la reinserción social, conjuntamente con los elementos y antecedentes que justificaron desde el punto de vista del reproche penal la imposición de la pena²³, para así y con las probanzas ex post se agreguen y digan relación con un efectivo cambio en las actitudes del adolescente (...) –determinar– si ha existido por su parte una modificación en sus modos de relacionarse y si efectivamente existe arrepentimiento social por el hecho cometido"²⁴.

Una visión en este sentido parece correcta, toda vez que se debe tener presente que los fines preventivos generales de la pena no sólo se logran con la imposición de ésta, sino que también con el cumplimiento de la sanción, por lo que deben tenerse en cuenta los factores que justificaron su imposición, –en especial aquellos del Art. 24 de la LRPA– así como la modalidad y el carácter del delito por el cual se ha dictado sentencia condenatoria²⁵. En esa medida, lo esperable y para que sean satisfechas las necesidades preventivo generales, es que el adolescente infractor debe haber generado avances en el ámbito de su resocialización, que hagan inidónea la sanción que se intenta sustituir. Por lo tanto, alterar lo resuelto por el tribunal que impuso la sanción se debiera hacer solamente cuando se encuentre plenamente justificado por nuevos antecedentes, que demuestren cambios positivos de parte del adolescente infractor²⁶.

Claro está, que el objetivo de la intervención en el adolescente infractor no tiene por qué estar "totalmente alcanzada" –pues si no debería ventilarse un debate más propio de la remisión– sino que la ponderación se hará en el entendido que la integración social aún no está del todo alcanzada.

La carga de la prueba, entonces, estará de lado de quien hace la solicitud de la sustitución de la condena, la que debe basarse no solamente en informes que den cuenta de un cumplimiento meramente formal, sino que de avances

pondera en momento alguno los efectos preventivos generales que tiene la pena en fase ejecución y en especial en el debate a propósito de la audiencia de sustitución.

²³ Hasta aquí, vuelve al rol de ambos fines de la pena, ya anteriormente comentado.

²⁴ La negrilla es del autor.

²⁵ Así como fue solicitado por el Ministerio Público al Ilustrísimo tribunal, ver considerando 2°.

²⁶ Fundamentación del Ministerio Público en el recurso de apelación en causa rol N°760-2009, ante la CA de San Miguel, dictada con fecha 23 de junio del año 2009.

concretos, que permitan al juez de ejecución modificar justificadamente lo resuelto por el tribunal de fondo, debiendo tener en cuenta los bienes jurídicos en juego —debe recordarse que una elevada necesidad preventivo general deriva generalmente de delitos o atentados más graves contra los bienes jurídico más valorados, tales como la vida, indemnidad sexual, etc.—, además deberá ponderar cuál es la sanción que se desea sustituir y por cuál.

5. Pronunciamientos similares de tribunales superiores

- 5.1.- Interpretación del Art. 53 LRPA, en el sentido de tener en cuenta la gravedad del hecho y los demás criterios que tuvo presente el tribunal de fondo para justificar la sanción:
- Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°71-2009, fecha 13 de abril del año 2009.
 - Especialmente considerando 2°.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°760-2009, fecha 12 de junio del año 2009.
 - Especialmente considerando 4°.
- 5.2.- Interpretación del Art. 53 LRPA, en el sentido de condicionar la sustitución de la condena a logros previos de fines preventivos especiales por parte del adolescente infractor.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°71-2009, fecha 13 de abril del año 2009.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°198-2009, fecha 2 de marzo del año 2009.
 - Especialmente considerandos 4°, 5° y 6°.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°760-2009, fecha 12 de junio del año 2009.
 - Especialmente considerandos 5°, 6°.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°1588-2009, fecha 7 de diciembre del año 2009.
 - Especialmente considerandos 4° y 5°.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°71-2009, fecha 13 de abril del año 2009.
 - Especialmente considerandos 2° y 5°.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, rol N°125-2010, fecha 28 de abril del año 2010.
 - Especialmente considerando 1°, 2° y 3°, en el que subyace misma interpretación.

- Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N°111-2010, fecha 12 de mayo del año 2010.
 - Especialmente considerandos 2° y 5°.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N°409-2011-REF, fecha 11 abril del año 2011.
 - Especialmente considerandos 7° y 8°.

Bibliografía:

- AGUIRREZABAL, Maite; LAGOS, Gladys y VARGAS, Tatiana (2009) Responsabilidad penal juvenil: Hacia una "justicia individualizada, Revista de Derecho Vol. XXII, N°2, Santiago de Chile.
- COUSO, Jaime (2010) Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes, criterios y límites para las decisiones en sede control judicial de las sanciones, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Santiago de Chile.
- ROXIN, Claus (1997), Derecho Penal, Parte General, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.

6. Sentencia

San Miguel, a veintiséis días del mes marzo de dos mil doce.

VISTOS:

1°) Que la defensa del adolescente J.T.N.V. ha interpuesto en tiempo y forma recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el Magistrado Titular del Juzgado de Garantía de San Bernardo don Claudio Ortega Loyola, quien por resolución de fecha veintiuno de febrero del año en curso no hizo lugar a la solicitud de sustitución de la pena de régimen semicerrado a la modalidad de libertad asistida especial. Funda su recurso en que a su juicio, se han vulnerado disposiciones especificas sobre la Convención de los Derechos del Niño, referidas particularmente a que ningún niño puede ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente, y aquella que contiene el interés superior del adolescente, como también disposiciones de la Ley N°20.084 en cuanto a la excepcionalidad de la privación de libertad. Para finalmente consignar que la denegatoria se sustentaría en los dichos del joven en la audiencia para considerar que existen tareas de responsabilización pendientes, infringiéndose con lo resuelto el artículo 53 de la Ley Penal Adolescente antes referida;

2°) Que por su parte, el Ministerio Público solicitó la confirmación de la resolución que se revisa alegando que no se cumple con lo establecido en el artículo 53 de la ley sobre penalidad de las conductas adolescentes, por cuanto para atender la solicitud necesariamente debe estarse, además, a la modalidad y carácter del delito por el cual se ha dictado sentencia condenatoria:

- 3°) A su vez la parte querellante sostiene, que es esta la tercera vez en que se solicita la sustitución, y en las oportunidades anteriores habiéndose concedido el beneficio esta Corte lo había revocado, debiendo considerarse que el adolescente tiene una deficiencia en el control de impulsos detectado esto mediante el Test de Rochard;
- 4°) Que para resolver la cuestión sometida al conocimiento de esta Corte útil resulta tener presente, que la Ley Penal Adolescente contiene una serie de principios que se encaminan básicamente a sancionar de una manera especial a los adolescentes que cometen infracciones al orden penal, haciendo una evidente distinción de las sanciones que se consagran respecto de los adultos infractores, al tratarse los adolescente de personas que recién inician su camino en la vida encaminada a la adultez, razón por la cual la propia ley contiene principios que tienden, por una parte, obtener la reinserción social del infractor, para lo cual contempla precisamente la medida de sustitución de pena, cuando a juicio del legislador se cumplen con los parámetros que la propia ley contiene que son de diversa índole, y por otra, un efecto meramente sancionatorio;
- 5°) Que cuando el artículo 53 de la Ley N°20.084 permite sustituir la condena por otra mas favorable para el adolescente, en la medida que con ello se obtenga o garantice la reinserción social del infractor, ello de ser posible ha de realizarse considerando los objetivos, principios y criterios que hicieron procedente la imposición de la pena, pero no podemos encaminarnos exclusivamente a la reinserción social

- dejando de lado el poder sancionatorio del Estado y su deber de conseguir sanciones justas y equilibradas;
- 6°) Que dentro del orden de ideas que se ha venido planteando, la sustitución de la pena no puede sino otorgarse ponderando un análisis global y necesario de la reinserción social, conjuntamente con los elementos y antecedentes que justificaron desde el punto de vista del reproche penal la imposición de la pena, para así y con las probanzas que ex post se agreguen y que digan relación con un efectivo cambio en las actitudes del adolescente analizar conforme a la libertad de prueba, si ha existido por su parte una modificación de sus modos de relacionarse y si efectivamente existe el arrepentimiento social por el hecho cometido;
- 7°) Que de los antecedentes que se han tenido a la vista puede advertirse particularmente del informe del Centro Semicerrado de Calera de Tango de fecha 17 de Febrero del año en curso "que se visualiza deseo de enfrentar la realidad, sin embargo su abanico estratégico conductual es aún limitado....se percibe capacidad latente, en vía de desarrollo para manejar intelectualmente, nalmente los impulsos". Es decir, y con respecto a conductas y actitudes el adolescente infractor aún tiene falencias profundas que debe superar, lo que hace que el cumplimiento formal y sin falta que ha realizado durante todo este tiempo, asistiendo a talleres y manteniendo una rutina altamente demandante y estructurada, ello no puede suplir la carencia a la cual ya se ha hecho referencia, y que es deber del Estado en un régi-

men semicerrado propender a solucionar en su integridad teniendo el control directo con el adolescente lo cual se vería depreciado de otorgarse una libertad asistida especial;

8°) Que especial atención demanda de estos sentenciadores la forma de comisión del ilícito y la alarma pública que produjo su acometimiento, antecedente que permite además sostener que en la imposición de la pena se tuvo en cuenta debidamente por los jueces del fondo el criterio que contiene la letra f) del artículo 24 de la Ley N°20.084, en orden a que era la más idónea para fortalecer el control del adolescente y los derechos y libertades de las personas;

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 352, 360 y 370 del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA la resolución apelada dictada en audiencia de fecha veintiuno de febrero del año en curso por el Juez Titular del Juzgado de Garantía de San Bernardo, don Claudio Ortega Loyola.

Acordada con el voto en contra de la Ministro señora Pizarro, quien estuvo por revocar la aludida resolución y conceder al adolescente la sustitución de la pena en régimen semicerrado por libertad asistida especial con plan de reinserción social, de conformidad con los siguientes fundamentos:

1°) Que la Ley Penal Adolescente en su redacción y espíritu propende a la reinserción del adolescente infractor acorde con los principios que inspiran la Convención de los Derechos del Niño, para el caso de autos se tiene por cumplido a la fecha de presentación de la solicitud el 80% de la pena, y de los antecedentes a los que precedentemente se hace referencia el programa de rehabilitación y reinserción, a juicio de esta disidente, se han cumplido a cabalidad;

- 2°) Que conforme con lo anterior, no se vislumbran antecedentes objetivos que impidan acceder a la sustitución de la condena, por el contrario el adolescente ha mostrado un alto grado de asimilación del régimen, asistiendo con regularidad a los talleres y sesiones habilitantes. Ha demostrado que puede superar el hecho de imputación atendido que ha terminado su enseñanza media y accedido a la universidad con el apoyo y compromiso de sus padres, lo que hace innecesario, atendido el período por cumplir que le resta, denegar un beneficio que para su otorgamiento se cumple por el infractor primario con los requisitos que al efecto establece la legislación aplicable al caso;
- 3°) Que en efecto, de conformidad con los informes del Centro Semicerrado de Calera de Tango e Informe Técnico de Proceso que constan en los registros del procedimiento, el adolescente ha cumplido a cabalidad con todo aquello que para su reinserción le ha sido requerido, y que faltar en un menor grado el control de impulsos personales, en los términos que lo refiere el informe, no puede ser motivo para denegar el beneficio al no contener aquel elementos de reproche que hagan improcedente la sustitución;

Redactó Manuel Hazbún Comandari, Abogado Integrante.

Registrese y comuniquese.

Rol Corte 269 -2012 -REF.

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA EN AUSENCIA DE CONDENADO ADOLESCENTE

María José Morón Urzúa¹

Resumen

El presente comentario versa sobre la resolución de la Corte Suprema², en los autos ROL N°1270-2012, de fecha 1 de febrero del año 2012, que confirma sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que rechazó recurso de amparo presentado por la defensa, en orden a revertir la resolución del 4° Juzgado de Garantía de Santiago, que en audiencia de control de ejecución de la sanción decretó el quebrantamiento de la sanción en ausencia del condenado, que cometió el delito siendo menor de edad.

1. Antecedentes generales

1.1 Antecedentes de la causa

Con fecha 19 de julio de 2010 el 3° Tribunal Oral de Santiago, en causa RIT N°202-2009, RUC 0900368654-7, condenó al imputado F.A.M.V. a la sanción de Libertad Asistida Especial por el período de 3 años por el delito de robo con violencia.

Posteriormente, con fecha 9 de enero de 2012, el 4º Juzgado de Garantía de Santiago, encargado del conocimiento del cumplimiento de la ejecución de la condena, decreta el quebrantamiento de la sanción impuesta, estableciendo como sanción dos meses de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

La audiencia es celebrada en ausencia del condenado, quien se encontraba legalmente notificado, pero según informe de la delegada de la libertad asistida la inasistencia se debe a que se encontraría con reposo prescrito médicamente por haber recibido una herida de bala en el pie, lo cual también le impediría asistir al cumplimiento de la sanción. Asiste a la audiencia la madre del imputado quien refiere la difícil situación que estaba viviendo su hijo, siendo a su parecer, la única salida, la solicitada por la delegada.

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Corte Suprema, Rol N°1270-12, de 1 de febrero de 2012. Pronunciada por la Sala de Verano, integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y la Sra. María Eugenia Sandoval.

La defensa interpuso recurso de amparo ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, pues consideró que dicha resolución era arbitraria e ilegal. Arbitraria, por cuanto se decretó el quebrantamiento de la sanción en ausencia del condenado, sin escuchar sus descargos, he ilegal, pues ello no aparece autorizado por la ley. Además la encargada del cumplimiento habría realizado gestiones para incluir al condenado en un centro de rehabilitación, aun cuando ello no se encontraba en el plan de intervención, ni fue establecido como sanción accesoria.

Los argumentos planteados se basaron en que la resolución atentaba contra el artículo 19 número 7 letra b) de la Constitución Política de la República, por estimar que no se decretó el quebrantamiento en la forma prescrita por la ley, siendo pertinente para el caso la aplicación del artículo 2° de la Ley N°20.084, que según dice el defensor "obliga a que en todas las actuaciones judiciales relativas a procedimientos y sanciones se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos, a su turno el artículo 52 del mismo cuerpo, dispone que el tribunal encargado del control de la ejecución, procederá previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento a decretar o no el quebrantamiento de la sanción, de forma tal que se obliga con ello a realizar una audiencia, en la cual se debe escuchar al condenado"³. En el mismo sentido, señala el artículo 93 letra i) del Código Procesal Penal, y finalmente fundándose en el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.2 Fundamentos del fallo de la llustrísima Corte de Apelaciones de Santiago⁴

La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de amparo, para lo cual tuvo en consideración en primer lugar, lo informado por el juez recurrido, quien señala que, para decretar el quebrantamiento de la sanción, la Ley N°20.084 no contempla norma expresa que requiera la presencia del adolescente, sino sólo su citación, y para el caso que éste no asista, el tribunal puede oír a su defensor o al adulto responsable, optando el juez recurrido por esta alternativa, en atención a las especiales características del condenado y del caso, el cual se trata de un adulto con cumplimiento irregular de sanción impuesta por la Ley N°20.084, señalando al respecto que en atención al informe de la delegada y los dichos de la propia madre presente en la audien-

En ese sentido, el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°89-2008, de 30 de agosto de 2008, acoge recurso de amparo presentado por la defensa, señalando en el considerando cuarto inciso final: "Así las cosas, y acorde a una interpretación conforme a la norma de rango superior anotada, el citado artículo 52 debe ser aplicado entendiendo que la previa audiencia de que trata, debe contar necesariamente con la presencia del adolescente infractor".

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°108-2012, de 20 de enero de 2012.

cia, interpretó las normas en el caso concreto priorizando el interés superior del niño, recogido en el artículo 2° de la Ley.

La Corte advierte así una actitud contumaz y de rebeldía del condenado a cumplir con la condena impuesta, estableciendo que lo informado por la delegada, en cuanto a la herida de bala, no justifica la imposibilidad de movilidad para la asistencia a la audiencia o al cumplimiento de la sanción.

En segundo lugar, establece que el artículo 93 letra i) del Código Procesal Penal no tiene aplicación en el caso, pues no se está frente a un juicio propiamente tal, sino que al cumplimiento de una condena impuesta.

1.3 Fundamentos del fallo de la Excelentísima Corte Suprema

La Corte Suprema, en concordancia con lo fallado en recurso de amparo presentado el año 2010⁵, rechazó la pretensión de la defensa en orden a revocar el fallo y dejar sin efecto la resolución que decreta el quebrantamiento de sanción, argumentando al efecto que se cumplió con dar la posibilidad al adolescente que se presentara a las audiencias de quebrantamiento fijadas, pues éste fue debidamente notificado para ello, lo anterior sumado a que durante la audiencia se verificó su defensa material por parte de la Defensoría Penal Pública, satisfaciendo así los requisitos del artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 52 de la Ley N°20.084.

2. Comentario

El problema que se presenta en las audiencias de quebrantamiento, es que los adolescentes, o adultos que se encuentran cumpliendo condenas por delitos cometidos siendo adolescentes, no asisten, pese a que se encuentren legalmente notificados. En éstas, por regla general, el tribunal, a solicitud del fiscal, decreta una orden de detención en contra del condenado inasistente, a lo que los defensores generalmente no se oponen, generándose así un sin fin de audiencias, pues en la audiencia de control de la detención no se encuentra presente el delegado, o bien el defensor no cuenta con todos los antecedentes del caso, por lo que se reagenda la audiencia⁶.

Para analizar la problemática planteada debemos realizar un análisis más extenso, abarcando, no sólo el artículo 52 de la Ley N°20.084 y el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que todo el conjunto

Corte Suprema, autos Rol N°2087-10, de 30 de marzo de 2010. La Segunda sala confirmó resolución apelada por la defensa, señalando "...el sentenciado, de actuales 18 años de edad, ha tenido todas las instancias para expresarse y ser escuchado durante la intervención que se le ha intentado realizar a su respecto por el órgano competente. Arribar a la conclusión contraría sería suponer que el estatuto de la Ley 20.084 establece sólo derechos y no obligaciones".

⁶ En este mismo sentido informa el juez recurrido de la causa.

de normas y principios que rigen la materia relativa al quebrantamiento de condena.

2.1 Normas establecidas en la CDN

En primer lugar, se hace necesario la comprensión del principio "Interés superior del niño", recogido en el artículo 3° de la CDN, el cual a su vez se encuentra establecido en el artículo 2° de la Ley N°20.084, siendo uno de sus principios rectores.

A este respecto, UNICEF señala "Interés superior del niño. Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para bacerlo". En este sentido, Ricardo C. Pérez Manrique⁸, señala que la CDN establece un paradigma en el cual la piedra angular es el reconocimiento de todo niño o niña como sujeto de derechos y obligaciones, cuyo interés debe ser contemplado en todas las decisiones que se adopten respecto de este.

Por tanto, el interés superior del adolescente se debe entender en el sentido de dar protección a sus derechos, de manera tal, que éste pueda ejercerlos libremente, según su propio interés en ellos.

En segundo lugar, el artículo 4° de la CDN establece que es obligación de los Estados adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para que los derechos de los niños, reconocidos en la Convención, sean efectivos. Este artículo es de suma importancia, pues los artículos siguientes operarán en la medida que el Estado haya adoptado dichas medidas.

En atención al caso en análisis, podemos concluir que se cumplió con lo prescrito por el artículo 4° CDN, pues el Tribunal de Garantía citó al imputado, de conformidad lo establece la ley, a la audiencia en que se debatiría el quebrantamiento de la condena que le fue impuesta, ocasión en la cual él podría rebatir lo que allí se discuta.

En tercer lugar, el artículo 5° de la CDN, al cual UNICEF establece "Dirección y orientación de padres y madres. Es obligación del Estado respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades".

^{7 &}quot;Convención Sobre Los Derechos Del Niño", resumen no oficial, p. 2. Publicada por UNICEF.

⁸ Comentario: Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes, pp. 251 y sgtes. "Justicia y Derecho del Niño" N°9, UNICEF.

^{9 &}quot;Convención sobre los Derechos del Niño" resumen no oficial, p. 3. Publicada por UNICEF.

Este tema no fue abordado como debería por el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, ni por el de la Corte Suprema¹⁰, pero es de gran importancia para el caso en particular, pues a la audiencia asiste la madre del condenado, quien refiere su preocupación por su hijo, que no quiso asistir a la audiencia, y en relación a la herida a bala que recibió, señala que fue producto de una riña callejera, las cuales son constantes, junto a un problema de consumo de drogas, por lo cual ella no vería otra solución que la que propone la delegada. Es decir, es la propia madre la que solicita una intervención más intensa para su hijo, pues considera que la actual no está satisfaciendo la integración y resocialización, sino todo lo contrario. El juez recurrido, al considerar sus dichos, está respetando el derecho y deber de los padres establecidos en la CDN, pues procura, que con una intervención más intensa, la cual se obtiene en este caso con el quebrantamiento de la condena y la imposición de internación en régimen semicerrado por el lapso de dos meses, el adolescente se aleje de grupos de riesgo y de las drogas.

Este derecho, deber y responsabilidad de los padres se debe ejercer "...en consonancia con la evolución de sus facultades...", es decir, reconoce que nos encontramos frente a un sujeto de derecho cuyas facultades para ejercer por sí mismo sus derechos evolucionan, y tal como lo señala Ricardo C. Pérez: "Ello significa admitir que ese sujeto de derechos reconocidos en la CDN tiene, como consecuencia natural de su carácter de tal, la facultad de decidir cuándo y en que qué condiciones ejercer tales derechos. También, en consecuencia, la facultad de renunciar a su ejercicio"¹¹. Lo anterior, es de suma importancia, pues en el caso se trata de un adulto que se encuentra incumpliendo una condena por un delito cometido siendo adolescente, es decir, en estricta aplicación de este artículo, él tuvo todas las instancias legales para ser escuchado y poder expresarse, pero renunció a su derecho al no asistir a las audiencias¹², y es aquí donde retomamos la primera parte del articulado que señala la importancia del derecho y deber de los padres por velar porque sus hijos puedan ejercer sus derechos, ya que su madre alzó la voz por él en la audiencia.

En cuarto lugar, el artículo 12 de la CDN consagra el derecho del niño a ser oído, o como establece UNICEF: "Opinión del niño. El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan"¹³. Este artículo se divide en dos numerales: 1) impone a los Estados Parte el deber de garantizar que los niños puedan expresarte, y 2) establece que se deben dar las oportunidades procesales para que se expresen, ya sea en procesos judiciales o administrativos.

¹⁰ Sí hace referencia indirecta a este artículo el Juez recurrido, ya que en su informe, al señalar las motivaciones para decretar el quebrantamiento de la condena, consideró los dichos de la madre.

¹¹ Ídem nota 7.

¹² Ídem nota 4.

¹³ Ídem nota 8.

El número dos se refiere a la defensa material, es decir, el derecho que tienen los niños a participar del proceso, presentar prueba, o alegaciones, entre otras, lo cual puede realizar de manera directa o "por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". El establecimiento de este derecho en los procesos judiciales o administrativos es la aplicación de los principios establecidos por la misma CDN.

Este derecho no significa que ellos se encuentren obligados a expresarse en toda ocasión, sino que por el contrario, pueden ejercerlo o renunciarlo, y en caso de querer expresarse *deben* ser escuchados por las autoridades respectivas, siendo relevante, en contraposición a este derecho, el *deber* de otorgar la debida participación en el proceso, que es la ocasión en que se podrá hacer uso de el.

En el caso de la legislación nacional, y en concordancia con la CDN, podrá ejercerlo su defensor en la audiencias en que se discuta alguna situación que lo afecte, señalando expresamente los casos en que se ordena la presencia del niño en la respectiva audiencia, como es el caso de las audiencias en que se discutirá la sustitución de condena (artículo 53 de la Ley N°20.084).

En el caso que nos ocupa, el Tribunal de Garantía cumplió con el deber legal de posibilitar la participación, a través de la notificación de las audiencias de quebrantamiento.

2.2 Normas relativas al quebrantamiento de condena

El quebrantamiento de condena se encuentra regulado en el Párrafo 3° "Del control de ejecución de las sanciones" en los artículos 50, 51 y 52 de la Ley N°20.084, el cual se establece para resguardar el respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución de las sanciones impuestas¹⁵.

La ley es clara en señalar cuales son los requisitos exigidos para decretar el quebrantamiento de condena y proceder así a su sustitución por el período que ella misma determina.

- 2.2.1 Requisitos para decretar el quebrantamiento¹⁶
- 1. Condenado¹⁷ debe haber sido sancionado por la Ley N°20.084.
- 2. Condenado se encuentra incumpliendo la sanción.
- 14 "Convención sobre los Derechos del Niño", artículo 12.2.
- 15 Artículo 50 inciso 2° Ley N°20.084.
- 16 Artículos 50, 51 y 52 de la Ley N°20.084.
- Nos referimos a "condenado" y no adolescente en atención a los casos en que adultos se encuentran cumpliendo condenas por delitos cometidos siendo menores de edad y sancionados por la Ley $N^{\circ}20.084$.

- 3. La institución que ejecuta la sanción debe informar de cualquier incumplimiento al tribunal de ejecución.
- 4. El tribunal de ejecución, con estos antecedentes debe citar audiencia.
- 5. El tribunal, en la audiencia, evaluará la gravedad del incumplimiento.
- 6. Si el tribunal estima que procede decretar el quebrantamiento de la sanción deberá ceñirse a las reglas dadas por el artículo 52 de la ley, referidas a la sanción por la cual se puede sustituir y el período máximo de ésta.

Es así, luego del lato análisis de las normas pertinentes, que podemos concluir que la resolución por la cual se decretó el quebrantamiento no fue arbitraria ni ilegal, respetándose el interés superior del adolescente, ya que para decretarlo el tribunal de ejecución citó a todos los intervinientes, es decir al fiscal, al defensor y al condenado, a una audiencia para debatir sobre el informe de incumplimiento, dando la posibilidad al condenado de justificarse por esta, cumpliendo así con la garantía legal del derecho a ser oído, derecho, que como fue analizado, fue renunciado por el condenado.

Nuestro ordenamiento jurídico y la CDN no exigen como requisito que los adolescentes se expresen en la audiencia, o incluso que éstos asistan, ya que cuando el legislador estimó necesaria su presencia así lo estableció expresamente, como ocurre en el ejemplo dado anteriormente de la sustitución, donde expresamente se señala que debe encontrarse presente en la audiencia. De no ser así llegaríamos al absurdo que quedaría sometido a la mera voluntad del adolescente el cumplimento de la pena, ya que si este no la cumple y no asiste a las audiencias a las cuales es citado jamás podría serle reprochable este incumplimiento.

Llegar a una conclusión de esta naturaleza va en contra de los principios de la ley y de la propia CDN, los cuales no sólo establecen derechos para los niños, sino también responsabilidades, y es en este punto donde se enmarca el espíritu de ley, en que los adolescentes que cometen delitos se hagan responsables de sus actos, de acuerdo a sus características personales y por el período más breve posible, para que de esta manera logren el pleno desarrollo de sus habilidades y se inserten de una manera adecuada en la sociedad.

Sentencias e informe del Juez recurrido:

Informe del Juez recurrido

INFORMA

ILUSTRISIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO Jorge Luis Norambuena Carrillo, Juez Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en relación a Recurso de Amparo de la Reforma Procesal Penal N°108-2012, deducido por el abogado don Gonzalo Andrés Charmín Jara, en favor de don F.A.M.V., a VS. Iltma. digo:

- 1.- El abogado defensor, don Gonzalo Charmín Jara, ha recurrido de amparo en favor del imputado F.A.M.V., solicitando se deje sin efecto la resolución dictada por este juez, en la audiencia del día 9 de enero de 2012, en la causa de este 4° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 4548-2009, fundado en que era necesaria la comparecencia del imputado para proceder a decretar el quebrantamiento de la sanción de tres años de libertad asistida especial que el imputado debe cumplir.
- 2.- Informando el citado recurso, señalo que no existe norma expresa que disponga que deba necesariamente escucharse directamente al adolescente, para que el tribunal pueda resolver la solicitud de quebrantamiento, conforme al artículo 52 de la ley 20.084, sino que únicamente se exige que se cite a una audiencia. Si el adolescente citado a ella, no comparece sin causa justificada, en ella puede el tribunal escuchar a su defensor (quien debería conocer el caso o los motivos que justifican el quebrantamiento) o al adulto responsable del mismo (como su madre, en este caso), para resolver derechamente la solicitud, en lugar de acoger la solicitud del fiscal, de traerlo preso a una nueva audiencia, opción que usualmente no merece reparos por parte de la defensa, lo que se considera atenta contra el interés superior de los adolescentes.
- **3.-** La resolución contra la cual se recurre, fue dictada verbalmente por este juez en esa audiencia, y substancialmente es del siguiente tenor: "Efectivamente, por regla general, el

quebrantamiento se resuelve escuchando al infractor. Lo mismo sucede cuando se trata de un adulto, antes de revocar un beneficio o de resolver un asunto que pueda tener consecuencias graves en su contra. Pero, en materia de responsabilidad penal adolescente, tal principio debe estar en concordancia con lo que dispone el artículo 2 de la ley 20.084, que dispone que en todas las resoluciones que dicten los órganos del Estado, en este caso, el tribunal, debe tenerse en consideración el interés superior del adolescente. En el caso de este joven, se dice por la Delegada y su madre presente en audiencia, que ha iniciado desde hace varios meses un consumo problemático de pasta base. Por otro lado, se han fijado varias audiencias de control de ejecución en las cuales el imputado no ha venido, en algunas de las cuales se ha despachado órdenes de detención, ha llegado detenido, y en ese control de detención, no se ha discutido el quebrantamiento, porque nadie estaba preparado, porque ha faltado algún dato (es usual que en ese tipo de audiencias el Defensor señale que no conoce la causa; por otro lado, la Delegada del adolescente no es ubicable). Lo que tenemos entonces, es que si no se discute en esta audiencia, vamos a seguir con constantes órdenes de detención, en la cual el adolescente va a seguir llegando detenido, y nuevamente no se va a discutir, porque nadie va a estar preparado. No se va a tener en esa audiencia el informe de la Delegada, como lo tenemos hoy, no vamos a tener la posibilidad de escuchar a su madre, sino que sólo estará el adolescente, quien se mantendrá con el consumo problemático. En ese sentido estima el tribunal que, aplicando los principios, debe primar el interés superior del adolescente, considerarse qué es lo más acorde adoptar a su situación personal.

Por otro lado, en este caso, considera el tribunal que hay quebrantamiento, por no haber asistido el adolescente a las reuniones, ni ha cumplido las exigencias de la Delegada, conforme lo dispone el artículo 52 número 5 de la ley 20.084, norma que da lugar a la sanción de internación en régimen semicerrado, con programa de reinserción social, por un período equivalente al número de días que faltaren por cumplir. Sin embargo, como estamos resolviendo conforme al interés superior del adolescente, sería muy gravoso imponerle por tal quebrantamiento, que cumpla todo el período que le falta, el régimen semicerrado, puesto que lo que se busca, es su intervención, por lo que tal sanción debe ser proporcional al quebrantamiento y al interés que se busca: alejarlo de grupos de riesgo y de las drogas; ayudarlo. Por lo cual, se le va a quebrantar, pero únicamente por el período necesario para intervenirlo en ese sentido, por el problema que tiene con la droga. Por lo cual, se establece un período de 2 meses en régimen semicerrado, con programa de reinserción social, sin perjuicio de lo que pueda informarse más adelante por su problema. Esta sanción será compatible con la libertad asistida que deberá continuar cumpliendo. Se fija fecha para aprobar el plan de intervención del régimen semicerrado para el día 30 de enero de 2012, a las 11:00 horas en la sala 904".-

4.- La posición jurídica sostenida por la defensa, lleva como única consecuencia, la detención del adolescente, sin que se posibilite su intervención, tratamiento y reinserción, la que se

ha dilatado innecesariamente hasta la fecha, lo que atenta contra los fines de la ley 20.084.

- **5.-** De esta forma, frente a las alegaciones de la defensa, este tribunal optó por entrar a conocer derechamente del asunto, considerando para ello lo siguiente:
- a).- Que el imputado F.A.M.V., ya es adulto de 18 años, y fue condenado el 14 de julio de 2010, como autor del delito de robo con violencia, hecho cometido en la comuna de La Reina, el 20 de abril de 2009, a la pena de TRES AÑOS de libertad asistida especial. Y según lo señalado por la Delegada, aún no se ha podido realizar como corresponde el plan de intervención que fue aprobado ya hace bastante tiempo.
- b).- Que, la **Delegada** presente en la audiencia, señaló que el joven está en riesgo; tiene un alto compromiso biopsicosocial, por consumo problemático de pasta base, desde hace 8 ó 9 meses antes (cercano a la fecha en que se pedía el primer quebrantamiento); existen dificultades para motivarlo a que se realice un tratamiento en forma voluntaria, atendido a que ahora es mayor de edad; no es el primer quebrantamiento que registra; mantiene vinculación a pares de riesgo; por lo que solicitó una medida de intervención que facilitara un mayor control, como es el semicerrado que se le impuso.
- c).- Al haberse escuchado a la madre del imputado en la audiencia, ella señaló que ha sido muy difícil esta situación y está muy preocupada por su hijo, el que no quiso venir a la

audiencia. Que no fue un accidente el que tuvo, sino que un balazo que recibió por una riña callejera; que constantemente le pegan y lo traen sus amigos de vuelta; que se le pierden las cosas en su casa, por el problema de la droga que padece; que no le ve otra solución, más que lo que pide la Delegada.

d).- Al adolescente se le ha citado a varias otras audiencias al tribunal para conocer del quebrantamiento de su condena: 1).- 20 de junio de 2011; 2).- 13 de junio de 2011; 3).-05 de septiembre de 2011 y 4).- 26 de diciembre de 2011. Como no compareció, se le despachó orden de detención en dos oportunidades (lo que no es objeto de reparos por la defensa), llegando detenido al tribunal, sin embargo, como usualmente ocurre en estos casos, no se puede discutir el asunto, porque el abogado defensor que está en la audiencia de control de detención no conoce la causa, y se excusa, o bien, el Delegado que tiene asignado el adolescente tampoco puede comparecer, o comparece otro que no conoce el caso. Esto lleva a que el adolescente quede nuevamente citado para una nueva audiencia, en la que nuevamente no comparece, y así el adolescente no puede ser intervenido para su reinserción, sino que se mantiene vinculado a la sanción únicamente con órdenes de detención.

6.- El aplicar exclusivamente principios del sistema procesal penal de los adultos, para resolver los conflictos jurídicos de los niños y adolescentes, no es procedente, pues ello implicaría atentar contra el principio que

consagra artículo 3° de la Convención Internacional de Derechos del Niño, que exige al tomar una decisión, considerar el interés superior de los niños, lo que ha sido recogido en el artículo 2° de la Ley 20.084, que exige idéntica consideración tratándose de adolescentes, lo que es compatible tanto con un sistema garantista como proteccional. Ha sido éste principio el que ha considerado este juez, para interpretar las normas que rigen el sistema procesal penal de la responsabilidad penal adolescente, al resolver el conflicto suscitado en esta causa, por lo cual, salvo mejor parecer de VS., considero que recurso no debería prosperar.

Es cuanto puedo informar.

Jorge Norambuena Carrillo,

Juez Titular del 4° Juzgado de Garantía

Santiago

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago

Santiago veinte de enero de dos mil doce.

Por cumplido lo ordenado.

Vistos:

1°.-Que a fojas 1 don Gonzalo Andrés Charmin Jara, Defensor Penal público, en representación de F.A.M.V., deduce recurso de amparo en contra del Juez Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, don Luis Norambuena Valenzuela, quien en la audiencia de 9 de enero último decretó en ausencia de su representado, el quebramiento de la

sanción impuesta al amparado, estableciendo como sanción dos meses de régimen semicerrado con programa de reinserción social, fijando al efecto fecha de aprobación del plan de intervención.

Para fundar el recurso sostiene que con fecha 19 de julio de 2010, el amparado fue condenado a la pena de 3 años de libertad asistida especial, cuyo plan de de intervención fue aprobado en agosto de 2010. Se agrega que el día 9 de enero último se realizó audiencia de quebrantamiento de la sanción en ausencia de M.V., aún cuando la delegada de libertad asistida acompañó informe en el que se indicaba que su representado se encontraba en reposo por haber recibido en un pie una herida a bala, y por tanto se encontraba impedido de asistir.

Hace presente además, que se han realizado varias audiencias de quebrantamiento habida consideración de los informes que daban cuenta del cumplimiento irregular de la sanción impuesta, y que además el imputado, según el informe antes referido, padece de un consumo problemático de pasta base de cocaína, lo que redunda en una situación de vulnerabilidad social y contexto de riesgo para su integridad física, lo que obstaculizaba una adecuada intervención en el medio libre y la delegada encargada del cumplimiento realizó las gestiones necesarias para incluir al condenado en un centro de rehabilitación, aun cuando este aspecto no se encuentra inserto dentro del plan de intervención, ni tampoco fue decretado como sanción accesoria. por lo que la privación de libertad en las condiciones descritas importan una infracción al artículo 19 N°7 letra b), toda vez que la presencia del afectado y la posibilidad de ofrecer descargos tiene sustento legal en los artículos 2 y 52 de la ley 20.084, articulo 93 letra i) del Código Procesal Penal y en los artículos 12.2 y 37 b) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Pide Finalmente se restablezca el imperio del derecho dejando sin efecto la resolución impugnada.

2°.- Que a fojas 13, informa el juez recurrido, don Jorge Luis Norambuena Carrillo, señalando en síntesis que no existe norma expresa que disponga que deba necesariamente escucharse directamente al adolescente, para que el tribunal pueda resolver la solicitud de quebrantamiento de conformidad al artículo 52 de la ley 20.084, sino que, solamente se cite a una audiencia. Si el adolescente citado no comparece sin causa justificada, en ella el tribunal puede escuchar a su defensor o al adulto responsable del mismo, para resolver, en lugar de acoger la solitud del Fiscal de traerlo detenido a una nueva audiencia, opción que normalmente no tiene reparos por parte de la defensa, lo que estima atenta contra el interés superior del adolescente, Agrega que en el caso concreto, frente a las alegaciones planteadas por la defensa, optó por entrar a conocer derechamente el asunto considerando para ello: a) que el imputado ya es adulto y fue condenado el 14 de julio de 2010 como autor del delito de robo con violencia, cometido el 20 de abril de 2009, a la pena de 3 años de libertad asistida especial, y que según lo indicado por la delegada aún no se ha podido realizar como corresponde el plan de intervención; b) que la delegada presente en la audiencia señaló que el joven estaba en riesgo, padecía un alto compromiso biopsicosocial por consumo problemático de pasta base desde 8 o 9 meses, y existían dificultades para motivarlo a que realice un tratamiento un forma voluntaria, atendido a su mayoría de edad, que no es el primer quebrantamiento que registra, mantiene vinculación pares en riesgo, por lo que se solicitaba una medida de intervención que facilitara un mayor control; c) que la madre del imputado presente en la audiencia describió la difícil situación que atravesaba su hijo, por lo que no veía otra solución que la pedida por la delegada; d) y que al adolescente se le había citado a varias otras audiencias para conocer del quebrantamiento y como no comparecía se le despachó en dos oportunidades orden de detención, llegando detenido sin que se pudiera discutir el asunto ya por que, el abogado defensor no conocía la causa o bien el delegado asignado era inubicable o comparecía otro que no conocía el caso, de tal forma que se mantenía al amparado en la situación de no poder ser intervenido.

Finalmente, expresa que aplicar exclusivamente los principios del Sistema Procesal Penal de los Adultos, para resolver los conflictos jurídicos de los niños o adolescentes, no es procedente, pues ello implica atentar contra el interés superior de los niños, consagrado en la Convención Internacional de Derechos

del Niño, principio que es recogido en el artículo 2 de la ley 20.084 con idéntica consideración tratándose de adolescentes y ello es precisamente lo que se consideró para interpretar las normas que Régimen el Sistema Procesal de Responsabilidad Penal Adolescente.

3°.- Que del mérito de la certificación solicitada como medida para mejor resolver por esta Corte, se advierte que el condenado F.M.V. siendo citado el 13 de junio de 2011 a una audiencia de control de ejecución no compareció; lo cual si efectuó, una vez apercibido, a la audiencia del 20 de junio, donde se decidió un control de ejecución mensual hacia su persona. En este orden de ideas, fijada audiencia para el 5 de septiembre al control de ejecución, no compareció y por ende, se despacho orden de aprehensión, y el día 5 de diciembre compareció detenido; con posterioridad el 26 de diciembre del año pasado citado a audiencia de control de ejecución, no compareció y por esta situación se fijó nueva audiencia de quebrantamiento para el día 9 de enero último, a la cual nuevamente no asistió, aún cuando había sido notificado por cédula.

- **4°.-** Que de lo antes descrito, se advierte una actitud contumaz y de rebeldía del condenado frente al sistema de cumplimiento de la sanción punitiva impuesta.
- **5°.** Que el artículo 52 de la Ley 20.084, en lo que nos interesa ordena que en la situación de que se trata, el tribunal encargado del control de la ejecución, procederá previa audiencia.

6°.- Que como ha quedado establecido al final del punto tercero, el tribunal fijó audiencia el 9 de enero último y notificó válidamente; a la vez advierte que, la madre del condenado F.M. compareció a la misma y expuso la actitud negativa de su hijo, en relación al cumplimiento de la pena impuesta y, además, la situación de riesgo en la que él se encuentra. A mayor abundamiento, viene al caso precisar que el argumento exculpatorio para justificar la inasistencia del menor condenado a la audiencia tantas veces referida, consistente en tener un balazo en su pierna, si bien está reconocido por todos los intervinientes, no se encuentra justificada la imposibilidad de movilidad o de desplazamiento, que justificare su inasistencia.

7°.- Que en el entender de estos jueces es errado el planteamiento de la defensoría recurrente en esta acción de amparo, consistente en dar aplicación al artículo 93 letra i del Código Procesal Penal, toda vez que en este caso no estamos en un asunto de juicio propiamente tal, sino del cumplimiento de condena, por lo que no tiene aplicación tal precepto.

8°.- Que por lo antes razonado, estos jueces estiman que lo obrado por el juez de garantía recurrido, don Jorge Norambuena Carrillo, consistente en continuar con la audiencia del día 9 de enero del año en curso y decretar el quebrantamiento no actuó al margen de la ley, y en consecuencia, no hay arbitrio que esta Corte deba adoptar a favor del amparado M.V.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 21 de la

Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, se rechaza el deducido a fs. 1 en favor de F.A.M.V.

Pronunciada por la Segunda Sala de esta I. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro señora Adelita Ravanales Arriagada e integrada por el Fiscal Judicial señor Daniel Calvo Flores y por el Abogado Integrante señor Patricio González Marín.

Registrese, comuniquese y archivese.

N°108-2012.-

Sentencia de la Corte Suprema

Santiago, uno de febrero de dos mil doce.

A fojas 36, 37: téngase presente.

A fojas 40: a lo principal, primer y segundo otrosí, téngase presente.

Vistos y teniendo además presente:

Que en la situación en examen se cumplió con la posibilidad que el adolescente concurriera a las audiencia de quebrantamiento de condena fijadas, por cuanto fue debidamente notificado para ello en forma personal, y a la última por cédula, empero éste no asistió, compareciendo únicamente su madre. Consta además que en esa oportunidad se verificó la defensa material del condenado por parte de la Defensoría Penal Pública.

Por lo anterior se han satisfecho los requisitos previstos en los artículos 12.2 de la Convención Internacional de Derechos del Niño y, asimismo, del artículo 52 de la Ley N°20.084.

Se confirma la sentencia apelada de veinte de enero de dos mil doce, escrita de fojas 22 a 26.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N°1270-12.-

Pronunciado por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y Sra. María Eugenia Sandoval G.

CONTENIDOS

Artículos

Algunas claves del abordaje de la violencia contra la mujer en los Estados Unidos de Norteamérica Luz María Fernández Saldías

Límites a la delegación de los administradores. Criterios para su determinación desde la posición de garante. Planteamiento de un problema y esbozo para una investigación dogmática Roberto Morales Peña

Visión prospectiva en los tribunales de tratamiento de drogas

Lorena Rebolledo Latorre

Procedencia de los beneficios de la Ley N°18.216 para los casos de violación impropia y violación con homicidio

Edison Carrasco Jiménez

Revisión a algunas discusiones dogmáticas en torno a la estafa con ocasión de la dictación de una sentencia condenatoria *Ulda Omar Figueroa Ossa*

Panorama de la coordinación interinstitucional en el ámbito de los delitos económicos, medio-ambientales, contra la salud pública y contra el patrimonio cultural *Alejandro Moreira Dueñas*

Conocimiento del origen ilícito de los bienes en el delito de lavado de dinero (doloso). Algunos comentarios a propósito de sentencia definitiva condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes

Antonio Segovia Arancibia

Informe sobre femicidio en Chile. Estadísticas relevantes 2011 y datos comparativos *Roberto Rodríguez Manríquez*

Sentencias Comentadas

Comentario a la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de San Bernardo que condenó por el delito de prevaricación y estafa a la abogada de dos imputados por tráfico ilícito de drogas *Renzo Figueroa Aste*

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta condena por el delito de secuestro con homicidio *Catalina Duque González*

Comentario a sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel que rechaza recurso de apelación de resolución que no da lugar a sustitución de pena establecida en Art. 53 de Ley de Responsabilidad Adolescente

Jorge Ignacio Gárate Bais

Recurso de amparo rechazado. Quebrantamiento de condena en ausencia de condenado adolescente *María José Morón Urzúa*

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Declaraciones prestadas por un conductor ante Carabineros, en el lugar de un accidente vial

Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Circunstancia agravante de reincidencia específica *Corte Suprema*

Recurso de queja rechazado. Improcedencia de condena en costas. Finalidad y límites del recurso de queja

Corte Suprema

Recurso de nulidad acogido. Falta de emplazamiento del querellante. Escrituración de las sentencias. Sustitución de la multa *Corte Suprema*